

Ana Isabel Peiró Baquedano

# La nueva Directiva de Concesiones: El reparto de riesgos

Director/es

Gimeno Feliú, José María

<http://zaguan.unizar.es/collection/Tesis>





**Universidad**  
Zaragoza

Tesis Doctoral

LA NUEVA DIRECTIVA DE CONCESIONES: EL  
REPARTO DE RIESGOS

Autor

Ana Isabel Peiró Baquedano

Director/es

Gimeno Feliú, José María

**UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA**  
Escuela de Doctorado

2019



# **La nueva Directiva de Concesiones: El reparto de riesgos**

Ana Isabel Peiró Baquedano  
Programa de Doctorado en Derecho



# ÍNDICE

ABREVIATURAS .....	9
PLANTEAMIENTO DE LAS TESIS .....	13
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN .....	19
1. Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión .....	27
2. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 .....	36
3. Rasgos generales de los contratos de concesión de obras y servicios. Ventajas y desventajas.....	40
4. Servicios de Interés General y Servicios de Interés Económico General .....	45
CAPÍTULO II. ANTECEDENTES EUROPEOS: INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS Y DE <i>SOFT LAW</i> .....	51
1. Reglamentos del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales .....	51
1.1. Reglamento (CE) N° 2223/96 del Consejo de 25 de junio de 1996 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad. SEC 1995 .....	51
1.2. New decision of Eurostat on deficit and debt. Treatment of public-private partnerships .....	52
1.3. Reglamento (UE) N° 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. SEC 2010. ....	55
2. Directivas de Contratación Pública de la Comunidad Económica Europea (actual Unión Europea).....	64
3. Instrumentos de <i>soft law</i> .....	72
3.1. Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho Comunitario de 29 de abril de 2000.....	72
3.2. Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones .....	74
3.3. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre Colaboración Público-Privada y derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones .....	77
3.4. Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) .....	80
3.5. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones - Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP) .....	83

3.6.	Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — «Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la Colaboración Público-Privada (CPP)» .....	87
3.7.	Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Acta del Mercado Único. Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza « <i>Juntos por un nuevo crecimiento</i> » .....	90
4.	Acuerdo sobre Contratación Pública .....	93
<b>CAPÍTULO III. DIRECTIVA 2014/23/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN .....</b>		<b>97</b>
1.	Objeto, ámbito de aplicación, principios generales y definiciones .....	97
1.1.	Objeto y definiciones.....	97
1.2.	Disposiciones generales .....	108
1.3.	Cálculo del valor estimado de una concesión.....	113
1.4.	Exclusiones.....	115
2.	Normas en materia de adjudicación de concesiones: principios generales y garantías procedimentales .....	127
2.1.	Principios generales.....	127
2.2.	Garantías procedimentales .....	130
3.	Normas relativas a la ejecución de las concesiones .....	133
3.1.	Subcontratación.....	133
3.2.	Modificación contractual en fase de ejecución .....	134
<b>CAPÍTULO IV. LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO .....</b>		<b>141</b>
1.	Concepto de riesgo .....	141
2.	Clasificación de las concesiones en función del tipo de riesgo y del número de participantes .....	145
3.	El riesgo en la Directiva 2014/23/UE .....	153
3.1.	Riesgo de demanda .....	157
3.2.	Riesgo de oferta o suministro .....	159
3.3.	Riesgo de disponibilidad.....	162
3.4.	Riesgo de construcción .....	170
3.5.	La tarifa y el canon frente a la tasa y el precio público. La potestad tarifaria y la potestad tributaria de la Administración .....	172
3.6.	Conclusión.....	175
4.	Principio de riesgo y ventura vs. Principio de equilibrio del contrato.....	179



4.1.	Ius variandi.....	190
4.2.	Factum Principis.....	201
4.3.	Riesgo imprevisible o doctrina de la imprevisión vs. fuerza mayor .....	204
4.4.	Mecanismos de restablecimiento del equilibrio .....	211
4.5.	Conclusión.....	213
5.	Riesgo por extinción anticipada de la concesión: la Responsabilidad Patrimonial de la Administración.....	217
6.	Resolución: el rescate de la concesión.....	226
<b>CAPÍTULO V. LA DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO .....</b>		<b>233</b>
1.	Escenario A: agente y principal disponen de toda la información.....	239
2.	Escenario B: información asimétrica del principal y del agente .....	240
3.	Optimizar la función de utilidad social. La cuestión de la licitación conjunta o separada.....	240
4.	El cambio climático y la remuneración del concesionario .....	246
5.	Conclusiones .....	250
<b>CAPÍTULO VI. LA GESTIÓN DEL RIESGO.....</b>		<b>257</b>
1.	Introducción.....	257
2.	El estudio de viabilidad .....	259
2.1.	Principales características de un estudio de viabilidad.....	259
2.2.	Fases en la elaboración de un estudio de viabilidad .....	263
3.	Organización: Gobernanza del Riesgo .....	278
4.	Gestión en función de tipos de riesgo .....	283
4.1.	Riesgos estratégicos .....	283
4.2.	Riesgos operacionales .....	286
4.3.	Riesgos financieros .....	287
4.4.	Riesgos externos o incontrolables .....	287
5.	Proceso de gestión de riesgos .....	290
6.	Conclusión.....	297
<b>CAPÍTULO VII. ESPAÑA .....</b>		<b>301</b>
1.	Introducción.....	301
2.	Antecedentes de la LCSP. En particular, el contrato de gestión de servicios públicos y su problemática .....	312
2.1.	<i>Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) vs. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Mención al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (APLCSP) .....</i>	<i>317</i>

2.2.	Régimen jurídico del contrato de gestión de servicios públicos.....	325
2.3.	Plazo.....	326
2.4.	Conclusión.....	327
3.	Concesiones de obra y servicios en la LCSP.....	329
3.1.	Objeto del contrato de concesión. En particular, la transferencia del riesgo operativo.....	329
3.2.	Plazo.....	335
3.3.	Plan Económico Financiero de la concesión.....	339
3.4.	Financiación pública en contratos de concesión de obra.....	340
3.5.	El equilibrio económico de las concesiones.....	341
3.6.	La subcontratación en contratos de concesión.....	346
3.7.	La situación de las autopistas españolas a la luz de la LCSP.....	348
3.8.	Conclusión.....	354
4.	Oficina Nacional de Evaluación.....	355
5.	Conclusión.....	360
<b>CAPÍTULO VIII. ITALIA.....</b>		<b>367</b>
1.	Introducción.....	367
2.	Trasposición de las directivas y racionalización de la normativa vigente.....	377
2.1.	Legge 28 gennaio 2016, n. 11.....	377
2.2.	Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n. 50.....	383
2.3.	Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56.....	414
3.	Conclusión.....	417
<b>CAPÍTULO IX. ALEMANIA.....</b>		<b>421</b>
1.	Introducción.....	421
2.	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.....	427
3.	Verordnung über die Vergabe von Konzessionen – Konzessionsvergabeverordnung 453	
4.	Conclusión.....	463
<b>CAPÍTULO X: CONCLUSIONES.....</b>		<b>467</b>
	Primera. Sobre la definición y principales características de la Colaboración Público privada.....	467
	Segunda. Sobre la pertinencia de una tercera Directiva dedicada a las Concesiones.....	469
	Tercera. La limitada aplicación objetiva y subjetiva de la Directiva como consecuencia de la amplitud del campo de las exclusiones.....	470
	Cuarta. Dilemas que plantea el novedoso riesgo operativo y su transferencia.....	471

Quinta. La clasificación de las concesiones en función del riesgo transferido y del número de participantes. En particular, la extensión excesiva del concepto de concesión. ....	474
Sexta. Sobre la necesaria conjugación del principio de riesgo y ventura, de la transferencia del riesgo operacional y de la técnica de reequilibrio económico del contrato. ....	476
Séptima. Sobre los casos de Responsabilidad Patrimonial de la Administración cuando se extingue anticipadamente la concesión. ....	478
Octava. La correcta distribución de riesgos que permite una maximización de la función de utilidad social.....	479
Novena. La remuneración del concesionario que maximiza la función de utilidad social.	482
Décima. La gestión del riesgo. La necesaria monitorización de cuatro áreas básicas. ....	483
Undécima. La correcta y meticulosa elaboración de un estudio de viabilidad <i>realista</i> . ...	484
Duodécima. ¿Cómo organizarse para gestionar el riesgo? La Gobernanza del riesgo. ....	485
Decimotercera. <i>Building Information System</i> como instrumento para controlar los estándares exigidos en contrato y la aplicación de las penalizaciones automáticas.....	487
Decimocuarta. La trasposición en España de las Directiva de Concesiones. La problemática derivada del contrato de gestión de servicios públicos. ....	487
Decimoquinta. La trasposición en España de las Directiva de Concesiones. ¿Remunicipalización o reinternalización? Sobre el encendido debate del rescate de las concesiones.....	489
Decimosexta. La trasposición en España de las Directiva de Concesiones. La desaparición de la CPP. ....	490
Decimoséptima. La trasposición en España de las Directiva de Concesiones. El plazo como elemento vital en la configuración de una concesión.....	492
Decimooctava. La trasposición en España de las Directiva de Concesiones. La Oficina Nacional de Evaluación. ....	494
Decimonovena. La trasposición en Italia de la Directiva de Concesiones.....	495
Vigésima. La trasposición en Alemania de la Directiva de Concesiones. ....	496
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	499
1. LITERATURA .....	499
2. INSTRUMENTOS REGULATORIOS: NORMATIVA Y SOFT LAW .....	518
2.1. Mundial .....	518
2.2. Unión Europea .....	518
2.2. España .....	523
2.3. Italia .....	523
2.4. Alemania .....	524
3. JURISPRUDENCIA, RESOLUCIONES, CONCLUSIONES E INFORMES .....	526
3.1. Unión Europea .....	526

<b>3.2.</b>	<b>España</b> .....	528
<b>3.3.</b>	<b>Italia</b> .....	531
<b>3.4.</b>	<b>Alemania</b> .....	531
<b>3.5.</b>	<b>Francia</b> .....	532
<b>4.</b>	<b>OTROS</b> .....	532

## ABREVIATURAS

- ACP – Acuerdo sobre Contratación Pública
- AGE – Administración general del Estado
- ANAC– (*Autorità Nazionale Contro la Corruzione*) Autoridad Nacional Contra la Corrupción
- APLCSP – Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público
- APP – Asociación Público-Privada
- AVCP – (*Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici*) Autoridad de Vigilancia de los Contratos Públicos
- BGB- (Bürgerliches Gesetzbuch) Código Civil
- BGH - (Bundesgerichtshof) Tribunal Supremo Federal alemán
- BEI – Banco Europeo de Inversiones
- BIM -- Building Information System
- BMWi – (Bundesministerium für Wirtschaft und Energie) Ministerio Federal de Economía y Energía
- BVerfG – (Bundesverfassungsgericht) Tribunal Constitucional alemán
- BverwG – (Bundesverwaltungsgericht) Tribunal Contencioso-Administrativo Federal
- CPI – Compra Pública de Innovación
- CPP – Colaboración Público Privada
- CPPI – Colaboración Público Privada Institucionalizada
- CPPr -- Compra Pública Precomercial
- CPTi -- Compra Pública de Tecnología Innovadora
- CPV - Common Procurement Vocabulary
- CSP -- (*Public Sector Comparator*) Comparador del Sector Público
- CbSP – (*Public Sector Comparator base*) Comparador Base del Sector Público
- DEUC- Documento Europeo Único de Contratación
- EPEC – Centro Europeo Experto en Colaboración Pública Privada
- EUROSTAT -- Oficina Estadística de la Comisión Europea
- FMSA - (Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung) Organismo Federal para la Estabilidad Financiera de los Mercados
- GG – (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) Constitución alemana
- GWB – (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) Ley contra las restricciones a la competencia
- ICT -- Iniciativas Tecnológicas Conjuntas

- INP -- Importe Neto del Proyecto
- JASPERS – (Joint Assistance to Support Projects in European Regions) Asistencia Conjunta en Apoyo de Proyectos de las Regiones Europeas
- JESSICA -- (Joint European Support for Sustainable Investment in City Areas) Asistencia Conjunta Europea para la Inversión Sostenible en Áreas Urbanas
- KonzVgV - (Konzessionsvergabeverordnung) Verordnung über die Vergabe von Konzessionen. Reglamento sobre la adjudicación de concesiones
- LCAP – Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratación de las Administraciones Públicas
- LPAC - Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
- LPAP -- Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones públicas
- LRBL – Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local
- LRJSP -- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
- LOPJ - Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
- NARS – (*Nucleo di consulenza per l’Attuazione delle linee guida per la Regolazione dei Servizi di pubblica utilità*) Órgano técnico de asesoramiento y apoyo en materia de tarifas y la regulación de los servicios de interés público no regulados en un sector específico
- OLG – (Oberlandesgericht) Tribunal Regional de Apelación
- OMC – Organización Mundial del Comercio
- ONE -- Oficina Nacional de Evaluación
- OVG – (Oberverwaltungsgericht) Tribunal Regional Superior de lo contencioso-administrativo
- ÖPP-Beschleunigungsgesetz – (Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften) Ley para la implementación y agilización de la Colaboración Público Privada
- PbefG – (Personenbeförderungsgesetz) Ley de transporte de personas
- PCAP – Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares
- PFI - Private Finance Initiative
- PPP- Public Private Partnership
- PreisLS – (Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten. Anlage zur Verordnung PR Nr. 30/53 vom 21. November 1953) Directrices para la fijación de precios en función de los costes propios

- PreisVO – (Verordnung PR Nr 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen)  
Reglamento sobre precios en contratos públicos de 1953
- RCSD – (*Debt-Service Cover Ratio*) Ratio de Cobertura del Servicio de la Deuda
- RCVP – (*Loan Life Cover Ratio*) Ratio de Cobertura de la Vida del Préstamo
- PEF – Plan Económico-Financiero (de la Concesión)
- RUP – (*Responsabile unico del procedimento*) Responsable Único del Procedimiento
- SEC – (*European System of Accounts (ESA95)*) Sistema Europeo de Cuentas nacionales y regionales.
- SEITTSA -- Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, S.M.E., S.A
- SektVO – (Sektorenverordnung) Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung.  
Reglamento sobre la adjudicación de contratos públicos en sectores especiales
- TED – Tenders Electronic Daily
- TFN -- Transferencias Fiscales Netas
- TFUE – Tratado de Funcionamiento Europeo
- TIR – Tasa Interna de Rentabilidad
- TIRSE -- Tasa Interna de Rendimiento Social y Económico
- TRLCAP -- Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
- TRLCSP -- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
- UTFP -- Unità Tecnica Finanza di Progetto
- UVgO - (Unterschwellenvergabeordnung) Orden de Contratación bajo importe armonizado
- VAN – Valor Actual Neto
- VANSE -- Valor Actual Neto Social y Económico
- VergRModG - (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz - Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts) Ley de modernización del derecho de la contratación
- VergRModVO – (Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts) Reglamento de modernización del Derecho de Contratación
- VergStatVO - (Vergabestatistikverordnung - Verordnung zur Statistik über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen) Reglamento de estadística sobre la adjudicación de contratos públicos y concesiones
- VFM – (*Value For Money*) Valor económico o relación calidad-precio (según contexto)

- VgRÄG – (Vergaberechtsänderungsgesetz - Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge) Ley de modificación de la legislación de contratación pública
- VgV - (Vergabeverordnung - Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge) Reglamento sobre la adjudicación de contratos públicos
- VK – (Vergabekammer) Cámara, comité de adjudicación (se dedican al proceso de revisión)
- VNA -- Valor Neto Actual
- VOB – (Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen) Pliego de Condiciones Generales de la Contratación estatales en obras
- VOL/A – (Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen) Pliego de Condiciones Generales de la Contratación estatal en servicios
- VPN -- Valor Presente Neto
- VRT – (*Value of the Risk Transferred*) Valor del Riesgo Transferido
- VRNT – (*Value of the Risk Non-Transferred*) Valor del Riesgo No Transferido
- VS-VgRÄndG – (Gesetz zur Änderung des vergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit) Ley de modificación del derecho de contratación en el ámbito de la Defensa y la Seguridad
- VSVgV - (Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit - Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit zur Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG) Reglamento de contratación en el sector de la defensa y seguridad
- VwVfG - (Verwaltungsverfahrensgesetz) Ley de Procedimiento Administrativo General estatal
- VwGO - (Verwaltungsgerichtsordnung) Código Procesal Administrativo
- ZPO- (Zivilprozessordnung) Ley de Enjuiciamiento Civil



## PLANTEAMIENTO DE LAS TESIS

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

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

Estudiaremos también si la misma ha logrado la ansiada armonización de regímenes jurídicos. Con esta finalidad estudiaremos la transposición en tres países de la UE, entre otros como no, España.

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

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

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

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

Así, la presente memoria doctoral se estructura en diez capítulos.

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

Para hacer esta definición de la CPP hacemos un breve estudio de la Directiva y de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, estudios ambos que serán profundizados en sendos capítulos autónomos. De este breve análisis previo se desprende ya que la clave de la concesión es la remuneración mediante la explotación con transferencia del riesgo a un sujeto privado.

Como no podía ser menos, haremos un breve repaso de las características de la CPP, así como de sus ventajas y desventajas<sup>1</sup>.

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

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

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

---

<sup>1</sup> En esta memoria doctoral haremos referencia al término Colaboración Público Privada (CPP), Asociación Público Privada (APP) y PPP (Public Private Partnership) indistintamente.

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

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

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

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

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

En el **CAPÍTULO IV** entraremos de lleno en el tema principal de la tesis: **LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO**. Explicaremos aquí el concepto del riesgo y para ello haremos una clasificación de las concesiones en función del tipo de riesgo que asume el concesionario.

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

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

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

A esta garantía que supone la técnica del reequilibrio, se suma la Responsabilidad Patrimonial de la Administración, tema que ha recibido mucha atención últimamente, debido al profundo cambio que ha supuesto la LCSP. Y dentro de esta RPA no podremos dejar de mencionar el concepto de “remunicipalización”

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

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

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

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

Como en la gestión del riesgo es vital la elaboración de un estudio de viabilidad, en esta memoria doctoral proponemos cuatro fases a seguir para su correcta elaboración, fases que se pueden simplificar en proyectos de menor calado. Dentro de estas fases sugerimos también diversos indicadores que pueden resultar de utilidad a efectos comparativos entre alternativas.

Entre ellos mencionaremos el *Value For Money* de la concesión, para cuyo cálculo es de utilidad el *Public Sector Comparator*.

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

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

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

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

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

Dentro del estudio concesional en nuestro país, no podremos dejar de mencionar la Oficina Nacional de Evaluación (ONE) y sus novedosas funciones de control de la sostenibilidad financiera de concesiones de obras y servicios *ex ante*, además de hacer una breve reflexión sobre el fracaso del negocio concesional de autopistas en nuestro país, en particular el conocido caso de las radicales de Madrid.

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

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

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

## CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

La concesión de obras o de servicios es un negocio jurídico de duración determinada entre el Poder Adjudicador concedente y una persona física o jurídica concesionaria, por el que este último llevará actuaciones que son competencia de la primera, y cuya remuneración no depende de ésta, sino de la explotación que el concesionario haga. Es uno de los modelos de Colaboración Público Privada más utilizados<sup>2</sup>.

El objetivo es aprovechar los conocimientos especializados del operador económico, así como evitar la consolidación fiscal de la deuda en el presupuesto de la Administración concedente, especialmente interesante en periodos de crisis. En otras palabras, las concesiones constituyen un instrumento que algunos Estados miembros utilizan para realizar y financiar grandes obras de infraestructura, como las redes ferroviarias, las redes de carreteras, etc<sup>3</sup>.

Es de sobra conocido el hecho de que la contratación pública representa un 20% del PIB europeo, de hecho la media entre 2011 y 2014 fue de 1900 miles de millones de euros y el valor de los contratos que se publican en TED (Tenders Electronic Daily) es de 327 miles de millones de euros por año<sup>4</sup>. Lo que se desconoce en muchos casos es la importancia de las concesiones a nivel europeo, que mueven más de 10 300 millones de euros<sup>5</sup>.

La tendencia a la externalización de infraestructuras y servicios públicos prestados tradicionalmente por la Administración ha sido creciente en numerosos países en las últimas

---

<sup>2</sup> Véase M. HERNANDO RYDINGS, *La Colaboración Público Privada. Formulas Contractuales*. Civitas Cizur Menor 2012. ISBN: 9788447039920.

<sup>3</sup> Comunicación interpretativa de la comisión sobre las concesiones en el derecho comunitario (2000/C 121/02). Publicada en el DOCE, n. C 121 de 2000, de 29 de abril.

<sup>4</sup> R. DE NICTOLIS. "Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà", *Federalismi.it*. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo. 5 de Octubre de 2017. n. 19. 2016. ISSN 1826-3534.

<sup>5</sup> "Según el centro europeo de asesoramiento sobre las asociaciones público-privadas (EPEC), entre 1990 y 2016 alcanzaron la fase de cierre financiero en el mercado de APP de la UE 1749 proyectos de APP **por valor de un total de 336 000 millones de euros**. (...) En 2016, el valor agregado de las 64 operaciones de APP que alcanzaron el cierre financiero en el mercado de la UE fue de **10 300 millones de euros**." "Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados", Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo nº9. Pgs. 18 y ss. 2018. Véase también Comisión Europea, *Impact assessment of an initiative on concessions*. SEC (2011) 1588, pt. 3 p. 8. Datos de entre 2000 y 2006.

décadas<sup>6</sup>. Dicha tendencia adquirió un notable impulso con el auge de nuevas fórmulas contractuales basadas en las denominadas colaboraciones público-privadas<sup>7</sup>.

Lo expresa muy bien D. RUIZJARABO COLOMER en sus conclusiones a la STJUE de 15 de octubre de 2009 (C-196/08 Acoset SpA)<sup>8</sup>:

**42. Las actividades económicas y de gestión del poder público han experimentado una profunda transformación a lo largo del último siglo. Desde un liberalismo abstencionista inicial, con el único designio de mantener el orden público con medidas tradicionales de policía, como los mandatos y las prohibiciones, evolucionó hacia el ofrecimiento de prestaciones a los súbditos, (27) hasta llegar, finalmente, a una idea asistencial del Estado nacida de la solidaridad. (28)**

**43. En la meta de esa carrera el epítome clásico del servicio público se ha postergado, puesto que, en la actualidad, el grado de permeabilidad entre la administración y los ciudadanos impide enclaustrar sus recíprocas funciones en compartimentos estancos. (...)**

**45. Como exponentes de esa convergencia, ocupan una posición señera la denominada gestión indirecta de los servicios públicos o los contratos, fórmulas que hunden sus raíces en la historia del derecho.**

**46. Así, cuando una empresa privada asume la responsabilidad de un suministro y, motivada por una ganancia, arriesga su patrimonio a cambio de asegurar su regularidad y su buena marcha, se genera una estrecha relación con el peculio público. Igualmente ocurre cuando la administración, consciente de sus limitaciones técnicas o económicas, encuentra en el contratista el referente para ejecutar una obra o un servicio.**

**47. El capital privado se comporta como un intermediario entre el órgano titular de la actividad o del servicio y sus beneficiarios, por lo que, en estas figuras, sin perjuicio de los matices según su tipología, el arquetipo de una labor compartida planea por doquier y rige la totalidad de sus aspectos.**

Inicialmente desarrolladas en el Reino Unido a partir de 1992, en el marco de los debates en torno al “New Public Management” dentro de la llamada “Private Finance Initiative” (PFI), estas Colaboraciones Público-Privadas (una de cuyas categorías es la concesión tanto de obras como de servicios) que se refieren a formas de cooperación entre las autoridades públicas y los

---

<sup>6</sup> J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, “Colaboración Público-Privada: Más allá de la nueva Ley de Contratos del Sector Público”. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho n.º. 74, 2018, págs. 34-43. ISSN 1889-0016.

<sup>7</sup> Véase P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos” en libro col. *Observatorio de contratos públicos 2011* (dir.) J.M. GIMENO FELIÚ, M.A. BERNAL BLAY. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 435-462. ISBN: 978-84-470-4033-9. De la misma autora, “Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesiona: punto de partida y planteamientos de futuro”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho n.º. 74, 2018, págs. 52-61. ISSN 1889-0016.

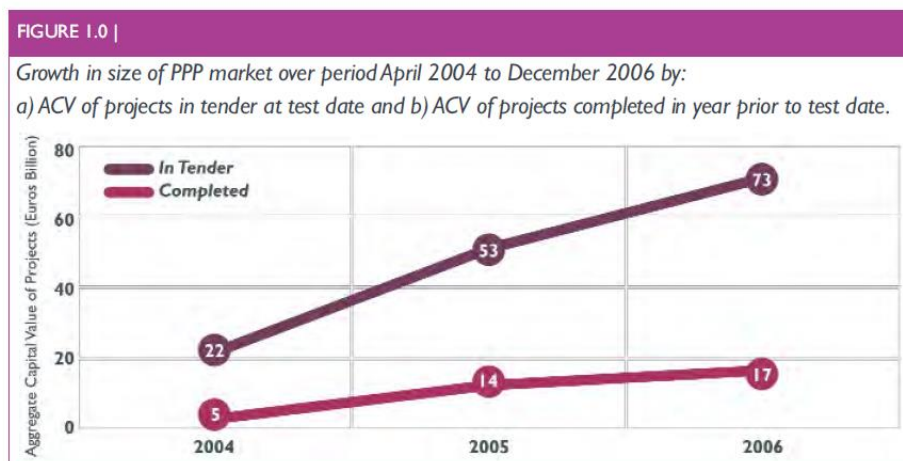
<sup>8</sup> STJUE de 15 de octubre de 2009 (C-196/08 Acoset SpA) ECLI:EU:C:2009:628.



operadores económicos para financiar construcciones y servicios, se han extendido posteriormente tanto al resto de Europa como a otras áreas geográficas<sup>9</sup>.

El interés de diversos Estados Miembros de la UE deriva en parte de las exigencias del Pacto de Estabilidad y Crecimiento de 1997, que les prohibía incurrir en déficit excesivo, obligándoles al equilibrio o superávit presupuestario<sup>10</sup>.

#### GROWTH IN SIZE OF PPP MARKET 2004 to 2006



Este gráfico muestra el crecimiento en las licitaciones de CPP (línea morada) y de CPP efectivamente completadas (línea violeta). DLA Piper International Law Firm, European PPP Report 2007, elaborado con datos de Infra-News

A pesar de que es difícil establecer con absoluta certeza el número de operaciones de CPP llevadas a cabo en los diversos Estados de Europa, ya que al ser un instrumento de contratación recogido en documentos de *soft law*<sup>11</sup> no existen criterios uniformes de clasificación, podemos decir que de 2003 a 2007, excluyendo del análisis a Reino Unido, que se mantiene siempre a la cabeza en este tipo de operaciones (ya que a tenor del UK Treasury (Tesoro Británico), en 2006 el país completó un número de 53 proyectos por un valor de 9.895 millones de euros), España se situaba en un segundo puesto en este tipo de contrato, retrocediendo en posiciones a partir del año 2006<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> En estas PFI, el Sector Privado habitualmente se encarga del diseño, construcción y financiación de la infraestructura (o activo) y de prestar el servicio ligado a ésta.

<sup>10</sup> P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho nº 74, 2018, pág. 53. ISSN 1889-0016. Véase también la Resolución del Consejo Europeo sobre el Pacto de estabilidad y crecimiento (Amsterdam, 17 de junio de 1997) DOUE C 236 de 2.8.1997.

<sup>11</sup> Véase en particular el Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en materia de Contratación Pública y Concesiones. Bruselas, 30.4.2004 (COM(2004) 327) final.

<sup>12</sup> Por cuantía de la licitación queda Italia en el primer puesto (siempre excluyendo a Reino Unido), tanto en el bienio 2003-2004, como en el 2005-2006. España le sigue en el segundo puesto, con un volumen por cuantía de la licitación de 5.288 millones de euros y de 10.344 millones de euros respectivamente. A partir

#### TOP 10 COUNTRIES BY ACV OF PROJECTS 2006

FIGURE I.1 |

Figure showing top ten countries, by ACV of projects completed in 2006 and number of projects completed in 2006.

	Country	ACV €m	Number
1	Spain	6,864	19
2	France	2,631	8
3	Italy	2,410	9
4	Greece	1,610	2
5	Rep of Ireland	1,036	4
6	Austria	800	1
7	Poland	660	1
8	Finland	300	1
9	Germany	278	8
10	Croatia	248	2

DLA Piper International Law Firm, European PPP Report 2007, elaborado con datos de Infra-News

Uno de los motivos de este éxito es que en el periodo 1989 a 2006 España era el mayor receptor de fondos estructurales europeos, especialmente en el sector de los transportes<sup>13</sup>.

Es a partir del 2007, con el cambio dramático de las condiciones económicas causadas por la crisis, a lo que se suma que, entre 2007 y 2013 el primer país receptor de fondos europeos pasa a ser Polonia, que Francia y Alemania toman el relevo. Esto se debió sobre todo al interés de sus respectivos gobiernos, que introdujeron nuevos mecanismos de financiación y potenciaron los contratos de CPP mediante reformas legales y reducciones de la carga burocrática<sup>14</sup>.

Durante los años de bonanza económica, la CPP sufrió un desarrollo espectacular. Sin embargo, cuando la crisis económica de 2008 azotó Europa, este negocio contractual tuvo que hacer frente a serios problemas, como la falta de liquidez, dificultades en el acceso a los préstamos, previsiones excesivamente optimistas en cuanto a la TIR, etc.

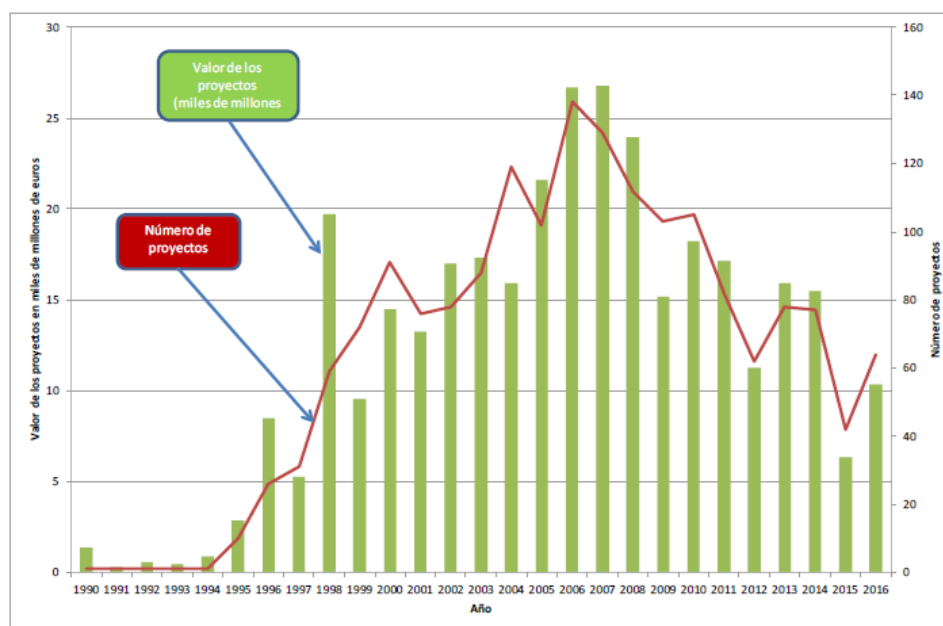
---

de 2006 retrocede al sexto puesto con un volumen de operaciones de 2.931 millones de euros, aunque, cuando se trata de proyectos finalmente adjudicados, de nuevo España queda en primer puesto con un total de 19 proyectos en 2006 por un valor de 6.864 millones de Euros. Uno de los motivos de este éxito puede ser que sólo en España se utilizaba el procedimiento abierto en una sola fase para adjudicar este tipo de contratos, lo que aceleraba todo el procedimiento. Por otra parte, en estos dos bienios, Italia detentaba el primer puesto de procedimientos de CPP en fase de adjudicación. Fuente: DLA Piper International Law Firm, European PPP Report 2007, elaborado con datos de Infra-News.

<sup>13</sup> Con una cuota de un 25% sobre el total. IMF, Spain, selected issues, marzo 2004. Pág 14.

<sup>14</sup> DLA Piper International Law Firm, European PPP Report 2009, elaborado con datos de Infra-News.

De ahí que en el próximo gráfico, que representa la evolución en la UE de las CPP entre 1990 y 2016, se detecte un descenso continuado en su aplicación:



Tribunal de Cuentas Europeo sobre la base de información facilitada por el EPEC<sup>15</sup>

Mientras el Sector Privado buscaba mayores garantías por parte de las Administraciones Adjudicadoras, éstas intentaban encontrar mecanismos que limitaran su exposición, así como la progresiva erradicación de las mencionadas garantías una vez fueran desapareciendo las consecuencias de la crisis. Además, con la limitación de recursos disponibles se hacía indispensable que la operación no computara dentro del límite de endeudamiento de la Administración Pública. Por otra parte, los bancos se resistían a verse envueltos en este tipo de operaciones, exigiendo periodos razonables y beneficios adecuados para salir del contrato de CPP y dificultando el acceso a la necesaria financiación del Sector Privado. Todo esto hace que cambie el esquema de reparto de riesgos en las operaciones de CPP.

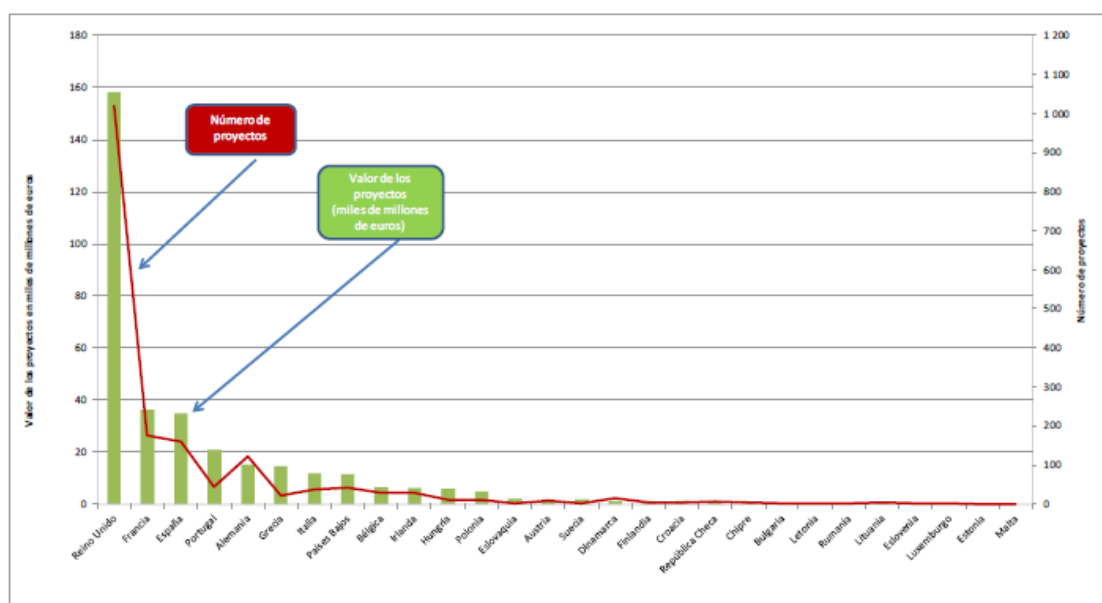
Si observamos los datos de las operaciones de CPP en el 2013 en la Unión Europea, Reino Unido se encontraba en el primer puesto, con 31 contratos (reduciéndose el número a 24 en 2014, pero aumentando un 7% el valor de la contratación), seguida por Francia con 19 contratos concluidos (disminuyendo el número a 10 en 2014) y Alemania con 10 (que en 2014 se redujeron

<sup>15</sup> “Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados”, Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo nº9. 2018, pág.18.

a 7)<sup>16</sup>. En Italia en cambio, la tendencia es contraria y en 2014 se registró un incremento del 12,4% en el uso de estas operaciones, aunque luego no se concluyeran todas ellas<sup>17</sup>.

En 2014 se llevaron a cabo 82 Colaboraciones Público Privadas en Europa por un valor de 18,7 millones de euros<sup>18</sup>. Ejemplos de ello son la autopista A11 Brugge – Zeebrugge en Bélgica por 1,1 millones de euros; la autopista A7 Bordesholm - Hamburg por 646 millones de euros y el hospital de la Universidad Schleswig-Holstein por 630 millones de euros en Alemania; la autopista A9 Gaasperdammerweg por 700 millones de euros en Holanda y la segunda fase del Intercity Express Programme por 2,6 millones de euros, la circunvalación Aberdeen Western por 725 millones de euros y el puente Mersey Gateway por 707 millones de euros en el Reino Unido.

Como vemos en este gráfico esta tendencia presenta una gran varianza entre países.



Tribunal de Cuentas Europeo sobre la base de información facilitada por el EPEC<sup>19</sup>

También se nota la incidencia de los fondos europeos, ya que los países que los reciben han recurrido más a este tipo de contratación. En este gráfico se recogen las CPP que, entre

<sup>16</sup> M. COZZIO. M. COZZIO. “Modifiche in corso di esecuzione, tra regole europee convergenti e interpretazioni nazionali divergenti”, en libro col. *Appalti pubblici, in house providing e grande infrastrutture* (dir.) M. AGOSTINA CABIDDU, M. CRISTINA COLOMBO. Dossier Appalti. Pubblica amministrazione 24. Febrero de 2015.

<sup>17</sup> Relazione Unità Tecnica Finanza di Progetto 2014.

<sup>18</sup> F. SUTTI, I. GOBBATO. “Il mercato del PPP alla luce del nuovo Codice degli Appalti”. *Paper. L’attuazione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici: problemi, prospettive, verifiche*, pág. 78

<sup>19</sup> “Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados”, Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo nº9. 2018, pág. 19.

2000 y 2014, han contado con financiación europea como el Fondo de Cohesión, FEDER y JESSICA, entre otros.

<b>País</b>	<b>Número de proyectos</b>	<b>Coste total</b>	<b>Contribución de la UE</b>	<b>% de contribución de la UE</b>
Grecia	8	6 806	3 301	58,53 %
Portugal	3	2 379	564	10,00 %
Francia	21	9 856	324	5,74 %
España	4	2 422	311	5,51 %
Polonia	4	388	272	4,82 %
Alemania	14	2 147	254	4,50 %
Italia	6	553	210	3,72 %
Reino Unido	3	2 212	110	1,95 %
Bélgica	2	686	101	1,79 %
<b>Irlanda</b>	<b>3</b>	<b>1 286</b>	<b>81</b>	<b>1,44 %</b>
Lituania	3	99	40	0,71 %
Eslovenia	10	52	36	0,64 %
Croacia	1	331	20	0,35 %
Malta	1	21	12	0,21 %
Estonia	1	4	4	0,07 %
<b>Suma Total</b>	<b>84</b>	<b>29 242</b>	<b>5 640</b>	<b>100,00 %</b>

Fuente: Cuadro elaborado por el Tribunal de Cuentas Europeo, a partir de datos facilitados por la Comisión, el EPEC y los Estados miembros seleccionados<sup>20</sup>

Como vemos, a pesar de todas las variaciones sufridas, del cambio en el reparto de los fondos comunitarios y del impacto de la crisis, podemos decir que las CPP en la UE se han concentrado en Reino Unido, Francia, Alemania, España y Portugal, ya que estos países vinieron a ejecutar en torno al 90% de este tipo de proyectos entre 1990 y 2016<sup>21</sup>.

Teniendo los datos numéricos del negocio contractual de la CPP necesitamos un concepto del mismo para analizarlo.

Una definición ya generalizada de las CPP, categoría entre las que se encuentran las concesiones, es que se trata de contratos complejos a largo plazo entre un operador económico

<sup>20</sup> “Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados”, Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo nº9. 2018. Anexo I, pág.1.

<sup>21</sup> Para un análisis en profundidad de la CPP en Reino Unido, España y Francia, véase F. LAUS, *Il rapporto collaborativo tra pubblico e privato nella contrattazione pubblica. Unione Europea e ordinamenti nazionali: analisi comparata di modelli e riforme*, Bononia University Press, 2018, págs. 226-266. ISBN: 8869232948.

privado y una entidad pública cuyo objeto es la construcción y explotación de una infraestructura o la prestación de un servicio<sup>22</sup>.

Las Naciones Unidas la definieron en su día como “una forma de colaboración o esfuerzo común entre los sectores público y privado con el propósito de desarrollar, construir, explotar y financiar. Y esta fórmula está consignada por una serie de acuerdos interrelacionados entre los agentes públicos y privados por los que se definen sus respectivos derechos y obligaciones según la configuración legal y política existente”<sup>23</sup>.

Esta forma de colaboración se puede articular mediante diversos modelos: DBFO (“Design-Build-Finance-Operate”, en español Diseño-Construcción-Financiación-Gestión), BOT (“Build-Operate-Transfer”, en español Construcción-Gestión-Transferencia) o BOO (“Build-Own-Operate”, en español Construcción-Propiedad-Gestión) entre otros<sup>24</sup>.

La dificultad de definir este concepto estriba en que se trata de una categoría global que, aun teniendo rasgos comunes, como son su larga duración, su complejidad y el adecuado reparto de riesgos, costes y beneficios, abarca un gran número de modalidades<sup>25</sup>. Como decíamos, ejemplo prototípico de la CPP es el modelo concesional, caracterizado por una relación trilateral en que el concesionario seleccionado por el concedente establece un vínculo con el usuario final, en donde se presta una obra o servicio competencia del concedente bajo su control y en la que la remuneración se hace depender del uso de los usuarios. Remuneración que puede completarse con pago de un precio por la Administración concedente.

En esta tarea de definir las CPP, y en concreto las concesiones, debemos hacer referencia tanto a la *Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión*, como a la *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las*

---

<sup>22</sup> S. SAUSSIÉ, “An Economic analysis of the closure of the market and other dysfunctions in the awarding of concession contracts”, *Directorate General for Internal Policies. Policy Department A: economic and scientific policy*. Brussels, European Union, 2012.

<sup>23</sup> M. GARCÉS SANAGUSTÍN, “En torno a la Colaboración” en libro col. *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, (dir.) F. LAGUNA SANQUIRICO. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A y Fundación Ramón Areces, Madrid 2012, págs. 46-53.

<sup>24</sup> E. IOSSA, D. MARTIMORT, “Risk Allocation and the Costs and Benefits of Public-Private Partnerships”, *The RAND Journal of Economics*, vol. 43, nº 3, 2012. Págs. 442-474.

<sup>25</sup> P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 74, Iustel, marzo 2018, pág. 54. ISSN 1889-0016.

*Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.*

## **1. Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión**

De la Cuarta Generación de Directivas de Contratación Pública, la presente tesis se dedica a la novedosa *Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión* (Directiva de Concesiones de ahora en adelante), y en particular al reparto de riesgos entre concedente y concesionario.

La Directiva, que no se refiere en ningún momento a los Contratos de Colaboración Público Privada, sino que se circunscribe a las concesiones de obras (ya recogidas en las dos Directivas de 2004) y a las concesiones de servicios, verdadera novedad en cuanto a un inclusión en el ámbito de aplicación de las Directivas europeas de contratación; las define como un contrato a título oneroso, celebrado por escrito, mediante el cual un poder adjudicador encarga a un tercero la realización de unas obras o la prestación de un servicio, dependiendo de si nos encontramos ante una concesión de obras o ante una concesión de servicios, a cambio de la remuneración a través del derecho a la explotación que debe obligatoriamente suponer una transferencia del riesgo operacional, que incluye el de demanda, el de suministro o ambos<sup>26</sup>.

La aparición de esta Directiva sobre concesiones es toda una declaración de intenciones del legislativo europeo, ya que hasta este momento las concesiones de servicios, en la medida en que resultaran de actos del Estado que tuvieran por objeto la prestación de actividades económicas, quedaban excluidas del ámbito de aplicación de las Directivas de Contratación y se sometían únicamente a los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en particular a la libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como a los principios de igualdad de trato, no discriminación, proporcionalidad, publicidad, transparencia y concurrencia) y a los derivados de la jurisprudencia del TJUE<sup>27</sup>. La

---

<sup>26</sup> S. Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo XIII. Contratos del sector público*. BOE, Madrid, 2018, págs. 38-40. ISBN 978-84-340-2496-0

<sup>27</sup> Véase artículo 17 en relación con el artículo 1, apartado 4 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

legislación previa no recogía tampoco ninguna definición del concepto de *riesgo operacional*, elemento clave en el contrato concesional<sup>28</sup>.

Muy ilustrativa de esta exclusión es la Sentencia Telaustria de 7 de diciembre de 2000 del TJUE que explica los vaivenes dados por el legislador europeo en materia de concesiones<sup>29</sup>:

*“46 A este respecto procede recordar que, tanto en su Propuesta de 13 de diciembre de 1990 como en su Propuesta modificada de Directiva 91/C 250/05 del Consejo, de 28 de agosto de 1991, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios (DO C 250, p. 4; en lo sucesivo, «Propuesta de 28 de agosto de 1991»), que desembocaron en la adopción de la Directiva 92/50, relativa a los contratos públicos de servicios en general, la Comisión había propuesto expresamente incluir las «concesiones de servicios públicos» en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.*

*47 Como dicha inclusión se justificaba por la intención de «asegurar la coherencia de los procedimientos de adjudicación», la Comisión precisó, en el décimo considerando de su Propuesta de 13 de diciembre de 1990, que «las concesiones de servicios públicos deben quedar incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, de la misma manera que la Directiva 71/305/CEE se aplica a las concesiones de obras públicas». Aunque la referencia a la Directiva 71/305/ CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los mercados públicos de obras (DO L 185, p. 5; EE 17/03, p. 9), fue retirada del décimo considerando de la Propuesta de 28 de agosto de 1991, esta última mantuvo expresamente sin embargo en dicho considerando el objetivo relativo a la «coherencia de los procedimientos de adjudicación».*

*48 No obstante, en el transcurso del procedimiento legislativo, el Consejo suprimió toda referencia a las concesiones de servicios públicos, principalmente a causa de las diferencias existentes entre los Estados miembros en materia de delegación de la gestión de servicios públicos y en las modalidades de dicha delegación, que podrían crear una situación de enorme desequilibrio en la apertura de los mercados de concesiones de servicios públicos (véase el documento n° 4444/92 ADD 1, de 25 de febrero de 1992, punto 6, titulado «Motivación del Consejo» y adjunto a la Posición Común de la misma fecha).*

*51 A la vista de estos datos, procede hacer constar que la Comisión no propuso incluir las concesiones de servicios públicos en su Propuesta de Directiva 91/ C 337/01 del Consejo, de 27 de septiembre de 1991, por la que se modifica la Directiva 90/531 (DO C 337, p. 1), que desembocó posteriormente en la adopción de la Directiva 93/38.*

*52 Dicha conclusión resulta corroborada igualmente por la evolución del ámbito de aplicación de las Directivas en materia de contratos públicos de obras.*

*53 En efecto, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 71/305, que fue la primera Directiva en esta materia, excluía expresamente de su ámbito de aplicación los contratos de concesión.*

*54 Sin embargo, la Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18 de julio de 1989, que modifica la Directiva 71/305 (DO L 210, p. 1), añadió a la Directiva 71/305 un artículo 1*

---

<sup>28</sup> A. ROMÁN MÁRQUEZ, “El riesgo en las concesiones de obras y servicios públicos: orígenes, evolución y situación actual en el ordenamiento jurídico comunitario”, Revista Española de Derecho Comunitario nº182. Enero-Marzo 2017, págs. 450-451. ISSN 0210-8461.

<sup>29</sup> STJUE de 7 de diciembre de 2000 (C-324/98 Telaustria) ECLI:EU:C:2000:669.



*ter, que hacía referencia expresa a los contratos de concesión de obras públicas, declarando aplicables a los mismos las normas de publicidad establecidas en sus artículos 12, apartados 3, 6, 7 y 9 a 13, y 15 bis.*

*55 Posteriormente, la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), que sustituyó a la versión modificada de la Directiva 71/305, menciona expresamente la concesión de obras públicas entre los contratos incluidos en su ámbito de aplicación.*

*56 En cambio, la Directiva 93/38, adoptada el mismo día que la Directiva 93/37, no contiene disposición alguna sobre las concesiones de servicios públicos. De ello se deduce que el legislador comunitario decidió no incluirlas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/38. Si su intención hubiera sido otra, lo habría indicado expresamente, tal como hizo al adoptar la Directiva 93/37.”*

*La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios se mantiene en esta línea y aclara que: “Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en el artículo 3, la presente Directiva no será aplicable a las concesiones de servicios definidas en el apartado 4 del artículo 1<sup>30</sup>.”*

De hecho, esta exclusión supone la primera definición de la concesión de servicios recogida en un texto legal con fuerza vinculante a nivel europeo<sup>31</sup>: “La «concesión de servicios» es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio”.

El motivo que justificaba esta exclusión eran los diferentes regímenes jurídicos que este tipo contractual tenían en los diversos Estados Miembros y la flexibilidad que requerían en su articulación<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Véase el artículo 17 de la Directiva 2004/18/CE.

<sup>31</sup> F. CACHARRO GOSENDE, “La concesión de servicios en la LCSP/2017” en libro col. *La nueva contratación pública en el ámbito local claves para una contratación electrónica y transparente* (dir.) M<sup>a</sup> C. CAMPOS ACUÑA, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 1065-1069. ISBN: 9788470527531. T. BIANCHI, L. PONZONE, “La Corte di giustizia torna sulla distinzione tra concessione di servizi e appalto di servizi”, *Diritto Comunitario e scambi internazionali* n<sup>o</sup>2, abril-junio 2010, pág. 286.

<sup>32</sup> M.E. LÓPEZ MORA, *Los contratos de concesión a la luz de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión: retos y novedades*. Atelier 2019. ISBN: 9788417466404

Pero la contrapartida era que los legisladores nacionales carecían de parámetros claros para regular las concesiones, especialmente las de servicios<sup>33</sup>. Esto llevaba a que hubiera una gran disparidad de regulaciones entre los distintos Estados Miembros, variando entre una ausencia total de regulación en algunos países, a una normativa muy detallada en otros. Esta situación obviamente no fomentaba el comercio transfronterizo al suponer una elevada inseguridad jurídica y falta de transparencia<sup>34</sup>.

Sólo la adjudicación de las concesiones de obras públicas se regía por la normativa europea, en concreto la *Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios*, cuando alcanzasen ciertos umbrales; ya que la Directiva 89/440/CEE que modificó la primera Directiva 71/305/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, las definía en referencia al contrato público de obras y les asignaba la misma regulación<sup>35</sup>.

Las concesiones de servicios no corrieron la misma suerte, debiendo contentarse como ya hemos dicho con los principios del Tratado y numerosa jurisprudencia del TJUE. Un buen ejemplo es la STJUE 15 de octubre de 2009 (STJUE C-196/08 Acoset SpA) que dice literalmente:

**46 Pese a que los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas 2004/18 y 2004/17, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. (...)**

**48 Además del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, el principio de igualdad de trato de los licitadores es también aplicable a las concesiones de servicios públicos, aun cuando no exista una discriminación por razón de la nacionalidad.**

**49 Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparencia, que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados. La obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la**

---

<sup>33</sup> J.M. GIMENO FELIU, "La "codificación" de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE". Revista Española de Derecho Administrativo nº 172, 2015, pág. 85 y ss. ISSN 0210-8461.

<sup>34</sup> Véase el *Commission staff working document. Impact assessment of an initiative on Concessions. Accompanying the document Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council*. Brussels, 20.12.2011 SEC (2011) 1588 final.

<sup>35</sup> Véase A. FORTES MARTÍN, *La gestión contractual del servicio de recogida de residuos domésticos*, Iustel Publicaciones, Madrid, 2018, págs. 213-221. ISBN: 9788498903553.

competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.

**50 Además, se desprende del artículo 86 CE, apartado 1, que los Estados miembros no deben mantener en vigor una normativa nacional que permita la adjudicación de concesiones de servicios públicos sin licitación, puesto que tal adjudicación infringe los artículos 43 CE o 49 CE o vulnera los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia.**

Como vemos, en esta sentencia se manifiesta ya el problema de que la aplicación únicamente de principios hace peligrar la seguridad jurídica y genera desconfianza entre los operadores económicos, pues permite que los legisladores nacionales hagan sus propias interpretaciones de los principios del Tratado, dando lugar a grandes disparidades en la regulación de estos negocios jurídicos en los diferentes Estados miembros.

En el próximo gráfico se aprecia de manera visual esta falta de regulación en cuanto a concesiones de servicio:

	Publicación en el DOUE	Plazo mínimo para presentar ofertas	Reglas en la selección del procedimiento	Criterios de selección	Criterios de adjudicación	Especificaciones técnicas	Reglas de subcontratación	Publicación de la adjudicación	Recursos
Concesiones de servicios									
Concesiones de obra	X	X					X		X
Contratos de servicios	X	X	X	X	X	X		X	X
Contratos de obra	X	X	X	X	X	X		X	X

Gráfico de elaboración propia a partir del documento de trabajo de la Comisión Europea: *Impact assessment of an initiative on Concessions*<sup>36</sup>. Téngase en cuenta que las concesiones de obras reguladas eran las “clásicas”. Las concesiones de obra en sectores especiales también se sometían únicamente a los principios del TFUE.

La Directiva de Concesiones supone un gran cambio, en el sentido de que incluye a las concesiones de servicios que superen los umbrales comunitarios en su ámbito de aplicación, estableciendo un régimen común a ambos tipos de concesiones (obras y servicios), y haciendo solo distinciones mínimas en algunos artículos, como por ejemplo el 13 en su apartado 4 (Concesiones adjudicadas a una empresa asociada) y el 8 en su apartado 5 (Umbrales y métodos de cálculo del valor estimado de las concesiones).

Este idéntico régimen para ambos tipos de concesiones se sustenta, dejando aparte el principio de seguridad jurídica, en que siendo la explotabilidad de la obra o del servicio, así como la transferencia del riesgo, los elementos característicos de la concesión, la diferencia entre una

<sup>36</sup> Commission staff working document. *Impact assessment of an initiative on Concessions. Accompanying the document Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council*. Brussels, 20.12.2011 SEC (2011) 1588 final.

concesión de obras y una de servicios es meramente accidental. De hecho parte de la doctrina afirma que la concesión de obras sería una concesión de servicio público cualificada, donde la obra es el sustento material indispensable para prestar el servicio posterior, pero donde habría dos contratos sucesivos, uno de obras y uno de servicios que nunca llegarían a coexistir. Sin ir tan lejos, la nueva Directiva da una misma regulación para ambos tipos de concesiones, configurando el negocio como concesión de obras si la obra pública es esencial para prestar el servicio posterior, siendo concesiones de servicios el resto<sup>37</sup>.

El primer considerando de la Directiva 2014/23/UE resume esta situación y justifica la necesidad de una normativa:

***“La ausencia de unas normas claras a nivel de la Unión en el ámbito de la adjudicación de contratos de concesión acarrea problemas de inseguridad jurídica, obstaculiza la libre prestación de servicios y falsea el funcionamiento del mercado interior. Como resultado de ello, los operadores económicos, en particular las pequeñas y medianas empresas (PYME), se ven privados de los derechos que les confiere el mercado interior y pierden grandes oportunidades comerciales; por otro lado, puede que las autoridades públicas no den un uso óptimo a los fondos públicos, con lo que los ciudadanos de la Unión no podrían disfrutar de unos servicios de calidad al mejor precio. Es necesario instaurar un marco jurídico adecuado, equilibrado y flexible en el ámbito de la adjudicación de concesiones que garantice a todos los operadores económicos de la Unión un acceso efectivo y no discriminatorio al mercado y que afiance la seguridad jurídica, favoreciendo así la inversión pública en infraestructuras y servicios estratégicos para el ciudadano. Este marco jurídico permitiría asimismo contar con una mayor seguridad jurídica para los operadores económicos y podría ser una base y un instrumento para abrir en mayor medida los mercados internacionales de contratación pública y para fortalecer los intercambios comerciales internacionales. Debe concederse especial importancia a la mejora de las posibilidades de acceso para las pymes en todos los mercados de concesiones de la Unión.”***

Es decir, la Directiva tiene como grandes objetivos reducir la inseguridad jurídica, aumentar la libre prestación de servicios a nivel internacional, mejorar el funcionamiento del mercado interior, potenciar las PYMES y optimizar el uso de los recursos públicos.

En cuanto a la seguridad jurídica, es interesante la afirmación que hacía la STJCE de 13 de octubre de 2005<sup>38</sup>:

***52 De lo anterior se desprende que los Estados miembros no deben mantener en vigor una normativa nacional que permita la adjudicación de concesiones de servicios públicos sin licitación, puesto que tal adjudicación infringe los artículos 43 CE o 49 CE, o vulnera los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.***

---

<sup>37</sup> A. ROMÁN MÁRQUEZ, “El riesgo en las concesiones de obras y servicios públicos: orígenes, evolución y situación actual en el ordenamiento jurídico comunitario”, Revista Española de Derecho Comunitario nº182. Enero-Marzo 2017, págs. 459-460. ISSN 0210-8461.

<sup>38</sup> STJCE de 13 de octubre de 2005 (C-458/03 Parking Brixen). ECLI:EU:C:2005:605

La mera aplicación de principios no garantizaba una regulación mínimamente homogénea y garantista de los mismos en todos los Estados.

Vemos que la promulgación de una tercera Directiva referida específicamente a concesiones, amplía de facto el objeto de la regulación comunitaria en materia de contratación pública, incluyendo así todas las concesiones de naturaleza contractual que superen los umbrales comunitarios, y otorgando consecuentemente un régimen jurídico, no sólo las de obras, sino también de servicios, que carecían de él.

Con el nuevo texto de la Directiva se pretende, además de asimilar los contratos de concesiones al resto de contratación pública, dotar (especialmente a las concesiones de servicios) de un régimen jurídico más rígido que la simple observancia de los principios europeos de la contratación pública<sup>39</sup>.

Sin embargo, en el ámbito de las concesiones es preciso hacer un balance entre la necesaria protección de la seguridad jurídica y de una verdadera competencia a nivel europeo, con la necesidad de dotar a los poderes públicos y a los poderes adjudicadores de la libertad para organizar sus competencias y la prestación de los servicios públicos<sup>40</sup>.

Es por este motivo (y por la fuerte oposición de gran cantidad de Estados Miembros, que hasta este momento adjudicaban las concesiones mediante procedimientos negociados e informales en los que, si bien primaban los requisitos de solvencia y capacidad del concesionario, se obviaban los principios de igualdad, transparencia y competencia o incluso a través de la adjudicación directa sin previa licitación) que más que ante una normativa en *strictu sensu*, nos encontramos ante una serie de directrices, de guías básicas para los Estados<sup>41</sup>. Es más, la propia Comisión antes de proponer una Directiva hizo diversos estudios de impacto y llevo a cabo un amplio trámite de información pública. Y antes de decantarse por una Directiva de armonización se planteó otra serie de posibilidades, desde elaborar normativa de *soft law* (que como veremos ya existía), pasando por diversos grados de normativa vinculante (básica, que se correspondería con el nivel de regulación hasta ese momento únicamente obligatorio para las concesiones de

---

<sup>39</sup> S. BRACONNIER, «La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives», AJDA 2014, pág. 832.

<sup>40</sup> S. PLATON, «La passation des concessions: de l'eau du service public dans le vin de la concurrence?», AJDA 2014, pág. 841.

<sup>41</sup> X. LAZO, "El contrato de concesión de servicios" en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo III. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2574-2576. ISBN: 978-84-9169-926-2.

obras; detallada, que coincidiría con la normativa ya existente para contratos; y un nivel intermedio, que supondría añadir normas al nivel básico), hasta no llevar a cabo ninguna acción.

Finalmente, la Comisión se decantó por la opción de una Directiva de un nivel intermedio. Sin embargo, desde la propuesta de Directiva aprobada por la Comisión el 20 de Diciembre de 2011, a la aprobada por el Parlamento Europeo y el Consejo, el 26 de febrero de 2014, hay diferencias importantes<sup>42</sup>, que se sostienen en esta resistencia de diversos Estados Miembros, recogida en distintos documentos europeos<sup>43</sup>, y que estudiaremos en el **CAPÍTULO II: ANTECEDENTES EUROPEOS: INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS Y DE SOFT LAW.**

Para limar estas resistencias, la Directiva incluye en su artículo 2 el *principio de libertad de administración de las autoridades públicas*, que implica que los Estados Miembros tendrán libre disposición para gestionar sus obras y servicios (públicos o no, en función de su regulación interna) de una forma directa o indirecta. Es decir, la Directiva no obliga en ningún caso a la privatización de obras o empresas pública, ni a la prestación indirecta mediante contratación a terceros de servicios considerados públicos, principal temor de los Estados Miembros y ciudadanos reticentes. Y esto se justifica en la necesidad de garantizar *“un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos”*.

Volvemos así a comenzar el ciclo regulatorio que iniciamos en los años 70 con las primeras Directivas de Contratación en materia de contratos (recordemos que las dos primeras generaciones de Directivas de Contratación Pública tenían como finalidad la armonización de la normativa de los Estados miembros en materia de contratación, dejándoles a éstos amplios

---

<sup>42</sup> Como dice el Preámbulo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, *“Estas Directivas constituyen la culminación de un proceso iniciado en el seno de la Unión Europea en el año 2010, que después de diversas propuestas y negociaciones primero en la Comisión, luego en el Consejo de la Unión Europea y finalmente, entre el Parlamento y el Consejo, fue finalmente aprobado por aquel, el 15 de enero de 2014, siendo publicadas estas normas en el DOUE el 28 de marzo de 2014”*.

<sup>43</sup> De hecho, la exclusión expresa de la gestión de servicios de abastecimiento de agua de consumo humano y del saneamiento de aguas residuales (cuando el servicio se preste conjuntamente) se puede enmarcar en esta fuerte oposición. La Iniciativa Ciudadana Europea promovida en el Foro Municipal del Agua celebrado en Marsella en 2012, llevó a que la Comisión Europea publicara el 19 de Marzo de 2014 el Documento: *“El derecho al agua y al saneamiento como derecho humano”*, que motivó esta importante exclusión en el texto de la Directiva de Concesiones y que abrió la puerta a una serie de exclusiones sucesivas, que, como veremos más adelante, es muy extensa. Véase J. PERDIGÓ SOLÀ, *“El agua, los servicios de interés general y la Directiva de Concesiones”* en libro col. *Servicios de Interés General Colaboración Público-Privada y sectores específicos*, (dir.) V. PARISIO, V. AGUADO I CUDOLÀ, B. NOGUERA DE LA MUELA. Tirant lo Blanch. Valencia 2016. ISBN 978-84-914-3793-2 G. Giappichelli Editore. Torino 2016. ISBN/EAN 978-88-921-0553-9. Págs. 301-336.

márgenes de maniobra en cuanto a cómo lograr los objetivos marcados), sólo que esta vez el objeto de esta regulación mínima son las concesiones, y más concretamente, las de servicios<sup>44</sup>.

Es por ello que la Directiva no establece unos procedimientos de adjudicación pautados, sino que deja a la voluntad de los poderes adjudicadores la posibilidad de establecer sus procesos, siempre que haya una licitación pública y transparente.

Todo esto nos lleva a preguntarnos por la pertinencia de una tercera Directiva, dedicada exclusivamente a concesiones, pero que se limita a hacer una enumeración de principios a aplicar, dejando la adjudicación al arbitrio de los Poderes Adjudicadores<sup>45</sup>. No vemos un gran cambio con respecto a la situación anterior en que lo que se debían respetar eran también principios, aunque no los de una Directiva, sino los del TFUE (libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios) y los de él derivados (igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, publicidad, concurrencia y transparencia).

Esta opinión se ratifica en el hecho de que la propia Comisión Europea se basó en la posibilidad de que los Estados Miembros decidieran no recurrir al negocio concesional, si este se hubiera sometido a la Directiva de contratos, para elaborar una tercera Directiva. Y este, además de las reticencias de gran cantidad de Estados Miembros, es el motivo por el cual ha sido tan discutida la necesidad de una Directiva referida a concesiones, además de las dos clásicas<sup>46</sup>.

Si realmente se hubiera querido hacer una regulación exhaustiva y que aportara seguridad jurídica a las entidades adjudicadoras y a los concesionarios, no se entiende como no se

---

<sup>44</sup> Crítico con esta hiperregulación de las nuevas Directivas se muestra R. DE NICTOLIS argumentando que supone una desnaturalización de la fuente misma, existiendo para ello otros instrumentos como son el reglamento europeo, que además son de directa aplicación y no requieren de trasposición. En "Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà", Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo. 5 de Octubre de 2017. n. 19. 2016. ISSN 1826-3534

<sup>45</sup> En este sentido se manifiesta F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *"Sin embargo, queda la impresión de que el legislador comunitario ha perdido una gran oportunidad para llevar a cabo una regulación más exhaustiva de las concesiones, tanto de las fases de preparación como de adjudicación, concretando aspectos relativos a los procedimientos y criterios de adjudicación, las ofertas temerarias o al mantenimiento del equilibrio económico-financiero, entre otras cuestiones. Por el contrario, la nueva regulación ha optado, fundamentalmente, por trasladar el modelo regulatorio de las concesiones de obra pública a las concesiones de servicio; confirmando su distanciamiento de los contratos públicos clásicos"*. "La nueva Directiva de concesiones un largo viaje con final esperado", Las nuevas directivas de contratación pública. Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo, 2015, pág. 232. ISBN 978-84-9098-454-3

<sup>46</sup> A. SÁNCHEZ GRAELLS, "What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of Their Economic Balance?", European Procurement and Public Private Partnership Law Review, Vol. 7, nº 2, 2012, págs. 94-104.

regularon especialidades para las concesiones de obras y servicios en el mismo texto de la Directiva “clásica”. Al fin y al cabo, el objeto del contrato es el mismo en los dos casos: obras y servicios. Con una tercera Directiva que lo que hace es caracterizar al negocio concesional en función del riesgo operacional transferido, pero sin determinar objetivamente la cuantía de la transferencia (lo que como veremos no es tarea baladí, ya que depende del caso concreto, aunque tal vez se pudiera elaborar un documento de trabajo en función del tipo de obra o de servicio objeto de concesión) se deja al gestor en una situación, tal vez no peor que antes de su promulgación, pero desde luego no muy mejorada. Y tampoco se justifica en un aumento de la transparencia de los procedimientos y de la competencia, porque realmente la Directiva no regula ningún procedimiento concreto, dejándolo al arbitrio de la entidad adjudicadora, siempre que cumpla con ciertos requisitos de publicidad.

Aunque sea loable el intento de respetar las legislaciones nacionales y el afán de flexibilizar este tipo de contrato, no creemos que se haya logrado alcanzar el objetivo de armonización pretendido. La coordinación, que hubiera dado lugar a una mayor seguridad jurídica, podría haber sido más intensa.

En otras palabras, no somos contrarios a la idea de una tercera Directiva referida a concesiones, aunque parece un exceso regulatorio, contrario al principio de eficiencia en la utilización de los fondos públicos, habiendo podido regularse especialidades en el texto de la Directiva “clásica”, pero sí nos parece criticable que, a esta alturas de la Unión Europea, con un mercado único en pleno funcionamiento y con una normativa ya bien desarrollada y con años de implementación práctica, se retorne a una regulación, que aun concretizando los principios que ya se venían utilizando, sólo pretende un objetivo de armonización mínimo.

## **2. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014**

A raíz de la aprobación a nivel europeo de las tres Directivas de Contratación Pública en 2014, los Estados Miembros se vieron en la obligación de trasponerlas a la legislación nacional



para el 18 de abril de 2016<sup>47</sup>. Al seguir cada país sus mecanismos internos, los cumplimientos y el alcance de la trasposición han sido muy diferentes en toda la Unión Europea<sup>48</sup>.

España no traspuso a tiempo las Directivas, porque a pesar de tener dos proyectos de ley aprobados, uno para contratos y concesiones en sectores “ordinarios” y otro en sectores especiales, las circunstancias políticas (la disolución de las Cortes Generales en octubre de 2015 debido a la celebración de elecciones generales el 20 de diciembre del mismo año) imposibilitó el realizar la tramitación parlamentaria de las nuevas leyes que incorporaban las Directivas<sup>49</sup>.

Estos dos proyectos optaban por una nueva redacción y reorganización del contenido de las Directivas, ya que deliberadamente se omite una ley sobre concesiones y se sigue el modelo

---

<sup>47</sup> Esta cuarta generación de Directivas de Contratación, que comprendía las Directivas 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, (en adelante, “Directiva de contratos”). La 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (en adelante, “Directiva de concesiones”) y la 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (en adelante, “Directiva de sectores especiales”).

Para profundizar en este tema, son de interés: J.A. MORENO MOLINA, “La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos” en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2012* (dir.) J.M. GIMENO FELIÚ, M.A. BERNAL BLAY, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 115-163. J.M. GIMENO FELIÚ, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014. ISBN 978-84-9059-777-4. M.M. RAZQUIN LIZARRAGA, “Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”, RAP nº 196, 2015, págs. 97-13. A. RUIZ DE CASTAÑEDA, M.A. BERNAL BLAY, “La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes” en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010* (dir.) J.M. GIMENO FELIÚ, M.A. BERNAL BLAY, Civitas, Cizur Menor, 2011, págs. 23-42. J.A. MORENO MOLINA, P. DOMÍNGUEZ ALONSO, “El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública”, en libro col. *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014, págs. 139-164.

<sup>48</sup> El caso de trasposición más rápida y correcta es Reino Unido, ya que se limitaron a convertir las Directivas en legislación nacional, sin necesidad de nueva redacción. De hecho, como decía el profesor SÁNCHEZ GRAELLS en su ponencia del “Seminario Internacional sobre Contratación Pública. Hacia una nueva ley de Contratos del Sector Público”, se utilizó la técnica del “copy-out”, para evitar el temido “gold-plating”, y sólo se hicieron modificaciones gramaticales parciales, para hacer más comprensible el inglés de Bruselas. La transposición de las Directivas en el Reino Unido. Seminario Internacional sobre Contratación Pública. Hacia una nueva ley de Contratos del Sector Público. Ayuntamiento de Madrid 16 de Marzo 2017.

En un nivel intermedio tenemos a Italia, que traspuso en plazo mediante una ley de Delegación al Gobierno para elaborar una Código que regula todos los contratos, incluidas las concesiones y los sectores especiales.

<sup>49</sup> Esta circunstancia es compartida por otro país de la UE que se encontraba en una situación política parecida: Austria. En España, es un problema ya conocido, J.M. GIMENO FELIÚ, “La incorporación del Derecho comunitario al Ordenamiento nacional”. Noticias de la Unión Europea nº 267, 2007, págs. 61-67. ISSN 1133-8660. Sobre la tramitación parlamentaria de la LCSP, J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, “La tramitación parlamentaria de la Ley de Contratos del Sector Público”, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública nº XVIII, La Ley de Contratos del Sector Público, 2018, págs. 45-58.

del TRLCSP<sup>50</sup>. Que la trasposición no se efectuara en plazo implicó que, hasta la aprobación y entrada en vigor de la *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público* (LCSP), los preceptos claros, precisos e incondicionales de las Directivas tuvieran efecto directo y eran de exigida aplicación, desplazando así artículos del *Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público* (TRLCSP en adelante)<sup>51</sup>. Pero este se seguía aplicando en todo cuanto no contradijera a las Directivas.

El TRLCSP definía en su artículo 7 las concesiones de obras únicamente, en unos términos muy similares a los de la Directiva. Es un contrato, que debe ser ejecutado a riesgo y ventura del contratista, por el que se realizan el mismo tipo de construcciones y labores que las contempladas en el contrato de obras, sólo que la remuneración del contratista deriva de la explotación de la infraestructura. Este texto legal sólo recoge las concesiones de obras debido a que su referente europeo no son las tres Directivas de Contratación de 2014, sino las dos de 2004, que como hemos explicado excluían de su ámbito de aplicación a las concesiones de servicios.

La nueva LCSP, recoge en su artículo 14 exactamente la misma definición para el contrato de concesión de obras (lo que es lógico si se tiene en cuenta que el texto del TRLCSP, a pesar de ser anterior a las Directivas, es muy similar a estas<sup>52</sup>). A esta definición se añade la del riesgo operacional, imperativo de la Directiva de Concesiones, a la que copia literalmente.

Esta nueva ley, incluye como novedad una definición del contrato de concesión de servicios en su artículo 15, que viene a sustituir al contrato de gestión de servicios públicos<sup>53</sup>. La principal diferencia respecto a la concesión de obras es que el objeto de la prestación es *“la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia”* (refiriéndose al poder

---

<sup>50</sup> De hecho en el anteproyecto se intentó seguir la numeración exacta del TRLCSP.

<sup>51</sup> En cuanto al efecto directo de las Directivas Comunitarias son de interés las STJUE de 5 de febrero de 1963 (C-26/62 Van Gend & Loos) ECLI:EU:C:1963:1, STJUE de 15 de julio de 1964 (C-6/64 Costa-ENEL) ECLI:EU:C:1964:66, STJUE de 9 de marzo de 1978 (C-106/77 Simmenthal), STJUE de 24 de septiembre de 1998 (C-76/97 Walter Tögel) ECLI:EU:C:1998:432 y STJUE de 13 de noviembre de 1990 (C-106/89 Marleasing) ECLI:EU:C:1990:395

<sup>52</sup> Es más, el ya derogado TRLCSP en el apartado dos de este artículo 7 aclaraba expresamente que el contrato de concesión de obras *“se ejecutará en todo caso a riesgo y ventura del contratista”*, inciso que no se conserva en el actual artículo 14, probablemente porque en su apartado 4, que no existía en la versión anterior explica detalladamente en qué consiste el nuevo *riesgo operacional* de la concesión. Este último artículo también elimina el adjetivo *“públicas”*, referido a las obras.

<sup>53</sup> Recogido en el artículo 8 TRLCSP. Haremos un estudio más detallado del mismo y los cambios que supone el nuevo tipo contractual de concesión de servicios en el **epígrafe 2. Antecedentes de la LCSP. En particular, el contrato de gestión de servicios públicos y su problemática** del **CAPÍTULO VIII: ESPAÑA.**

adjudicador), ya que la contrapartida sigue siendo el derecho de explotación, esta vez del servicio.

De estas dos definiciones básicas del concepto de concesión de obras y de concesión de servicios que encontramos en la Directiva y la LCSP se desprende que la clave de la concesión es la remuneración mediante la explotación, con transferencia del riesgo a un sujeto privado.

Sin embargo, y partiendo de esta base común, a nivel español es imprescindible hacer una distinción de partida en dos categorías<sup>54</sup>:

En primer lugar, las concesiones contractuales que incluyen las de obra y las de servicio público (que hasta la trasposición de la Cuarta generación de Directivas se podían asimilar al contrato de gestión de servicios públicos, aunque con matices) y que se rigen por la LCSP<sup>55</sup>. Como veremos en el apartado dedicado a España, ya desde la *Ley de Contratos del Estado*, aprobada por *Decreto n. 923 de 8 de Abril de 1965* se considera a las concesiones de servicios como una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos<sup>56</sup>.

Y en segundo lugar, en el marco de las relaciones patrimoniales, las concesiones demaniales suponen la explotación privativa de un bien de dominio público mediante un título autorizatorio y necesario para que un sujeto privado pueda explotar un bien de dominio público, rigiéndose por normativa específica, en particular la *Ley 33/2003, de 3 de Noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas* y correlativas en las CCAA, ya que están expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la LCSP.

En el estudio de las primeras se centra esta investigación.

---

<sup>54</sup> L. MÍGUEZ MACHO, “La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la directiva 2014/23/UE: repercusiones para el derecho español” en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 395-408. ISBN 978-84-9098-454-3. Y en libro col. *Las nuevas Directivas de contratación pública* (dir.) S. RODRÍGUEZ-CAMPOS, Marcial Pons (Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo), 2016, págs. 217-232. ISBN 978-84-9123-089-2.

<sup>55</sup> Véase J. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Contratos vs. Autorizaciones patrimoniales”, Artículo de opinión en ObCP. 29.10.2018.

<sup>56</sup> P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “La Directiva de Concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de servicios de interés general” en libro col. *Servicios de Interés General Colaboración Público-Privada y sectores específicos*, (dir.) V. PARISIO, V. AGUADO I CUDOLÀ, B. NOGUERA DE LA MUELA. Tirant lo Blanch. Valencia 2016. ISBN 978-84-914-3793-2. G. Giappichelli Editore. Torino 2016. ISBN/EAN 978-88-921-0553-9. Págs. 77-128.

### 3. Rasgos generales de los contratos de concesión de obras y servicios. Ventajas y desventajas.

El contrato de concesión presenta las siguientes características<sup>57</sup>.

En primer lugar, se trata de una colaboración a largo plazo entre el sector público y el sector privado<sup>58</sup>. Cualquier tipo de relación entre administraciones públicas queda pues excluido del concepto. Para que la operación se considere efectivamente como concesión y no entre dentro del perímetro de endeudamiento de la administración concedente, se debe transferir el riesgo operacional al concesionario. Esto quiere decir que queda en el sector privado el riesgo de construcción y el riesgo de demanda y/o el de oferta.

Aunque lo explicaremos con más detalle, esto también implica que, salvo determinadas excepciones donde se admite la aportación de capitales públicos si el riesgo queda efectivamente transferido, es el concesionario el que busca los medios de financiación de la obra y/o el servicio a prestar<sup>59</sup>. Financiación que se recuperará a lo largo de la duración del contrato<sup>60</sup>.

En los casos excepcionales donde se admite la financiación pública, la aportación puede ser en metálico o en especie. En este último caso, tanto durante la fase de construcción, durante la fase de explotación o bien al término de la concesión.

Además significa que, en las concesiones “calientes” que, como también veremos, son aquellas que originalmente mejor representan el contrato de concesión y en las que el usuario paga por el uso de la infraestructura o por la prestación del servicio, la retribución del concesionario viene del pago de este precio. No obstante, si nos encontramos ante concesiones “frías”, la remuneración deriva de un canon pagado por la administración concedente, que variará en función de estándares de calidad previamente pactados y de la aplicación automática de cláusulas sancionadoras en caso de incumplimiento.

---

<sup>57</sup> A. GERMANI, M. RICCHI, “Il sistema del Partenariato Pubblico Privato in Spagna - confronto con l’Italia”, Unità Tecnica Finanza di Progetto. Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica. Febbraio 2008.

<sup>58</sup> Para profundizar en el contrato de Colaboración Público Privada, véase M. HERNANDO RYDINGS, *La Colaboración Público Privada. Formulas Contractuales*. Civitas Cizur Menor 2012. ISBN: 9788447039920 y M.T. BRUNETE DE LA LLAVE, “Colaboración público-privada” en libro col. *Observatorio de Contratos Públicos 2010* (dir.) J.M. GIMENO FELIÚ, M.A. BERNAL BLAY, Civitas (Navarra) 2011

<sup>59</sup> Para profundizar, véase A.L. RUIZ OJEDA, J. GOH, G. MARCOU, *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos. Francia, Reino Unido y España: (elementos comparativos para un debate)*. Civitas, Madrid 2000. ISBN: 84-470-1443-6

<sup>60</sup> M.P. CHITI, “Il Partenariato pubblico e Privato e la nuova direttiva concessioni” en libro col. *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato - Temi europei, istituti nazionali e operatività*, (dir.) G. CARTEI, M. RICCHI. Editorial Scientifica. Nápoles 2015. Págs. 3-23. ISBN 978-88-6342-740-0

Es lo que se conoce como remuneración a través de la explotación de la infraestructura. Se trata de un derecho real del concesionario, que como tal es susceptible de ser hipotecado, vendido y transferido a terceros, así como permite reducir los costes financieros.

En segundo lugar, cuando se trata de una concesión de obras, esta puede incluir la construcción de otras complementarias a la principal, pero con las que mantenga una relación funcional. Si por el contrario, nos encontramos ante concesiones de servicios, se tratará de prestaciones competencia de la Administración Pública concedente, pero que no requieren el ejercicio del Poder Público, el ejercicio de autoridad.

En tercer lugar, en este tipo de contratos a largo plazo en los que ha de fomentarse la inversión privada, que ya hemos visto que es uno de sus rasgos característicos, será preciso reequilibrar el económico financiero de las prestaciones en determinadas circunstancias, como fuerza mayor o intervención de la Administración posterior (*factum principis* o *ius variandi*) que alteren las condiciones de base del contrato.

Por esto mismo, en caso de terminación anticipada del contrato por causas no imputables al concesionario, lo que implica que el concesionario no ha dispuesto del plazo contractual pactado para recuperar la inversión realizada y un beneficio razonable de acuerdo con las previsiones económicas hechas en la fase de preparación del contrato y mantenidas en la adjudicación, tendrá derecho a una indemnización cuya cuantía variará en función del caso concreto. Nos limitamos a mencionar aquí esta característica, que desarrollaremos en el epígrafe **4. Principio de riesgo y ventura vs. Principio de equilibrio del contrato** del **CAPÍTULO IV: TRANSFERENCIA DEL RIESGO**

En cuarto y último lugar, la Administración concedente no tiene un papel operativo en la ejecución del contrato, sino de control.

Por otra parte, los negocios concesionales presentan ventajas y desventajas particulares<sup>61</sup>.

En el ámbito comunitario, los motivos aducidos para justificar esta colaboración son dos. En primer lugar la falta de flexibilidad de la contratación tradicional en el sector público, necesaria para adquirir las nuevas infraestructuras y servicios demandados (incluso a nivel

---

<sup>61</sup> J.M. GIMENO FELIÚ, P. SALA SÁNCHEZ, G. QUINTERO OLIVARES, *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*. Cámara de Comercio de Barcelona, 2017, págs. 30-34.

transfronterizo) por una sociedad cada vez más desarrollada, lo que a su vez requiere una mayor cantidad y calidad de los equipamientos, infraestructuras y servicios públicos<sup>62</sup>. Y en segundo lugar, la imposibilidad de financiarlos mediante los recursos del erario público, lo que influye en su tratamiento contable a fin de que no compute déficit. Esta forma de financiar nuevos proyectos públicos tiene la ventaja de que permite fraccionar y diferir el pago de una obra o la puesta en marcha de un servicio, y repercutir su coste en todos los usuarios.

A esto se añaden las exigencias de estabilidad presupuestaria de la política europea; las demandas de desarrollo sostenible, innovación e investigación (en dónde es clave la participación e implicación del sector privado, más especializado y capaz de lograr un aumento en la competitividad de la UE); la necesidad de ampliar las cuotas de mercado de las empresas europeas en los mercados públicos de terceros países; el derecho a una buena administración consignado en el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Humanos y que implica una mejor eficacia y eficiencia en la actividad pública y el nuevo papel del Estado, no como *prestador* de servicios, si no como *regulador*<sup>63</sup>. Vemos que los motivos que se aducen para su utilización son muy variados y han ido variando a lo largo del tiempo<sup>64</sup>.

Por otra parte, como aspectos positivos en la fase de ejecución nos encontramos con el control de los costes y plazos de ejecución, ya que al operador económico privado adjudicatario le interesa reducir tiempo y costes para comenzar a rentabilizar la infraestructura o el servicio cuanto antes y así obtener ingresos. Esto se traduce en un aumento de la eficiencia contractual y en que la administración pública adjudicataria ya no debe encargarse de ejecutar la obra o prestar el servicio (lo que no evita que deban articularse mecanismos de control del sujeto

---

<sup>62</sup> J.M. GIMENO FELIU, “El nuevo modelo concesional: Hacia el necesario equilibrio entre lo Público y lo Privado. Las novedades de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 74, 2018, págs. 4-13. ISSN 1889-0016.

<sup>63</sup> J.M. GIMENO FELIU, “Concesiones y colaboración con el sector privado. El sistema de aseguramiento de riesgos mediante RPA y su incidencia en la competencia”, VIII jornadas nacionales de derecho de la competencia, Barcelona, 16 de julio de 2014. J. PONCE SOLÉ, J. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 479. ISBN: 9788484062486. A. GARCÍA JIMÉNEZ, *Las conexiones entre contratación administrativa e innovación*. Tecnos, Madrid, 2018, págs. 82-89. ISBN: 9788430975389.

<sup>64</sup> En cuanto a la CPP véase P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos” en libro col. *Observatorio de contratos públicos 2011* (dir.) J.M. GIMENO FELIÚ, M.A. BERNAL BLAY. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, págs. 435-462. ISBN: 978-84-470-4033-9.

privado), siendo responsabilidad del adjudicatario que, en un principio, tendrá más conocimientos en ese sector concreto<sup>65</sup>.

Sin embargo, frente a esta lógica explicación, en la práctica a menudo nos encontramos con que los proyectos no se terminan ni en el plazo ni dentro del coste previsto<sup>66</sup>.

Por si esta lista de motivos no bastara, la llegada de la crisis y las restricciones presupuestarias que ha supuesto, así como la voluntad de limitar la intervención de los poderes públicos y de aprovechar la experiencia del sector privado, han potenciado esta tendencia ya en auge, aunque de éxito variable en diferentes países<sup>67</sup>.

Como aspectos negativos, hay que destacar que, aunque a corto plazo pueda suponer un alivio para las arcas públicas, otorgar una concesión implica la existencia de pagos periódicos a largo plazo y un mayor coste para la ciudadanía, ya que la remuneración y la mayor carga financiera que siempre suponen estas operaciones recaen, de manera directa o indirecta (por vía tarifaria o mediante impuestos) sobre los usuarios finales<sup>68</sup>.

Es decir, que una operación sea desconsolidada y no se registre en el balance de la entidad concedente, no implica que no exista un gasto, ya que hay pagos con cargo a los presupuestos que no implican un incremento del déficit. Serían los gastos recogidos contablemente en las cuentas de gastos corrientes, por ejemplo. La presión sobre las finanzas públicas no se elimina,

---

<sup>65</sup> M. GARCÉS SANAGUSTIN, "En torno a la Colaboración" en libro col. *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, (dir.) F. LAGUNA SANQUIRICO. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A y Fundación Ramón Areces, Madrid 2012, págs. 45-53.

<sup>66</sup> Como es el caso las autopistas A-1 y C-25, cuyos contratos se renegociaron poco después de su adjudicación. Como consecuencia, el coste de la autopista A-1 aumentó un 33 %, con un retraso de dos años, y el de la autopista C-25 experimentó un incremento del 20,7 % y se retrasó 14 meses. Véase "Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados", Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo nº9, págs. 18 y ss. 2018.

<sup>67</sup> En palabras de M.P. CHITI: "Como spesso accade per nozioni nuove ed accattivanti, il PPP ha destato un vero entusiasmo ed è stato considerato quale panacea per una quantità di questione che nell'ultima parte dello scorso secolo segnavano negativamente l'azione della pubblica amministrazione, quali la carenza di finanziamenti pubblici per nuove iniziative, i limiti imposti dalle norme europee di finanza pubblica, la modesta progettualità, le difficoltà di impostare un efficace rapporto per la gestione dei progetti di durata." En "Il Partenariato pubblico e Privato e la nuova direttiva concessioni" en libro col. *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato - Temi europei, istituti nazionali e operatività*, (dir.) G. CARTEI, M. RICCHI. Editorial Scientifica. Nápoles 2015. Págs. 3-23. ISBN 978-88-6342-740-0

<sup>68</sup> Véase P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, "Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos" en libro col. *Observatorio de contratos públicos 2011* (dir.) J.M. GIMENO FELIÚ, M.A. BERNAL BLAY. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012. ISBN: 978-84-470-4033-9

sino que se pospone. No habrá déficit en el momento de adjudicar la concesión pero los pagos a futuro pueden llegar a resultar inasumibles<sup>69</sup>. Es un riesgo político y financiero<sup>70</sup>.

Un riesgo real, que se ha materializado en diversas infraestructuras en España, ya que la justificación de las concesiones no debería ser tanto política, sino económica y técnica, basada en estudios de viabilidad precisos<sup>71</sup>.

Por otra parte, fuera del riesgo financiero, nos encontramos con que, al ser contratos complejos y a largo plazo son, por definición, incompletos, porque no se puede prever *ex ante* todas las vicisitudes del contrato. Esto resulta en mayores problemas y costes en la fase de ejecución del contrato.

Por ello es necesario un estudio pormenorizado y objetivo, con escenarios realistas sobre cuál es el mejor procedimiento para articular una inversión de semejante envergadura caso por caso<sup>72</sup>. En este análisis se deberán considerar las ventajas presupuestarias, condicionadas a que el socio privado tenga acceso a financiación, lo que resulta problemático en un contexto de crisis; la adaptabilidad de estos contratos de concesión, característica importante al desarrollarse el negocio a muy largo plazo y que conlleva el necesario equilibrio de los riesgos; los elevados costes de transacción; la carga sobre los usuarios finales y las potenciales incertidumbres contables<sup>73</sup>.

A esto se suma el factor *litigiosidad*. En efecto, al ser contratos incompletos, complejos, a largo plazo y que implican gran cantidad de recursos, la dificultad de implementar correcta y legalmente cada una de sus fases aumenta, lo que lleva a un mayor número de procesos judiciales, que, además de sumarse a los costes de la contratación, repercuten negativamente

---

<sup>69</sup> P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho nº 74, Iustel, marzo 2018, págs. 54-56. ISSN 1889-0016.

<sup>70</sup> Véase el caso de la radial 2 (autopista de Madrid a Guadalajara, y de la circunvalación a Madrid M-50), de las radiales 3 y 5 (de Madrid a Arganda del Rey y de Madrid a Navalcarnero), la Autopista Eje Aeropuerto, la Autopista Madrid-Toledo, entre otras.

<sup>71</sup> J.M GIMENO FELIU, “Elefantes Blancos”, Heraldo de Aragón. 21.07.2018

<sup>72</sup> P. VALCÁRCEL, “Del peligro que pueden suponer algunos contratos basados en fórmulas de colaboración público-privada en orden a respetar el objetivo de estabilidad presupuestaria”. Artículo de opinión en ObCP. 24.10.2011 y X. LAZO VITORIA, “La clave de bóveda del sistema concesional: la transferencia de los riesgos”. Artículo de opinión en ObCP. 27.01.2014

<sup>73</sup> J.M GIMENO FELIU, “Concesiones y colaboración con el sector privado. El sistema de aseguramiento de riesgos mediante RPA y su incidencia en la competencia”, VIII jornadas nacionales de derecho de la competencia, Barcelona, 16 de julio de 2014.



en el conjunto de la ciudadanía al retrasar la provisión de bienes y servicios de interés general y de competencia pública.

Además para gestionar adecuadamente los riesgos y no perder la ventaja de la especialización de contar con un experto externo, es necesaria una estrecha colaboración entre el sector público y el privado, que no se logra simplemente con la firma de un contrato sino que exige la profesionalización en la contratación, eliminar barreras institucionales, crear equipos multifuncionales, compartir información, realizar análisis conjuntos y planificar conjuntamente los escenarios<sup>74</sup>. Implica como vemos, un escenario flexible y con altas dosis de confianza *inter-partes*. Rasgos, que al menos en nuestro país, no caracterizan precisamente a la compra pública.

Vemos que recurrir a la CPP puede resultar conveniente en determinados casos, casos en los que recurrir al sector privado aporta un valor añadido. Lo que se conoce como “*Value for Money*”, que representa la más eficiente utilización de los recursos financieros por la reducción de costes y la mejor repartición de los riesgos. Lo veremos en el **CAPÍTULO VI. LA GESTIÓN DEL RIESGO**.

#### **4. Servicios de Interés General y Servicios de Interés Económico General**

Por otra parte y a efectos de comprender las concesiones de servicios en su nuevo marco legal europeo, es preciso hacer una breve referencia aquí a los Servicios de Interés General (SIG) y a los Servicios de Interés Económico General (SIEG).

Mientras que en los primeros priman criterios de solidaridad y distributivos; en los últimos se aprecia un fin de lucro, aunque la normativa pueda imponerles determinadas obligaciones en base al interés general superior<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> J. M. GIMENO FELIÚ, “Gobernanza y colaboración público-privada”. Artículo de opinión en Heraldo. 26.03.2019.

<sup>75</sup> En cuanto a los Servicios de Interés General J. C. LAGUNA DE PAZ, “Los servicios de interés general en la Unión Europea: su sujeción a las reglas del mercado” en libro col. *Servicios de Interés General Colaboración Público-Privada y sectores específicos*, (dir.) V. PARISIO, V. AGUADO I CUDOLÀ, B. NOGUERA DE LA MUELA. Tirant lo Blanch. Valencia 2016. ISBN 978-84-914-3793-2 G. Giappichelli Editore. Torino 2016. ISBN/EAN 978-88-921-0553-9. Véase también F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Aranzadi, Navarra 2018. ISBN: 978-84-9197-030-9 y J. M. SALA ARQUER, “Las concesiones de servicio público en un contexto liberalizado”, *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública* nº 56, 2004, págs. 11-36. ISSN 1130-376X.

Tanto el TFUE en su artículo 14, como la Carta Europea de Derechos Humanos en su artículo 36 inciden en la importancia de los Servicios de Interés Económico General<sup>76</sup>. El Protocolo n° 26 sobre los servicios de interés general desarrolla el artículo 14, profundizando en los valores de la unión al respecto: esencialidad y diversidad de los servicios, discrecionalidad de las autoridades para prestarlos de la manera más aproximada a las necesidades de los usuarios, variedad de estas necesidades y preferencias de los usuarios en función de diferencias geográficas, sociales y culturales, igualdad de trato, acceso universal y elevados niveles de calidad, seguridad y accesibilidad económica<sup>77</sup>.

Sin embargo, aclara que *“Las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico”*

Es decir, al no estar los SIG orientados al mercado por carecer de ánimo de lucro, quedan excluidos de la normativa del mercado interior y en particular de las libertades de prestación de servicios y de establecimiento y será cada Estado el que, una vez defina sus SIG, les dé un régimen jurídico propio, régimen que, no obstante lo dicho, sí se someterá a los principios del TFUE (entre otros, no discriminación y libre circulación de personas)<sup>78</sup>.

La Directiva se hace eco de este protocolo y aclara en su considerando 6 que los no económicos están excluidos de su ámbito de aplicación:

*“Cabe recordar que los Estados miembros son libres, dentro del respeto de los principios del TFUE sobre igualdad de trato, no discriminación, transparencia y libre circulación de personas*

---

<sup>76</sup> Artículo 14 TFUE (antiguo artículo 16 TCE) Sin perjuicio del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea y de los artículos 93, 106 y 107 del presente Tratado, y **a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros**, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, **velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido**. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios.

Artículo 36 CEDH. Acceso a los servicios de interés económico general. **La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales**, de conformidad con los Tratados, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión.

<sup>77</sup> DOUE n° 115, 9.5.2008, págs. 308–308.

<sup>78</sup> M.E. LÓPEZ MORA, *Los contratos de concesión a la luz de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión: retos y novedades*. Atelier 2019, págs. 54-68. ISBN: 9788417466404

contemplados en el Tratado, de decidir organizar la prestación de servicios, ya sea como servicios de interés económico general, como servicios no económicos de interés general, o como una combinación de ambos. Cabe recordar asimismo que **la presente Directiva se entiende sin perjuicio de la libertad de las autoridades nacionales, regionales y locales para definir, de conformidad con el Derecho de la Unión, los servicios de interés económico general, su ámbito de aplicación y las características del servicio, incluidas las eventuales condiciones relativas a la calidad del servicio, con el fin de lograr sus objetivos de interés público<sup>79</sup>. Tampoco menoscabará la competencia de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y financiar los servicios de interés económico general, de acuerdo con el artículo 14 del TFUE y el Protocolo nº 26 sobre los servicios de interés general, anejo al TFUE y al Tratado de la Unión Europea (TUE). Asimismo, la presente Directiva no aborda la financiación de servicios de interés económico general ni los sistemas de ayuda concedidos por los Estados miembros, en particular en el ámbito social, de conformidad con las normas de la Unión en materia de competencia. Conviene aclarar que **los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva<sup>80</sup>.**”**

Es el artículo 4 el que desarrolla este considerando. Pero sigue sin explicar qué define cada una de las subcategorías. Lo que hace es volver a reiterar que los Servicios de Interés General no económicos, están excluidos de su ámbito de aplicación y aclarar que los Estados miembros son los que deben definir qué servicios son de interés económico general, así como sus obligaciones específicas y su forma de financiación. Eso sí, si se prestan indirectamente mediante concesión, se verán sometidos a las reglas de la Directiva.

Parece que el legislador europeo no quiere dar una definición cerrada, debido a la variedad de regímenes y conceptos comunitarios. Y esto es así, porque dependiendo del país, podemos encontrarnos con que ni siquiera existe la categoría de servicio público tal y como la conocemos en España, regida por los principios de regularidad, calidad, continuidad y neutralidad en la prestación y caracterizada porque su titularidad corresponde a una administración. El Estado es garante de los servicios públicos a los que todo ciudadano tiene derecho, ya que puede darse la situación de que el mercado no los provea o los provea

---

<sup>79</sup> En este sentido es de interés la disposición adicional 53 de la LCSP, que declara que “*el servicio público de noticias de titularidad estatal, encomendado a la sociedad mercantil estatal Agencia EFE, S. A. U., es un servicio de interés económico general (...)*”.

<sup>80</sup> Véase también la STJUE de 24 de julio de 2003 (C-280/00 Altmark Trans GmbH). ECLI:EU:C:2003:415.

deficientemente<sup>81</sup>. Y ello porque se considera que son el mínimo esencial para el desarrollo de la sociedad y que están vinculados al interés general.

Como decimos, el mercado puede no proveerlos, pero si es un servicio rentable, la titularidad de la Administración no impedirá la iniciativa privada. Casos prototípicos son la sanidad, la educación, etc.

A nivel comunitario lo que importa es determinar qué actividades prestacionales deben ser garantizadas a todos los ciudadanos con el fin de alcanzar la cohesión social<sup>82</sup>. Al legislador europeo no le interesa si el servicio es de titularidad pública o no, sino que, si se presta por terceros, se preste en régimen de concurrencia. De ahí que el artículo 106 del TFUE en su apartado afirme expresamente que ***“Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.”***

Es decir, las formas de intervención estatal pueden distorsionar las reglas de competencia. Estas alteraciones se justifican en la adecuada prestación de estos servicios. Este es el motivo por el que, en monopolios y servicios anteriormente públicos pero que se han liberalizado, se permitan ciertas intervenciones estatales, como imponer obligaciones de servicio público que implican el acceso universal y a precios asequibles. Sería el caso de correos y las telecomunicaciones, por ejemplo.

De ahí que, los países que, como España, mantenían el tradicional concepto de servicio público, hayan tenido que reformularlo (o estén en vías de hacerlo) a la luz del Derecho

---

<sup>81</sup> Sobre el Estado como garante de los servicios públicos véase J.M. GIMENO FELIU, J. TORNOS MAS, R. CAMP, F. LONGO, M. REIG, Á. SAZ-CARRANZA, C. LOSADA, M. FÉREZ, M. ESTEVE, J. ROSELL, *La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada*, Cámara Comercio Barcelona/Esade, Barcelona, 2019, págs. 86-90. J. ESTEVE PARDO, “Estado garante. Idea y realidad”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015. ISBN: 978-84-7351-443-9. Del mismo autor, “La Administración garante. Una aproximación”, *Revista de administración pública* nº 197, 2015, págs. 11-39, ISSN 0034-7639. Y F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Aranzadi, Navarra 2018. ISBN: 978-84-9197-030-9.

<sup>82</sup> J. TORNOS MAS, “Servicios públicos y remunicipalización”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho* nº 76, 2016, págs. 51-76. ISSN 0251-3420, (ISSN-e 2305-2546). Véase del mismo autor “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº. 58-59, 2016, págs. 32-49. ISSN 1889-0016

Comunitario, donde los servicios, al menos los que presenten carácter económico, se liberalizan con la finalidad de articular un mercado único en la Unión Europea<sup>83</sup>.

Para reformular el concepto hay que determinar qué actividades pueden incluirse en categoría de servicio de interés general, pudiendo eximirse parcialmente del libre mercado y qué servicios deben ser garantizados a todos los ciudadanos de acuerdo a los principios de regularidad, calidad, continuidad y neutralidad en la prestación, más en un contexto de grandes recortes como es el actual.

Además, y motivado en el derecho a una buena administración consignado en el artículo 41 de la Carta Europea de Derecho Humanos, ya no interesa si los servicios se prestan directa o indirectamente, sino si se da la mejor prestación. Como dice J.M. GIMENO FELIÚ: *“el servicio público deviene como una institución o técnica destinada a preservar, en un marco de competencia económica, la calidad de ciertas actividades donde existe un mercado y evidente interés general. Y es que lo público y su protección no exigen una prestación directa por la Administración”*<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> M. CARLÓN RUIZ, “Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal” en libro col. *Derecho de la regulación económica, Vol. 1: Fundamentos e instituciones de la regulación*. 2010 (dir.) S. MUÑOZ MACHADO, Iustel, 2009, págs. 463-536. ISBN 978-84-9890-046-0.

<sup>84</sup> J.M. GIMENO FELIÚ, P. SALA SÁNCHEZ, G. QUINTERO OLIVARES, *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*. Cámara de Comercio de Barcelona, 2017, pág. 30.



## **CAPÍTULO II. ANTECEDENTES EUROPEOS: INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS Y DE *SOFT LAW***

Para entender la elaboración y aprobación de una Directiva de Concesiones en el seno de las instituciones europeas hay que saber de dónde partimos.

Las instituciones europeas no se valieron únicamente de instrumentos con fuerza de ley para regular la contratación pública y en particular el negocio concesional. Es por ello que en este segundo capítulo efectuaremos una relación pormenorizada de los distintos instrumentos legislativos y de *soft law* que nos encontramos a nivel europeo.

Para lograr una mayor claridad, expondremos en un primer apartado los Reglamentos del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales, para a continuación referirnos sucintamente las cuatro generaciones de Directivas de Contratación (haciendo un breve inciso sobre la Propuesta de Directiva de Concesiones), pasando por último a detallar los textos de *soft law* que han incidido en las concesiones desde 1995. Cerraremos el capítulo con el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio.

### **1. Reglamentos del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales**

#### **1.1. Reglamento (CE) N° 2223/96 del Consejo de 25 de junio de 1996 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad<sup>85</sup>. SEC 1995**

Este Reglamento, modificado en cinco ocasiones y ya derogado, tiene como objetivo instaurar el sistema europeo de cuentas 1995 (el SEC-95) y establece una metodología común para la elaboración de cuentas, a fin de hacerlas comparables entre Estados Miembros. Es decir, no se dedica directamente a regular las concesiones, pero sí que comienza a perfilar un concepto de “desconsolidación contable”, al hacer referencia a dos circunstancias:

1. Distingue en primer lugar entre productores privados y públicos<sup>86</sup>. Por lo tanto, quien lleva a cabo la inversión debe ser una unidad institucional dotada de autonomía respecto de la Administración. No es suficiente con simplemente crear una entidad instrumental que carezca de autonomía respecto a la Administración concedente para que no haya una

---

<sup>85</sup> Conocido también como “*European System of Accounts*” (ESA95 en sus siglas en inglés). DOCE, n. L 310 de 30 de noviembre de 1996. Pgs.1 – 469.

<sup>86</sup> 3.28. “*La primera distinción es la distinción entre productores públicos y privados. Un productor público es aquel que está controlado por las administraciones públicas. (...) Todos los demás productores son productores privados. El control se define como la capacidad para determinar, en caso necesario, la política general o el programa de una unidad institucional mediante el nombramiento de los administradores apropiados. La posesión de más de la mitad de las acciones de una sociedad es una condición suficiente, pero no necesaria, para tener su control*”.

relación directa entre la inversión realizada y la contabilidad de la Administración concedente y que ha creado la entidad interpuesta.

2. Define a los productores de mercado y a los productores no de mercado. Esta entidad a la que nos referíamos en el anterior punto debe tener vocación de mercado, requisito que se considera validado si sus ventas cubren al menos el 50% de sus costes de producción. Si las ventas cubren menos del 50 % de los costes de producción, la unidad institucional es otro productor no de mercado<sup>87</sup>.

Sin embargo, este reglamento todavía no hace referencia a la transferencia del riesgo de construcción, de demanda o de disponibilidad<sup>88</sup>.

Sí que es cierto que aclara que para que nos encontremos ante un contrato de CPP es necesaria la creación de un nuevo activo o su renovación por un valor de más del 50% de su valor<sup>89</sup>.

Este reglamento se completa con decisión de EUROSTAT del 11 de Febrero de 2004, que lo interpreta<sup>90</sup>.

## **1.2. New decision of Eurostat on deficit and debt. Treatment of public-private partnerships<sup>91</sup>**

Esta decisión de EUROSTAT del 11 de Febrero de 2004 interpreta el *Reglamento (CE) N° 2223/96 del Consejo de 25 de junio de 1996 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad* (SEC 95 o European System of Accounts (ESA95) en sus siglas en ingles).

---

<sup>87</sup> 3.37. “Los productores públicos pueden ser productores de mercado u otros productores no de mercado. Si según el criterio del 50 % la unidad institucional debe considerarse un productor de mercado, se clasifica en el sector «sociedades no financieras» o en el sector «instituciones financieras». También se utiliza el criterio del 50 % para establecer cuándo debe tratarse una unidad de las administraciones públicas como una cuasisociedad propiedad de las administraciones públicas: únicamente se crea una cuasisociedad si la unidad en cuestión cumple el criterio del 50 %. Si la unidad institucional es otro productor no de mercado, se clasifica en el sector «administraciones públicas»”.

<sup>88</sup> Véase J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Sociedades estatales de obras públicas*. Tirant lo Blanch, Valencia 2008. ISBN: 978-84-9876-143-6.

<sup>89</sup> A. B. MACHO PÉREZ, E. MARCO PEÑAS, “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT”, *Revista de Administración Pública* nº 194, 2014, págs. 437-474. ISSN: 0034-7639.

<sup>90</sup> Véase R. MARTÍNEZ MANZANEDO, “La contabilidad de la colaboración público-privada en el contexto del Sistema Europeo de Cuentas (SEC 95)”, *Presupuesto y gasto público* nº 45, 2006, págs. 187-198. ISSN 0210-5977.

<sup>91</sup> New decision of Eurostat on deficit and debt. Treatment of public-private partnerships. Luxemburgo, 11 de febrero de 2004.



La decisión deriva del trabajo de cooperación realizado en el 2003, entre expertos de países europeos y diferentes organismos internacionales, y es coherente con el SEC 95 y con el Comité de Estadísticas Monetarias, Financieras y de Balanza de Pagos (Committee on Monetary, Financial and Balance of Payments Statistics o CMFB en sus siglas en inglés)<sup>92</sup>.

Elaborada por la Oficina Estadística de la Comisión Europea (EUROSTAT), recogiendo su interpretación auténtica y no siendo susceptible de impugnación o recurso, esta decisión se publica debido a que es entonces cuando el fenómeno de las Asociaciones Público Privadas (las APP que tienen su origen en las PFI británicas) comienza a extenderse, ya que hasta ese momento la figura que más se asimilaba era la concesión. Los motivos ideológicos, de racionalidad, eficiencia e innovación, a los que debía su tendencia al alza no interesan a la Autoridad Estadística de la Comisión. Únicamente su tratamiento contable<sup>93</sup>.

Su recomendación es que los activos desarrollados en el marco de una APP, que estén en manos del Sector Privado, no se computen dentro del balance del Sector Público y en consecuencia no computen déficit. Pero esto sólo ocurre si se dan dos condiciones cumulativas:

1. El operador económico soporta el riesgo de construcción, que se refiere a retrasos en la entrega, falta de cumplimiento de los estándares especificados, costes adicionales, deficiencias técnicas y externalidades negativas.

*“Hay una transferencia del riesgo de construcción al socio privado cuando sobrecostes de construcción y retrasos deben ser asumidos por el Privado, no dando derecho el sobrecoste a revisiones de precios o aumentos de plazos”.*

Que la Administración concedente hace pagos periódicos, sin comprobar el cumplimiento de las condiciones pactadas, supone que es ella la que asume el riesgo.

2. Y así mismo soporta:

---

<sup>92</sup> CMFB (Committee on Monetary, Financial and Balance of Payments Statistics) opinion on the treatment in national accounts of assets related to “Public-Private Partnerships” contracts. París, 30 de enero de 2004.

<sup>93</sup> *“Ante el incremento significativo de las fórmulas de colaboración público privada y a su impacto sobre las finanzas públicas, tanto para el déficit como para el endeudamiento, en 2004, la Oficina de Estadística de la Unión Europea (EUROSTAT) reguló los criterios para clasificar los activos incluidos en el contrato de colaboración público-privada como activos públicos o activos privados, atendiendo a la localización del riesgo. Estos criterios pasan posteriormente a recogerse en el Sistema Europeo de Cuentas de 2010 (SEC 2010), que incorpora ya entre sus determinaciones a las concesiones de servicios. Se produce así un divorcio entre la normativa de contratación pública y la normativa contable, que va a dar lugar a diversas interpretaciones doctrinales a la hora de delimitar el concepto de concesión de servicios”.* F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ. *La nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Aranzadi, Navarra 2018, pág. 44. ISBN: 978-84-9197-030-9.

Bien el riesgo de demanda, que implica que el Sector Privado asume el riesgo de que la demanda sea mayor o menor de lo prevista. Este riesgo no depende del operador económico, en el sentido de que preste un servicio de calidad inferior a la pactada, sino de factores como los ciclos económicos, las tendencias del mercado, la obsolescencia tecnológica, la competitividad de otros operadores económicos, etc. Si la Administración se compromete a pagar un mínimo, independientemente de la demanda real, este riesgo no estará transferido. Eso sí, este riesgo no debe depender de decisiones de la Administración (sea o no la concedente, añadimos nosotros) que incidan directamente sobre la demanda, como serían por ejemplo cambios legislativos o tributarios posteriores a la adjudicación del contrato. Lo estudiaremos en la potestad del *ius variandi* y del *factum principis* de la Administración.

Bien el de disponibilidad, que supone que el operador económico adjudicatario no es capaz de entregar el volumen acordado en las condiciones pactadas o no presta el servicio según las cláusulas del contrato. Su remuneración se hará depender de un pago variable, a calcular en función del nivel de disponibilidad efectivo. Para que se entienda transferido, el incumplimiento debe suponer una reducción inmediata, significativa y automática de los pagos efectuados por la Administración.

Que una parte soporte un riesgo implica que es el encargado de gestionar la mayor parte del mismo. Si no es así, los primeros desembolsos de capital hechos por el Sector Público se recogerán en balance como formación bruta de capital fijo, cuya contrapartida será el incremento del pasivo en forma de deuda al operador económico adjudicatario.

Esto quiere decir que si es la Administración, o bien es la entidad privada (o pública con los matices que veremos a continuación) la que asume el riesgo de construcción, pero únicamente éste, y no el de demanda o disponibilidad, los activos se clasificarán como públicos.

Si del análisis de la transferencia de riesgo no queda claro en qué balance debe computarse el activo, se debe analizar la naturaleza de los participantes en la APP (especialmente si el operador económico es también una entidad pública empresarial), la importancia que para el contrato tiene la financiación pública, las garantías que pueda dar la Administración (en cuanto a la recuperación de las inversiones realizadas) y la propiedad del activo al final de la vida del contrato.

Un claro indicativo de que el riesgo y por tanto la formación bruta de capital fijo se sitúan en el balance del operador económico es si la infraestructura al final del contrato queda en su propiedad y tiene un valor residual elevado. Es decir, si hay una entidad con personalidad

jurídica propia, perteneciente al sector privado, a la que se imputa la propiedad y la gestión de la infraestructura o el servicio, los activos y pasivos no computará en el balance público. Sería también el caso en el que la Administración concedente tuviera una opción de compra *por valor de mercado* al final del contrato.

Por el contrario, si la Administración está obligada a adquirir los activos a un precio predeterminado que no refleja su valor económico final; o lo va adquiriendo mediante pagos fijos a lo largo de toda la vida del contrato, la operación se computará en el balance del Sector Público. Lo mismo ocurre si no existe esa entidad independiente perteneciente al Sector Privado encargada de la gestión.

En cuanto a la entidad independiente que presta el servicio o ejecuta la obra y la gestiona, es preciso hacer una serie de aclaraciones. Si ésta pertenece al sector privado, no se plantea ningún problema. Por el contrario, si es sector público, deberá cumplir dos requisitos para que la operación no se compute en el balance público.

En primer lugar deberá ser considerada como un productor de mercado en el sentido del SEC 95, es decir, sus ventas deberán cubrir al menos el 50% de sus costes de producción.

En segundo lugar realizará una actividad comercial: ejecutará y *explotará* la infraestructura, tal y como lo haría una entidad del sector privado, obteniendo como remuneración los pagos de los usuarios.

### **1.3. Reglamento (UE) Nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea<sup>94</sup>. SEC 2010<sup>95</sup>.**

El Considerando 20 de este reglamento explica la creación por EUROSTAT, en junio de 2012, de un grupo de trabajo, que, en el marco de la *Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros y que exige que se publique la información pertinente sobre los pasivos contingentes*

---

<sup>94</sup> *Reglamento (UE) Nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. SEC 2010. DOUE L 174 de 26 de junio de 2013. Págs. 1–727.*

<sup>95</sup> El SEC 2010, modifica al SEC 95, alterando sus criterios pues ahora la clave estará según EUROSTAT en la transferencia del riesgo de demanda, del de disponibilidad o de ambos, con efectos a partir de Septiembre de 2014. Véase J. M. GIMENO FELIÚ, “Hacia una nueva ley de contratos del sector público. ¿Una nueva oportunidad perdida?”, *Revista Española de Derecho Administrativo* 182, Enero – Marzo 2017, págs. 181-221. Sobre el sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 y sus efectos: A. B. MACHO PÉREZ, E. MARCO PEÑAS, “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT”, *Revista de Administración Pública* nº 194, 2014, págs. 437-474. ISSN: 0034-7639.

*que puedan incidir de manera significativa en los presupuestos públicos, estudió “la puesta en práctica de los requisitos relacionados con los pasivos contingentes y otra información pertinente que pueda indicar una posible incidencia significativa en los presupuestos públicos, como (...), las asociaciones público- privadas (APP)”.*

Este grupo de trabajo tenía como objetivo analizar correctamente *“las relaciones económicas subyacentes a los contratos de APP, como los riesgos de construcción, disponibilidad y demanda según proceda, y la captación de deudas implícitas de APP fuera de balance, con la intención de potenciar una mayor transparencia y unas estadísticas de deuda fiables”.*

Los resultados obtenidos de la labor de este grupo de trabajo, quedaron recogidos en el Reglamento, que, ya en sus primeros artículos, concretamente el 11, exigen la presentación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de informes sobre pasivos implícitos. En concreto, a más tardar en 2014, un informe sobre las Asociaciones Público Privadas y otros pasivos implícitos, incluidos los pasivos contingentes, fuera de las administraciones públicas y, a más tardar en 2018, otro informe que estudie en qué medida la información sobre pasivos publicada por la Comisión (EUROSTAT) representa la totalidad de los pasivos implícitos, incluidos los pasivos contingentes, fuera de las administraciones públicas.

Además de una obligación, es una declaración de EUROSTAT a los países, de su intención de controlar los pasivos contingentes en las APP para computar correctamente el déficit de las administraciones públicas<sup>96</sup>. De ahí que el vigente SEC 2010, junto a la interpretación que EUROSTAT hace del mismo, haya limitado mucho las circunstancias en que se produce la desconsolidación contable<sup>97</sup>.

El *Capítulo 20 del SEC 2010: Cuentas de las Administraciones Públicas*, en su apartado de *cuestiones contables relacionadas con las Administraciones Públicas*, se dedica de lleno a las Asociaciones Público Privadas.

Las define como *“contratos complejos, a largo plazo, entre dos unidades, una de las cuales es normalmente una sociedad (o un grupo de sociedades, privadas o públicas) denominada operador o socio, y la otra normalmente una unidad de las administraciones públicas denominada concedente”.* La sociedad concesionaria se verá obligada a hacer una inversión

---

<sup>96</sup> Téngase en cuenta que los criterios que acuerde EUROSTAT sobre el tratamiento de la CPP contienen la interpretación auténtica de la Comisión Europea a través de su oficina estadística.

<sup>97</sup> J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, “Colaboración Público-Privada: Más allá de la nueva Ley de Contratos del Sector Público”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº. 74, 2018, págs. 34-43. ISSN 1889-0016.

elevada para “*crear o renovar activos fijos*” que, posteriormente, gestionará u operará prestando servicios directamente a las administraciones públicas, ya sea para su consumo propio o en su propia producción; o al público en general en su nombre “*sin que medie pago, como los servicios de educación, en cuyo caso las administraciones públicas efectuarán a la sociedad pagos periódicos durante el período de contrato*”, obteniendo así una remuneración, que, normalmente, le permitirá cubrir los desembolsos efectuados y obtener “*una tasa de rentabilidad adecuada sobre su inversión*”.

*“Sin embargo, cuando la sociedad vende los servicios directamente al público a través, por ejemplo, de una carretera de peaje, el contrato se considera una concesión y no una APP. Normalmente, el precio está regulado por las administraciones públicas y se establece en un nivel con el que la sociedad espera recuperar sus costes y obtener una tasa de rentabilidad adecuada sobre su inversión”<sup>98</sup>.*

Volvemos a ver de nuevo la diferencia clara entre APP o CPP, donde es la Administración concedente la que remunera al concesionario, ya sea por propio uso o en función de la utilización de terceros; y la concesión, donde es el usuario final el que paga por el uso.

Estos contratos de APP “*implican que el concedente pague al operador comisiones de «disponibilidad» o «demanda»*” y que adquiera el servicio “*producido por el socio mediante la creación de un activo*”.

Es decir, para que el contrato sea una APP, es necesaria la creación expresa de un activo, cuya propiedad inicial será del concesionario, y que deberá cumplir con los requisitos “*de forma, calidad y capacidad*”, así como de utilización y mantenimiento, impuestos por la Administración, que será también quien reciba el servicio. Cuando termina el plazo de la APP, es decir, “*al final del contrato, normalmente el concedente adquiere la propiedad legal*” del mismo. Son todos los rasgos característicos de una concesión “*fría*”, que estudiaremos en el **CAPÍTULO IV: LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO**.

Los activos objeto de la APP, y que pasan a manos de la Administración Pública concedente, suelen relacionarse con “*servicios públicos básicos tales como colegios, universidades, hospitales y prisiones*”. Aunque “*también pueden ser activos de infraestructuras*” para la “*prestación de servicios de transporte, comunicaciones, servicios públicos*”, etc.

---

<sup>98</sup> Nos encontramos aquí con los casos de concesiones “*calientes*”, que explicaremos en detalle en el **CAPÍTULO IV: TRANSFERENCIA DEL RIESGO**. Como también veremos en el **CAPÍTULO VIII: ITALIA**, el legislador italiano se basa en esta distinción para seguir manteniendo la figura de la CPP con los criterios de EUROSTAT.

Debido a que *“estos activos suelen tener una vida útil mucho más larga que el período del contrato”*, y que, a su término quedan en manos de las administraciones públicas, a menudo es difícil determinar qué parte es la que asume la mayor parte de los riesgos y recibe la mayor parte de los beneficios.

Es esta dificultad la que lleva a la conclusión contable por parte de EUROSTAT de que la propiedad del activo, *“y por lo tanto la formación bruta de capital fijo”*, es de la parte que asuma la mayor parte de los riesgos y reciba la mayor parte de los beneficios. *“Los principales elementos de riesgo y beneficio que deben evaluarse son los siguientes:*

*a) Riesgo de construcción, que incluye los rebasamientos en los costes, la posibilidad de costes adicionales derivados de retrasos en la entrega, el incumplimiento de condiciones o códigos de construcción, y los riesgos ambientales y de otros tipos que exijan pagos a terceros”.*

Este riesgo se entiende transferido efectivamente al concesionario, cuando éste debe soportar el posible aumento de costes o potenciales imprevistos en la fase de la construcción o si aumentan los costes o surgen imprevistos en la fase de realización. En concesiones de obras este riesgo se debe transferir al concesionario en todo caso<sup>99</sup>. Indicadores de que no se ha transferido serían por ejemplo que la Administración concedente haga pagos antes de que la construcción esté efectivamente terminada o si asume los costes adicionales de esta fase.

Es importante tener en cuenta que el SEC 2010 exige expresamente que un contrato de CPP incluya la creación de un activo. Si no, nos encontraremos ante otro tipo de contrato.

La transferencia de este riesgo no es suficiente y, para que el contrato se considere fuera del ámbito de endeudamiento de la Administración, se deberá transmitir al concesionario el riesgo de disponibilidad, el de demanda o ambos. Y es la trasmisión del riesgo de disponibilidad el que hace que el concepto de riesgo operativo sea distinto entre la Directiva de Concesiones y el SEC 2010.

*“b) Riesgo de disponibilidad, que incluye la posibilidad de costes adicionales, como los de mantenimiento y financiación, y las sanciones soportadas porque el volumen o la calidad de los servicios no cumple las normas especificadas en el contrato”.*

Implica que el concesionario no presta los servicios pactados en términos de cantidad o de calidad, y es el riesgo más complicado de definir y de asignar, ya que caracteriza a las concesiones *“frías”*, que son aquellas en las que el concesionario no obtiene su remuneración a

---

<sup>99</sup> En el tema de concesión de obras, es de interés M.A. BERNAL BLAY, *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”*, Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, págs. 136-140

través de las contribuciones de los usuarios finales, porque es la Administración concedente la usuaria del servicio y la que, en consecuencia, paga al concesionario un canon (¡Atención! No fijo) en función de estos estándares de cantidad y calidad previamente acordados<sup>100</sup>. Se refiere a contingencias que surgen en la fase de explotación y gestión de la infraestructura o servicio. De ahí que la Administración concedente no pueda participar en su mantenimiento, porque puede suponer la asunción de este riesgo.

Este tipo de riesgo y este tipo de contrato, se da en ámbitos como la edificación sanitaria, carcelaria, de justicia, etc<sup>101</sup>. En el caso de las autopistas, aun cuando sea la Administración concedente la que haga los pagos (la modalidad de peaje en sombra), no nos encontramos ante un riesgo de disponibilidad, ya que estos pagos se hacen en función del uso efectivo por los conductores. Lo que se transfiere es el riesgo de demanda. Sí que se transfiere el riesgo de disponibilidad en este caso, si se hace depender parte del pago de unos estándares de calidad en la infraestructura o de unos niveles de prestación del servicio (por ejemplo número de empleados en las estaciones de pago) establecidos previamente en los pliegos.

Para que se pueda transferir este riesgo, en el contrato se han de fijar previamente estándares de calidad y periodicidad de medición, cuyo incumplimiento conlleve una reducción automática de la remuneración. Reducción que ha de ser significativa, ya que si no se trata de una transmisión de riesgos insuficiente, que obliga a la consolidación de la operación en el balance de la Administración, amén de que proporciona pocos incentivos al operador económico de cumplir con las condiciones pactadas.

*“c) Riesgo de demanda, que incluye la posibilidad de que la demanda de los servicios sea mayor o menor de la esperada”.*

Este riesgo aparece en la fase de gestión de la obra realizada, que supone la prestación del servicio a los usuarios finales. Es un riesgo asociado especialmente a las concesiones “calientes” en que el servicio es utilizado por usuarios finales, distintos a la Administración concedente, ya que, si las previsiones de la demanda resultan incorrectas, estos costes adicionales recaerán sobre el concesionario<sup>102</sup>. No obstante, también puede transferirse en el caso que acabamos de comentar de peaje en sombra. Es decir, en el contrato sigue habiendo

---

<sup>100</sup> En terminología italiana.

<sup>101</sup> G. FIDONI, “Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della Direttiva 2014/23/UE”, Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario nº 1. A. 25. (Dir.) M. P. CHITI, G. GRECO. GIUFFRÈ 2015. Págs. 101-193.

<sup>102</sup> En terminología italiana.

una relación trilateral, a diferencia de las “*frías*”, sólo que el usuario final no es el que paga por el servicio prestado, sino que es la Administración concedente la que remunera en función del uso por esos terceros.

El problema aquí es que, sí es el usuario el que paga la tarifa, éste decidirá utilizar la infraestructura o servicio en función de si los niveles de calidad le resultan satisfactorios. Si en cambio nos encontramos ante un “peaje en sombra” en que la Administración paga por el uso que hagan los terceros, estos pueden seguir utilizando el servicio aunque los niveles de calidad no sean los adecuados, resultando en una contratación ineficiente. Esta posibilidad es más probable en los proyectos *greenfield*, donde no se cuenta con tanta experiencia, pero disminuye en los *brownfield*, donde se conoce de antemano la demanda y los requisitos de calidad que se deberán alcanzar.

En cualquier caso, este riesgo nunca puede depender del concesionario, siempre dependerá de factores externos a él. Para que se considere efectivamente transferido, el sistema tarifario debe depender del uso que se haga de la infraestructura o del servicio. La existencia de cláusulas de pagos mínimos o de limitación de beneficios son dos buenos indicadores de que el socio privado no ha asumido este riesgo, ya que la Administración garantiza una recuperación, aunque sea mínima de las inversiones realizadas<sup>103</sup>.

Estas son, según EUROSTAT, las tres categorías de riesgos que, correctamente transferidas al sujeto privado, hacen que la operación no se contabilice como déficit de la Administración. En resumen, para que se produzca la desconsolidación contable y la operación se contabilice en el balance del socio privado, al menos dos de estos tres riesgos de deben transferir al concesionario. Y, teniendo en cuenta que, como hemos dicho, el riesgo de construcción debe quedar siempre en manos del operador económico, esta afirmación exige la localización del riesgo de demanda, del de disponibilidad o de ambos en el socio privado. Si no se hace así, la operación entrará en el ámbito de endeudamiento de la Administración y se computará en el balance del ente público.

---

<sup>103</sup> Un buen ejemplo de la no transferencia del riesgo de demanda es una autopista inglesa licitada en 1994, en la que se reducía el pago por vehículo cuando incrementaba su número, llegándose a cero si los volúmenes de usuarios eran muy grandes. El mismo efecto tendría la fijación de un pago mínimo como compensación, de manera que no se transfiera por entero el riesgo de demanda al concesionario.



Sin embargo, esta no es una descripción exhaustiva de los riesgos transferibles en una CPP<sup>104</sup>. El mismo SEC 2010 añade el riesgo del valor residual y el de obsolescencia tecnológica, pero también se podría tener en cuenta el riesgo de regulación o riesgo político, por ejemplo<sup>105</sup>.

En cualquier caso, tanto el riesgo de valor residual y de obsolescencia, como la existencia de cláusulas de rescisión ventajosas, en especial en los casos de resolución por causa imputable al contratista, aconsejan una limitación de la RPA en los negocios concesionales, porque si no se hace especialmente difícil probar la transferencia de riesgos y los activos computarán como endeudamiento del Sector Público<sup>106</sup>. Limitación sí, eliminación no, ya que es un instrumento que favorece la inversión privada en proyectos necesarios para satisfacer los intereses generales y en los que pueden darse determinadas contingencias, más en momentos en que la inversión pública se encuentra restringida.

Esta garantía, en caso de terminación anticipada de la concesión, no imposibilita la transferencia del riesgo. Pero, dependiendo de su configuración, se puede limitar excesivamente el riesgo asignado al concesionario, dificultando la calificación del contrato como CPP desde el punto de vista de EUROSTAT<sup>107</sup>.

Por eso, si se produce la resolución anticipada de la concesión, la compensación efectuada por el concedente deberá verse severamente reducida (respecto a los beneficios que esperaba en un principio el concesionario), porque si no el activo se considerará público y computará déficit<sup>108</sup>. Así, dentro del riesgo operacional, debe entenderse la no existencia de RPA por

---

<sup>104</sup> A. B. MACHO PÉREZ, E. MARCO PEÑAS, "El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT", Revista de Administración Pública nº 194, 2014, págs. 437-474. ISSN: 0034-7639.

<sup>105</sup> Criterio seguido por la *National Audit Office* en Reino Unido a la hora de valorar las PFI. Página institucional: <https://www.nao.org.uk/> (consultado el 15.10.2018)

<sup>106</sup> Véase el nº 20.283 de la nueva regulación del SEC (2010), aprobada por el Reglamento (UE) nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea:

*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*

<sup>107</sup> R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, "En torno a la controvertida compatibilidad del concepto de concesión con la responsabilidad patrimonial de la Administración en caso de resolución", *Ius Publicum. Network Review* nº 2, 2017, págs. 17-35. ISSN20392540.

<sup>108</sup> A. B. MACHO PÉREZ, E. MARCO PEÑAS, "El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT", Revista de Administración Pública nº 194, 2014, págs. 437-474. ISSN: 0034-7639.

incumplimientos o causas imputables al concesionario, sentido en el que se han introducido modificaciones en la nueva LCSP respecto a su antecesora, el TRLCSP.

Si al finalizar un contrato de CPP, los activos (suponiendo que tengan todavía un valor económico) quedan como propiedad del operador económico y la Administración tiene sólo una opción de compra a precios de mercado, la operación no debería computar déficit en las arcas públicas, ya que se incluiría en el balance del socio privado.

Por el contrario, si la Administración debe obligatoriamente adquirir el activo al finalizar el contrato a un precio prefijado (lo que no obsta a que se efectúe un análisis de la transferencia del riesgo), es un claro indicativo de que la operación deberá contabilizarse en el balance de la Administración, lo que supondrá un incremento del déficit que impacta sobre el cumplimiento de los criterios del artículo 126 del TFUE que se han plasmado en el artículo 135 de la Constitución española<sup>109</sup>.

En resumen: *“Los riesgos y beneficios corresponden al operador (y en consecuencia la propiedad del activo, quedando el contrato fuera del perímetro de endeudamiento de las administraciones públicas) si el riesgo de construcción y la demanda o los riesgos de disponibilidad han sido transferidos de manera efectiva. La financiación mayoritaria, las garantías que cubren la mayoría de la financiación percibida, o las cláusulas de rescisión que prevén un reembolso mayoritario del proveedor de la financiación en caso de rescisión a iniciativa del operador provocan la ausencia de una transferencia efectiva de cualquiera de estos riesgos”*.

Teniendo en cuenta la complejidad de las APP, esta evaluación de riesgos y beneficios puede no ser concluyente. En este caso, para identificar al propietario económico del activo, *“resulta pertinente plantearse qué unidad tiene una influencia decisiva sobre la naturaleza del activo y de qué manera las condiciones de los servicios producidos con el activo están determinadas”*. Este análisis se basará en dos indicadores:

*“a) el grado en que las administraciones públicas determinan la forma, calidad, tamaño y mantenimiento de los activos,*

*b) el grado en que las administraciones públicas pueden determinar los servicios producidos, las unidades a las que se prestan los servicios y los precios de los servicios producidos”*.

---

<sup>109</sup> Este indicio ya aparecía regulado en la New decision of Eurostat on deficit and debt. Treatment of public-private partnerships. Luxemburgo, 11 de febrero de 2004.

A lo que se añadirán *“en primer lugar todos los hechos y circunstancias de cada contrato, y después el tratamiento contable seleccionado que mejor refleje las relaciones económicas subyacentes”*.

Al finalizar el contrato, y si se considera que es la sociedad la propietaria del activo, porque efectivamente se le han transferido la mayoría de los riesgos, la administración podrá adquirir la propiedad del activo. El reglamento explica diferentes maneras en que se puede registrar la transmisión de este activo:

Por un lado, si la administración no debe hacer ningún pago adicional, *“un enfoque general consiste en que las administraciones públicas generan gradualmente un derecho financiero y la sociedad contrae gradualmente el pasivo correspondiente de tal manera que el valor de ambos será equivalente al valor residual esperado de los activos al final del período del contrato”*.

Alternativamente *“se puede registrar el cambio de titularidad jurídica y económica al final como una transferencia de capital en especie”*. Es el enfoque más conservador, *“ya que aunque no refleje la realidad económica subyacente, las limitaciones de los datos, la incertidumbre sobre el valor residual esperado de los activos y las disposiciones contractuales que permiten que alguna de las partes ejerza varias opciones hacen que la utilización de un enfoque de transferencia de capital sea lo más prudente”*.

Por otro lado, si se considera que las administraciones públicas son las propietarias del activo, por la no transferencia efectiva de riesgos, pero no han realizado un pago explícito al comienzo del contrato, lo habitual es realizar un contrato de arrendamiento financiero.

Como nota importante, es preciso tener en cuenta que la desconsolidación contable a efectos de EUROSTAT no tiene por qué implicar que nos encontremos ante una concesión. Lo que ocurre es que a efectos de la nueva Directiva, la concesión se caracteriza por la transferencia del riesgo operacional. Sin embargo, EUROSTAT, al incluir el riesgo de disponibilidad y no el de oferta, hace cambiar el significado de la transmisión del riesgo operacional y su alcance.

Sí que es cierto, que tanto la Directiva como el SEC 2010, no obligan a transferir todo el riesgo<sup>110</sup>. La Directiva permite directamente la remuneración mediante explotación en

---

<sup>110</sup> Véase el apartado 20.283 del Reglamento (UE) Nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. SEC 2010. En cualquier caso, a tenor de la Directiva, no vale sólo con la transferencia de los riesgos, sino que ésta debe ser significativa en términos de probabilidad de que el riesgo soportado por el operador privado se materialice. Es decir, aunque asuma riesgos potencialmente desastrosos para su economía, pero con una probabilidad mínima de suceder, no bastaría para entender trasferido el riesgo. Véase A.

conjunción con el pago de un precio (eso sí, la remuneración del concesionario debe depender fundamentalmente de la explotación<sup>111</sup>).

## 2. Directivas de Contratación Pública de la Comunidad Económica Europea (actual Unión Europea)

Los años sesenta supusieron un cambio a nivel europeo, ya que la acción política, legislativa y jurisprudencial de las instituciones europeas se hizo más amplia e incisiva, configurando por primera vez un verdadero derecho de la contratación europeo, con el objetivo de armonizar las disposiciones nacionales<sup>112</sup>. Así, la primera norma en materia de contratación pública a nivel comunitario fue la *Directiva 70/32/CEE, de 17 de diciembre de 1969, relativa a los suministros de productos al Estado, a sus entes territoriales y a las personas jurídicas de derecho público*, que se publicó con esta finalidad<sup>113</sup>.

Es de este primer objetivo de armonización, de donde surgen las cuatro generaciones de Directivas de Contratación que conocemos como tales<sup>114</sup>.

La primera generación, formada por la *Directiva del Consejo 71/304/CEE relativa a la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos administrativos de obras y a la adjudicación de contratos administrativos de obras por medio de agencias o sucursales* del 26 de julio de 1971; la *Directiva del Consejo 71/305/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras* de 26 de julio de 1971 y la *Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro* tiene un objetivo de

---

ROMÁN MÁRQUEZ, “El riesgo en las concesiones de obras y servicios públicos: orígenes, evolución y situación actual en el ordenamiento jurídico comunitario”, *Revista Española de Derecho Comunitario* nº182. Enero-Marzo 2017, págs. 452-454. ISSN 0210-8461.

<sup>111</sup> Es lo que se conoce como concesión “*templada*” en terminología italiana.

<sup>112</sup> Véase M.M. RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y derecho comunitario*, Thomson Reuters, 1996. ISBN: 84-8193-283-3

<sup>113</sup> Commission Directive 70/32/EEC of 17 December 1969 on provision of goods to the State, to local authorities and other official bodies DOCE n. L 13 de 19 de enero de 1970. Págs. 1–3

<sup>114</sup> J.A. MORENO MOLINA, *El nuevo derecho de la Contratación Pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*. Chartridge Books Oxford, Oxford (Reino Unido), 2015. ISBN 978-1-911033-02-8. ISBN ebook: 978-1-911033-09-7. Véase del mismo autor *Contratos públicos. Derecho comunitario y derecho español*. McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid 1996. ISBN: 84-481-0565-6. También S. Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo XIII. Contratos del sector público*. BOE, Madrid, 2018, págs. 23-31. ISBN 978-84-340-2496-0

armonización mínima entre las legislaciones de los diferentes Estados Miembros, con el fin de abrir la contratación pública a la concurrencia entre operadores económicos de todos ellos<sup>115</sup>.

Esta primera generación regula especialmente la publicidad (de manera que permitiera una competencia efectiva entre los operadores de la UE), los criterios de selección y los criterios de adjudicación. Pero las concesiones, incluidas las de obras, quedaban excluidas de su ámbito de aplicación.

Sin embargo, estas Directivas no gozaron de un elevado grado de cumplimiento, en parte por sus carencias técnicas, en parte porque excluían algunos sectores de especial importancia (que actualmente se regulan en la Directiva de Sectores Especiales) y, especialmente, por la grave crisis del petróleo de los años setenta.

Ya con más ambición, la siguiente generación que incluye la *Directiva 90/531/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones*, la *Directiva del Consejo 92/50/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios de 18 de junio de 1992*; la *Directiva del Consejo 93/37/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra de 14 de junio de 1993* y la *Directiva 93/38/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones*, busca reforzar la armonización de las legislaciones nacionales, cuyas bases sentara la primera generación, reduciendo los márgenes de discrecionalidad de los Estados Miembros<sup>116</sup>. En algunas disposiciones aparece ya el efecto

---

<sup>115</sup> La *Directiva 71/304/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, relativa a la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos administrativos de obras y a la adjudicación de contratos administrativos de obras por medio de agencias o sucursales*. DOCE n. L 185 de 16 de agosto de 1971, págs. 1-4, la *Directiva del Consejo 71/305/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra*. DOCE n. L 185 de 16 de agosto de 1971, págs. 5-15 y la *Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro*. DOCE n. L 13 de 15 de enero de 1977, págs. 1-14.

<sup>116</sup> *Directiva 90/531/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones*. DOCE n. L 297 de 29 de noviembre de 1990, págs. 1 - 48, *Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios*. DOCE n. L 209, de 24 de julio de 1992, págs. 1-24, *Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras*. DOCE n. L 199, de 9 de agosto de 1993, págs. 54-84 y *Directiva 93/38/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones*. DOCE n. L 199 de 9 de agosto de 1993, págs. 84-151.

directo de las Directivas. Destaca la extensión de su ámbito de aplicación tanto subjetivo como objetivo y la regulación de nuevos procedimientos de contratación.

En estas dos primeras generaciones los Estados Miembros disponían de amplios márgenes de maniobra para, en la fase de trasposición, mantener niveles más estrictos de regulación a nivel nacional, lo que se conoce como “*gold plating*” y que obviamente echa por tierra el objetivo de armonización. No obstante, esta segunda insiste en la necesidad de procedimientos uniformes de selección y adjudicación.

La tercera generación supone la codificación en dos Directivas, *la 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios* y *la 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales*, de las disposiciones de las dos anteriores generaciones. Continúa el proceso de uniformización de una manera aún más incisiva, regulando las especificaciones técnicas, las condiciones de ejecución, las causas de exclusión, etc<sup>117</sup>. La Directiva de Contratos regula en el Título III las concesiones de obras, estableciendo plazos, disposiciones generales, disposiciones sobre la subcontratación, pero deja fuera de su ámbito de aplicación a las concesiones de servicios.

Y llegamos así a las Directivas de la cuarta generación aprobadas en el 2014, que tienen la particularidad de regular por primera vez, en una tercera Directiva, las concesiones, incluyendo en su ámbito de aplicación tanto a las de obras como a las de servicios<sup>118</sup>.

Como dice el Preámbulo de la *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, que por su claridad reproducimos:

*“En la actualidad, nos encontramos ante un panorama legislativo marcado por la denominada «Estrategia Europa 2020», dentro de la cual, la contratación pública desempeña un*

---

<sup>117</sup> Véase J.A. SANTAMARÍA PASTOR, “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública”, *Revista española de derecho administrativo* nº 159, 2013, págs. 25-38. ISSN 0210-8461.

<sup>118</sup> Véase F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ. *La nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Aranzadi, Navarra 2018. ISBN: 978-84-9197-030-9. Del mismo autor “La construcción del contrato de concesión en el derecho de la Unión Europea” en el libro col. *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado* (coord.) J.M. BAÑO LEÓN. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2016, págs. 2449-2480. ISBN: 978-84-259-1693-9. Véase también I. GALLEGO CÓRCOLES, “El Derecho de la contratación pública: Evolución normativa y configuración actual”, en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo I. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 72-81. ISBN: 978-84-9169-926-2

*papel clave, puesto que se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos (...).*

*Estas Directivas constituyen la culminación de un proceso iniciado en el seno de la Unión Europea en el año 2010, que después de diversas propuestas y negociaciones primero en la Comisión, luego en el Consejo de la Unión Europea y finalmente, entre el Parlamento y el Consejo, fue finalmente aprobado por aquel, el 15 de enero de 2014, siendo publicadas estas normas en el DOUE el 28 de marzo de 2014.”*

En efecto, este cuarto paquete de Directivas de Contratación es el resultado de un proceso iniciado en 2010, que tras varias propuestas fallidas, fue adoptado por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea el 15 de enero de 2014, siendo publicadas estas normas en el DOUE el 28 de marzo de 2014<sup>119</sup>.

En este paquete de Directivas fue muy controvertida la presentación de una tercera Directiva, que da un régimen jurídico común a los contratos de concesión de obras y de servicios, y que supone el primer reconocimiento en un texto legal del principio de riesgo y ventura a nivel europeo<sup>120</sup>.

Ya el primer borrador, que al igual que la Directiva de Concesiones definitiva, no obliga a los Estados Miembros a optar por una forma de gestión u otra, pero sí establece normas en el caso de que se opte por la gestión indirecta, no tenía el mismo grado de precisión respecto a los procedimientos de adjudicación que la Directiva referida a contratos<sup>121</sup>.

De la propuesta de Directiva de Concesiones a la que finalmente se publicó en el DOUE, aparte de los cambios en numeración (pasamos de 44 a 88 considerandos y de 53 a 55 artículos, pero se reduce el número de anexos de 13 a 11, por ejemplo) y determinadas exclusiones que se fueron añadiendo a las iniciales (destaca la recogida en el artículo 12 de la Directiva de Concesiones, referida a *exclusiones específicas en el sector del agua*, que se incluyó a raíz de la

---

<sup>119</sup> Véase M. BURGUI. *Vergaberecht. Systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung*. Druckerei C.H. Beck, Nördlingen. München 2016. ISBN 978 3 406 69589 6

<sup>120</sup> X. LAZO VITORIA, “La propuesta de Directiva de concesiones: rasgos fundamentales”. Artículo de opinión en ObCP. 15.7.2016. Véase también A. HUERGO LORA, “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, Documentación Administrativa: Nueva Época nº 4, 2017, págs. 31-51. ISSN-e 1989-8983

<sup>121</sup> Véase también *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*. Bruselas, 27.1.2011. COM (2011) 15 final.

iniciativa Right2Water<sup>122</sup>) y que veremos en el **apartado 1.4. Exclusiones** del **CAPÍTULO III: DIRECTIVA 2014/23/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN**, cambia la utilización de determinados términos, como “*riesgo operacional sustancial*”, que queda en riesgo operacional<sup>123</sup>.

Fue el Comité de las Regiones, en su Dictamen referido a la adjudicación de contratos de concesión (2012/C 277/09), el que pidió expresamente en su enmienda 12, que se eliminara el término sustancial, afirmando que “*La definición de «riesgo operacional sustancial» recogida en el proyecto de Directiva supera con creces la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, que no plantea exigencias demasiado excesivas en cuanto al riesgo económico*”<sup>124</sup>.

En cualquier caso, si bien se elimina el adjetivo, la definición en sí no varía apenas, sólo que se añade en la versión definitiva que “*no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones*”, lo que permite articular la técnica de reequilibrio de las concesiones en determinados supuestos, ya que la propuesta no hace ninguna mención al principio del equilibrio financiero del contrato de concesión.

Además, se especifica que “*La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable*”. Con este añadido, la Directiva permite que una concesión no exija la transferencia total del riesgo, lo que sería muy difícil en gran cantidad de casos, pero sí aclara que una transferencia mínima nos llevará a un contrato<sup>125</sup>.

Lo que sí que cambia, y mucho, son los riesgos que se deben entender incluidos en el riesgo operacional. La propuesta de Directiva en su artículo dos aclara que el riesgo puede ser:

*a) riesgo relacionado con la utilización de las obras o la demanda de prestación del servicio;*

*b) riesgo relacionado con la disponibilidad de las infraestructuras proporcionadas por el concesionario o utilizadas para la prestación de servicios a los usuarios”.*

---

<sup>122</sup> Véase <http://www.right2water.eu/es> (consultado el 14.03.2017).

<sup>123</sup> *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión*. Bruselas, 20.12.2011 COM(2011) 897 final.

<sup>124</sup> *Dictamen del Comité de las Regiones — Adjudicación de contratos de concesión*. (2012/C 277/09) DOUE, C 277, 13 de septiembre de 2012. Págs. 74-96.

<sup>125</sup> Este requisito deriva directamente de la jurisprudencia europea, en particular de la STJUE de 10 de septiembre de 2009 (C-206/08 Gotha vs. Eurawasser). ECLI:EU:C:2009:540.



El primero no presenta ninguna dificultad, ya que la Directiva definitiva, si no con las mismas palabras, define el mismo concepto: *“Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato.”*

Sin embargo, y como estudiaremos en profundidad en el **epígrafe 3. El riesgo en la Directiva 2014/23/UE** del **CAPÍTULO IV: LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO**, hay una gran diferencia entre el concepto de riesgo de disponibilidad que recoge la propuesta de Directiva (concepto que define el SEC 2010) y el de oferta o suministro de la Directiva de Concesiones: *“Debe entenderse por «riesgo de oferta» 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.”*

Cambia también, que en el borrador se distinguen concesiones de obras públicas, concesiones de obras (siendo la definición de estas dos primeras exactamente idéntica) y concesiones de servicios (aquí sin distinguir entre servicios y servicios públicos), mientras que en el texto definitivo sólo se habla de obras y servicios, obviando si son públicos, calificativo que se hace depender únicamente de la legislación interna de cada Estado Miembro.

Por otra parte, determinados principios, como el de libertad de administración de las autoridades públicas, que en el borrador aparece en un considerando, se trasladan a la parte dispositiva del texto final. Otros, como los de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, se ven favorecidos con un desarrollo más extenso e individual.

La Directiva definitiva relacionará en su considerando 6 la prestación de los servicios como Servicios de Interés Económico General (SIEG) o como Servicios no económicos de Interés General (SIG). El artículo 86 del TFUE exige la liberalización de los primeros, mientras que los segundos quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva. También va a distinguir entre poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras, cosa que el borrador no hace.

Un cambio importante es que el artículo 5 del borrador, que establecía, al igual que la Directiva, un umbral armonizado para todo tipo de concesiones, contemplaba además otro umbral para las concesiones de servicios, ya que aquellas que superasen los 2.500.000 euros y no se refiriesen a servicios sociales y otros servicios específicos, pero no alcanzase el primer umbral (de 5.000.000 euros), se veían también sujetas a ciertas obligaciones de publicidad. Este umbral intermedio, con sus respectivas obligaciones, ha desaparecido y se ha equiparado al único de obras.

También ha desaparecido el distinto método de cálculo en función de si el objeto de la concesión eran obras o servicios<sup>126</sup>:

*“5. Respecto a las concesiones de obras públicas o de obras, el cálculo del valor estimado tendrá en cuenta el importe de las obras y el valor total estimado de los suministros y servicios puestos a disposición del contratista por los poderes o entidades adjudicadores, siempre que sean necesarios para la ejecución de las obras.*

*9. El valor de las concesiones de servicios consistirá en el valor total estimado de los servicios prestados por el concesionario durante todo el periodo de ejecución de la concesión, calculado con arreglo a una metodología objetiva que se especificará en el anuncio o en los documentos relativos a la concesión. La base de cálculo del valor estimado de la concesión será, según proceda, la siguiente:*

*a) servicios de seguros: la prima pagadera y otras formas de remuneración;*

*b) servicios bancarios y otros servicios financieros: los honorarios, las comisiones, los intereses y otras formas de remuneración;*

*c) servicios de elaboración de proyectos: los honorarios, las comisiones pagaderas y otras formas de remuneración.”*

Estos dos apartados desaparecen en el texto de la Directiva de Concesiones, proponiéndose un método único de cálculo, con distintos conceptos, que variarían en función del objeto concreto de la concesión.

La Directiva establece un límite de cinco años a la duración de la concesión, debiéndose justificar las concesiones de plazo más largo en la necesidad de recuperar la inversión. La propuesta de Directiva era menos ambiciosa y se limitaba a expresar que debían ser limitadas en el tiempo.

Por último queremos destacar que la Directiva final habla de *resolución* y no de *rescisión* de la concesión (término que difería respecto a la propuesta de Directiva de Contratos).

En resumen, esta Cuarta Generación fue objeto de múltiples controversias, de las que podemos destacar la regulación del riesgo operacional en concesiones y el uso estratégico de la contratación pública para lograr objetivos políticos, sociales y medioambientales.

---

<sup>126</sup> Compárese los artículos 6 de la propuesta de Directiva y 8 de la Directiva definitiva.

En cualquier caso, tanto la tercera como la cuarta generación de Directivas refuerzan de facto la unificación de las legislaciones de los Estados Miembros, ya que estos no pueden introducir niveles más estrictos de regulación<sup>127</sup>. Además en muchos casos no dejan absolutamente ningún margen de maniobra al legislador nacional al dar mandatos claros, precisos e incondicionales, pudiendo este sólo entrar a regular aspectos secundarios. En este sentido hay autores que critican que se trata de una desnaturalización del concepto de Directiva, y que hubiera sido mucho más lógico y conceptualmente correcto haber acudido a la figura del reglamento europeo. A esto se sumarían las ventajas de que la armonización habría sido definitiva y completa y que el coste legislativo en cada país habría sido mínimo, amén de que no hubiera habido retrasos en las trasposiciones<sup>128</sup>.

En cuanto a la novedosa Directiva de Concesiones, aunque se encuadre cronológicamente en la cuarta generación, supone una vuelta a la primera y segunda, ya que sólo tiene objetivos de armonización mínima<sup>129</sup>. Ejemplos de ellos son las condiciones de participación, que vendrán definidas por la Administración concedente, con el sólo límite de la no discriminación y la proporcionalidad.

El motivo de esta vaguedad, es que en la elaboración de una Directiva dedicada a regular este fenómeno, hubo muchas voces contrapuestas, ya que la regulación es muy distinta entre los diferentes Estados Miembros. Por ejemplo, los países nórdicos o los que siguen el sistema del *common law* priman ante todo la eficiencia, regulando las concesiones de un modo mucho más flexible a aquellos del sistema continental, donde prima la seguridad jurídica, en especial respecto a la potestad de *ius variandi* de la Administración durante la ejecución del contrato.

También varía su concepción, porque en algunos países como España, suponen el ejercicio de competencias públicas, mientras que en otros ordenamientos son materia privada, reconducible al orden civil como sería el caso de Inglaterra, o al comercial, si atendemos a la regulación polaca. En un listado no exhaustivo, otros países como Italia, Alemania y Holanda, contemplan un sistema mixto por el cual si bien consideran que una concesión es un contrato privado, lo someten a ciertas reglas específicas si lo utiliza una administración pública o un poder adjudicador. De ahí que esta tercera Directiva haya sido una gran novedad y muy controvertida.

---

<sup>127</sup> Es lo que se conoce como prohibición de “*gold plating*”.

<sup>128</sup> R. DE NICTOLIS. “Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà”, *Federalismi.it*. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo. 5 de Octubre de 2017. n. 19. 2016. ISSN 1826-3534

<sup>129</sup> M. COZZIO, “Capitolo III. Appalti pubblici e concessioni”, en libro col. *TEMI E ISTITUTI DI DIRITTO PRIVATO DELL’UE. Parte I. Mercato e imprese* (dir.) G.A. BENACCHIO. F. CASUCCI. Giappichelli Editore, Torino, 2017.

### 3. Instrumentos de *soft law*

#### 3.1. Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho Comunitario de 29 de abril de 2000<sup>130</sup>

El 24 de febrero de 1999, la Comisión adoptó y publicó un Proyecto de comunicación interpretativa sobre concesiones en Derecho comunitario de contratos públicos, que sometió a una amplia consulta. De las aportaciones recibidas, entre otras, quejas de los operadores económicos por incumplimiento del Derecho Comunitario aplicable al fenómeno de las concesiones y la falta de seguridad jurídica debido a la carencia de una definición del concepto (ya que la única concesión definida y con régimen propio en este momento es la de obras y es en referencia al contrato de obras de la *Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras*, de ahora en adelante “Directiva obras”) la Comisión elaboró la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario de 12 de abril de 2000, donde definía su posición al respecto.

Recordando que la Comunidad no favorece ningún modo de organización de la propiedad, sea público o privado, se entiende que la principal característica distintiva del concepto de concesión de obras es que otorga el derecho de explotación de la obra como contrapartida de la construcción de la misma<sup>131</sup>. Derecho que puede ir acompañado de un precio, que sería por ejemplo la práctica de precios sociales en que la Administración concedente subvenciona en parte el coste para el ciudadano y que también se conoce como peaje blando. Lo importante es que estas aportaciones no eliminen de facto el riesgo inherente a la explotación. Que se configure como un contrato o como un acto unilateral resulta indiferente a efectos de considerarla como concesión.

Aparece ya claramente la primera característica que definirá las concesiones: el derecho de explotación como remuneración al concesionario. Este derecho de explotación, en el que es crucial la duración de la concesión, implica la transferencia de riesgos: la distinción principal entre las concesiones y los contratos públicos no es sino la manera de remunerarlos y la

---

<sup>130</sup> Comunicación interpretativa de la comisión sobre las concesiones en el derecho comunitario (2000/C 121/02). DOCE C 121 de 2000, de 29 de abril.

<sup>131</sup> F. CACHARRO GOSENDE, “La concesión de servicios en la LCSP/2017” en libro col. *La nueva contratación pública en el ámbito local claves para una contratación electrónica y transparente* (dir.) M<sup>a</sup> C. CAMPOS ACUÑA, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 1065-1069. ISBN: 9788470527531.

transferencia del riesgo al concesionario<sup>132</sup>. Porque, y aunque con matices, podríamos decir que tanto el elemento objetivo como el subjetivo no varían, sólo que en las concesiones se delega y en la contratación se compra.

Como los contratos y las concesiones son cada vez más complejos jurídicamente (al referirse a estructuras y servicios que aumentan correlativamente en complejidad) la frontera entre ambos es cada vez más difusa y se hace necesario estudiar caso por caso, para determinar si los riesgos son efectivamente transferidos, encontrándonos entonces ante una concesión o no, lo que nos llevaría al contrato de obras.

Al contrario de lo que sucede con la Directiva obras, la *Directiva 92/50/CEE del Consejo de 18 de junio de 1992 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios* (en lo sucesivo “Directiva servicios”), no contiene ninguna definición del concepto de concesión de servicios. De ahí que la Comisión, recogiendo la principal doctrina del TJUE, se manifieste en el sentido de que, al igual que en las concesiones de obras, en las de servicios, el elemento determinante es la asunción del riesgo de explotación, que normalmente se manifiesta en el modo de remuneración del operador, pero no es *conditio sine qua non*.

La Comunicación define al fin las concesiones de servicios como “*actos imputables al Estado por los que una autoridad pública confía a un 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 término Estado es amplio e incluye los actos adoptados por todos los poderes públicos que forman parte de la organización del Estado y por cualquier entidad que, aun teniendo personalidad jurídica propia, esté estrechamente vinculada a éste. Pero no contempla las actividades de carácter no económico (por ejemplo la seguridad social), ni las habilitaciones o autorizaciones otorgadas por los poderes públicos. Además los Estados pueden sustraer del mercado competitivo algunos Servicios de Interés General no económicos, por motivos de interés público.

La remuneración, si no toda, al menos una parte significativa, depende del usuario final y no de la administración concedente.

Un problema añadido viene de la mano de las concesiones mixtas, donde la confusión es aún mayor. La solución, por analogía con los contratos mixtos, es determinar si el objeto

---

<sup>132</sup> F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ. *La nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Aranzadi, Navarra 2018. ISBN: 978-84-9197-030-9.

principal del contrato es la construcción de una obra, en cuyo caso se aplica el régimen de la Directiva obras, o si, por el contrario, esos trabajos o la construcción de esa obra son sólo accesorios en relación con el objeto principal del contrato, caso en el que nos encontraremos ante una concesión de servicios, regida por la legislación interna.

En conclusión, la Comunicación somete a las concesiones de obras que superan el umbral comunitario a la regulación de la Directiva obras, quedando las de servicios y las que no llegan a este umbral sometidas a los principios del Tratado, especialmente los de no discriminación, igualdad de trato, transparencia, reconocimiento mutuo y proporcionalidad.

Si bien esta primera Comunicación no da un régimen jurídico unificado para las concesiones, sí que ofrece una definición del concepto y el requisito esencial de la transferencia de riesgos.

### **3.2. Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones<sup>133</sup>**

El documento comienza afirmando que *“La expresión «Colaboración Público-Privada» (CPP) carece de definición en el ámbito comunitario. En general, se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio.”*

Tampoco se prevé en el Derecho comunitario un régimen específico para todos los contratos dentro de la categoría de CPP. En particular, es muy variada la normativa aplicable al socio privado, que varía según la relación contractual establecida.

Continúa el texto haciendo una enumeración de las características principales de la CPP, que ya conocemos: plazo generalmente largo de duración, modo especial de financiación del proyecto, cooperación y reparto de riesgos entre el Sector Privado (que participa activamente en el desarrollo e implementación del proyecto) y el Público.

En cuanto al reparto de riesgos, ya el libro verde advierte claramente que *“las operaciones de CPP no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos. El reparto preciso de los riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos.”*

---

<sup>133</sup> Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. Bruselas, 30.4.2004 (COM (2004) 327) final.

Este tipo de colaboraciones se fomentan a nivel europeo, para la creación de redes transeuropeas de transportes, y en el ámbito local, para gestionar determinados servicios públicos.

De todas maneras, la Comisión advierte de los peligros de acudir a este tipo de cooperación por motivos únicamente financieros, ya que habrá de atenderse al caso concreto para asegurar la idoneidad de este método complejo de contratación frente a la contratación pública tradicional.

Con este panorama, la Comisión asegura que no pretende entrar a decidir si un Estado miembro externaliza o no la gestión de sus servicios, ya que *“El Derecho comunitario de la contratación pública y las concesiones es neutral en cuanto a la decisión que han de tomar los Estados miembros de prestar un servicio público a través de sus propios medios o de confiárselo a un tercero.”* Pero quiere analizar todas las disposiciones existentes en materia de CPP para detectar posibles inseguridades jurídicas y divergencias entre países; así como distinguir muy claramente la CPP contractual, basada en vínculos convencionales, de la CPP institucionalizada, donde la cooperación se da dentro de una nueva entidad creada *ad hoc*.

La **CPP contractual** tiene como modelo prototípico el concesional, donde el socio privado presta un servicio al usuario final bajo la supervisión del concedente público, y donde la remuneración es el pago de una tarifa por uso. Si por el contrario el usuario final es la propia administración concedente, el pago se realiza a través de cánones periódicos pagados por la misma.

Es decir, la CPP es una supra categoría que engloba la concesión que, como dice literalmente el texto *“se caracteriza por el vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final: **el socio privado presta un servicio a la población «en lugar de» el socio público, pero bajo su control.** Asimismo, se caracteriza por el modo en que se remunera al contratista, que consiste en cánones abonados por los usuarios del servicio, que se completan, en su caso, con subvenciones concedidas por los poderes públicos”.*

Esto quiere decir a sensu contrario, que dentro de la CPP hay otros modelos como la PFI, donde *“la remuneración del socio privado no adopta la forma de cánones abonados por los usuarios de la obra o el servicio, sino de pagos periódicos realizados por el socio público. Dichos pagos pueden ser fijos, pero también pueden calcularse de manera variable, en función, por*

*ejemplo, de la disponibilidad de la obra, de los servicios correspondientes o, incluso, de la frecuentación de la obra*<sup>134</sup>.

En este sentido, EUROSTAT considera contratos de CPP en sentido estricto, aquéllos en los que quien remunera es la Administración concedente y como concesiones, aquéllos en que la retribución se hace depender de los usuarios<sup>135</sup>.

El problema es que en la adjudicación de concesiones, el Derecho comunitario se limita a obligaciones de carácter general que impiden una armonización efectiva de las legislaciones de los Estados miembros, lo que lleva a que generalmente cada concesión suponga un nuevo procedimiento especial.

Es verdad que los contratos públicos de obras o de servicios se someten a las disposiciones de las Directivas de Contratación y por ello, la selección del contratista privado se hace mediante los procedimientos regulados en las Directivas de Contratación, en particular, los procedimientos ordinarios abierto y restringido, y, excepcionalmente, a través del procedimiento negociado y del diálogo competitivo.

Pero las concesiones (de obras en aquel momento) se someten sólo a determinadas disposiciones en materia de publicidad, pudiéndose a continuación seleccionar libremente al socio privado. Y las concesiones de servicio, junto a los actos unilaterales del Poder Adjudicador, quedan excluidas y sometidas únicamente a los principios y normas del Tratado, especialmente en lo que se refiere a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, así como a los principios de transparencia, igualdad de trato, proporcionalidad y reconocimiento mutuo.

Todo esto lleva a que no se alcance una competencia efectiva en el ámbito concesional a nivel europeo. Por ello, la Comisión se plantea *“proponer una acción legislativa destinada a*

---

<sup>134</sup> L. MÍGUEZ MACHO, “La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la directiva 2014/23/UE: repercusiones para el derecho español” en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 395-408. ISBN 978-84-9098-454-3. Y en libro col. *Las nuevas Directivas de contratación pública (dir.)* S. RODRÍGUEZ-CAMPOS, Marcial Pons (Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo), 2016, págs. 217-232. ISBN 978-84-9123-089-2.

<sup>135</sup> Véase al respecto A. B. MACHO PÉREZ, E. MARCO PEÑAS, “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT”, *Revista de Administración Pública* nº 194, 2014, págs. 437-474. ISSN: 0034-7639.



*coordinar los procedimientos de adjudicación de concesiones en la Unión Europea*” (primer guiño a la actual Directiva de Concesiones)<sup>136</sup>.

En cuanto a la ejecución del contrato de CPP contractual, viene regida por el Derecho nacional, que debe, en cualquier caso, respetar los principios de igualdad de trato y transparencia. De ahí que en el éxito de una CPP sean vitales los documentos contractuales, que deben indicar las condiciones y modalidades de ejecución, así como la duración del contrato, que no puede ser excesiva de manera que restrinja artificialmente la concurrencia en el mercado. Así mismo, y teniendo en cuenta el amplio marco temporal de ejecución, el propio contrato puede prever modificaciones, que sólo tienen el límite de ser lo suficientemente claras.

La **CPP institucionalizada** por su parte, suele utilizarse en los diversos Estados miembros para gestionar servicios públicos de ámbito local, como sería el abastecimiento de agua, y puede tener lugar mediante la creación de una entidad en la que participan el socio privado y el público (donde, no sólo habrá que tener en cuenta criterios de selección del socio, sino también la Oferta Económicamente Más Ventajosa) o mediante la adquisición del control privado de una empresa pública ya existente (en la que hay que tener en cuenta dos aspectos: en primer lugar, que la privatización de una empresa pública es una decisión de política económica de exclusiva competencia estatal; y en segundo, que aun así, la operación deberá respetar los principios del TFUE, asegurándose en especial que no es un medio fraudulento de adjudicar contratos directamente).

### **3.3. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre Colaboración Público-Privada y derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones**<sup>137</sup>

A raíz del interés de las autoridades públicas de los Estados Miembros por la colaboración con el sector privado para ofrecer infraestructuras y servicios y para extraer conclusiones de la consulta iniciada mediante el *Libro verde la Colaboración Público-Privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* en 2004, la Comisión elaboró esta comunicación en 2005<sup>138</sup>. En ella advierte que a pesar de los beneficios que se pueden obtener de la técnica, debido a los conocimientos específicos de los operadores del mercado y a la

---

<sup>136</sup> F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ. *La nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Aranzadi, Navarra 2018. ISBN: 978-84-9197-030-9. En concreto, véase el Capítulo IV. La concesión de servicios en el derecho de la unión europea anterior a la directiva de 2014 y su recepción en España

<sup>137</sup> Bruselas, 15.11.2005. COM (2005) 569 final.

<sup>138</sup> Bruselas, 30.4.2004 (COM(2004) 327) final. Explicado en el epígrafe anterior.

disponibilidad de más recursos, es preciso evaluar si la Colaboración Público Privada es la mejor opción frente a otras formas tradicionales de contratación.

La Comisión considera que ciertas materias requieren un estudio más pormenorizado. En concreto la adjudicación de concesiones (de hecho aboga por establecer una normativa a nivel comunitario), la Colaboración Público Privada Institucionalizada (CPPI), es decir la creación de empresas con participación conjunta de un socio público y un socio privado para la prestación de servicios públicos, y el procedimiento del diálogo competitivo y su aplicación práctica.

Pero no considera que sea necesario desarrollar normativa específica sobre la Colaboración Público Privada contractual, ya que las partes interesadas se mostraron muy reacias<sup>139</sup>. Sí que eran favorables en cambio, a disposiciones comunitarias sobre la adjudicación de concesiones que ofrecieran mayor seguridad jurídica, para evitar la diversidad de legislaciones de los Estados Miembros. En especial la de aquellos de reciente adhesión y más necesitados de este tipo de financiación privada.

Sin embargo, y aunque en ese momento ya se había elaborado la *Comunicación interpretativa de la comisión sobre las concesiones en el derecho comunitario* que daba las claves sobre cómo interpretar la normativa, al no ser las comunicaciones normativa en sentido estricto del término, no había logrado aumentar la seguridad jurídica en la preparación y adjudicación de este tipo contractual<sup>140</sup>. En este sentido *“tanto la práctica jurídica como la doctrina ponen de manifiesto que, pese a las aclaraciones facilitadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, los requisitos del Tratado CE se interpretan de diferentes maneras, lo que, según se ha indicado, plantea especiales dificultades a los licitadores que interponen recursos ante los tribunales nacionales contra la adjudicación de concesiones. Está claro que esta situación podría disuadir a las empresas de presentar ofertas a la adjudicación de una concesión, reducir el nivel de competencia por las CPP y, en última instancia, poner en peligro el éxito de éstas”*.

Por ello, se propone la elaboración de una normativa vinculante a nivel comunitario, que englobe tanto a las concesiones de obras como de servicios, fijando requisitos de publicidad, de selección de concesionarios, de duración de las mismas, etc. La principal ventaja es que los

---

<sup>139</sup> Véase la *Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)* (2008/C 91/02) DOCE C 91, 12.4.2008. Págs. 4–9 y que estudiaremos en el apartado 3.4 de este mismo epígrafe en profundidad.

<sup>140</sup> Comunicación interpretativa de la comisión sobre las concesiones en el derecho comunitario (2000/C 121/02). DOCE, C 121 de 2000, de 29 de abril estudiada en el apartado 3.1 de este mismo epígrafe.

licitadores tendrían un nivel de protección jurídica más elevado, al encontrarse entonces los contratos de concesiones dentro del ámbito de aplicación de las Directivas de Recursos.

Sin embargo, en el caso de la CPPI, la Comisión aboga por la elaboración de una comunicación interpretativa, porque, al ser una figura relativamente reciente, una regulación excesiva desincentivaría su uso y mejora. Su objetivo sería aclarar *“la aplicación de las normas de contratación pública:*

- 1) a la creación de entidades de capital mixto que tengan por objeto gestionar servicios de interés (económico) general y*
- 2) a la participación de empresas privadas en compañías públicas existentes que realizan dichas tareas.”*

### **3.4. Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)<sup>141</sup>**

Como acabamos de ver, tras la consulta pública con respecto al Libro Verde sobre la colaboración público privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, la Comisión concluye que no es adecuado establecer una legislación en materia de CPPI, pero sí es necesario elaborar una comunicación interpretativa acerca de su uso y aplicación.

A efectos de delimitar su objeto, la Comisión clarifica que si bien la CPPI supone una *“cooperación entre socios del sector público y del sector privado que crean una entidad de capital mixto para la ejecución de contratos públicos o concesiones”*, donde la participación activa del socio privado es clave; no se incluye en esta figura contractual la *“simple aportación de fondos por un inversor privado a una empresa pública”*. Es decir, esta comunicación explica cómo aplicar la normativa comunitaria ya existente (luego no es un texto legal) a los contratos de CPPI.

No obstante carezcan de normativa específica, a estos contratos sí les resultan de aplicación el principio de igualdad de trato y, consecuentemente, la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, así como los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, recogidos en los artículos 43 y 49 del Tratado CE (actuales artículos 49 y 56 del TFUE). El motivo es que la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital, excluye que la relación sea interna, es decir no cumple todos los requisitos de una prestación *“in house providing”* y en consecuencia no se puede excluir la aplicación de la normativa sobre contratación y mucho menos de sus principios.

En este sentido se manifiestan muy claramente las STJCE de 10 de noviembre de 2005 y de 13 de octubre de 2005<sup>142</sup>:

***“46 El Tribunal de Justicia declaró que la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora en cuestión excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 49).***

***47 La relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de***

---

<sup>141</sup> Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) (2008/C 91/02) DOCE C 91, 12.4.2008. Págs. 4–9.

<sup>142</sup> STJCE de 10 de noviembre de 2005 (C-29/04 Comisión contra Austria) ECLI:EU:C:2005:670 y STJCE de 13 de octubre de 2005 (C-458/03 Parking Brixen) ECLI:EU:C:2005:605.

capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta (sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 50).

**48 La adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, ya que este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores (sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 51).**

**49 El Tribunal de Justicia declaró que en el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50 con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva (sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 52)."**

Y en cuanto al control análogo nos dice la STJCE de 13 de octubre de 2005<sup>143</sup>:

**"63 Dado que se trata de una excepción a las normas generales del Derecho comunitario, ambos requisitos expuestos en el apartado anterior deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción a dichas normas incumbe a quien quiera beneficiarse de ella (véase la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 46)."**

Esta sentencia Stadt Halle y RPL Recyclingpark Lochau GmbH, a la que hacen referencia ambas, clarifica aún más al afirmar<sup>144</sup>:

**"43 Esta cuestión se refiere a la situación particular de una sociedad denominada «de economía mixta», constituida y que opera con arreglo a las normas del Derecho privado, en relación con la obligación de una entidad adjudicadora de aplicar las disposiciones comunitarias en materia de contratos públicos cuando se cumplan los requisitos previstos en ellas."**

Por eso, al no tratarse de un encargo a medio propio y ser una caso particular de sociedad "de economía mixta", una CPPI no podrá obtener un nuevo contrato o concesión sin un procedimiento de licitación, ya que se trataría de una adjudicación ilegal.

---

<sup>143</sup> STJCE de 13 de octubre de 2005 (C-458/03 Parking Brixen) ECLI:EU:C:2005:605.

<sup>144</sup> STJCE 11 de enero de 2005 (C-26/03 Stadt Halle y RPL Recyclingpark Lochau GmbH). ECLI:EU:C:2005:5

Por el mismo motivo, todas las modificaciones que se efectúen con posterioridad a la adjudicación deben estar contempladas en el contrato o bien no ser sustanciales<sup>145</sup>.

Articular una CPPI no exige un procedimiento específico, pero éste sí que debe ser equitativo y transparente a la hora de seleccionar al socio privado, ya que *“El hecho de que una entidad privada y una entidad adjudicadora cooperen en el marco de una entidad de capital mixto no puede justificar que la autoridad contratante no cumpla las disposiciones sobre contratos públicos y concesiones en la adjudicación de contratos públicos o concesiones a esa entidad privada o a la entidad de capital mixto”*.

No obstante, para evitar la doble licitación, que consiste en una primera selección del socio privado de la CPPI y en segundo término, una vez seleccionado, la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto, la Comisión propone (¡Atención! No es obligatorio) seleccionar al socio privado mediante un procedimiento que tenga por objeto el contrato público o la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto<sup>146</sup>. De este modo todos los pasos se llevan a cabo en una sola fase: la selección del socio privado, la creación de la CPPI y de la entidad de capital mixto y la adjudicación del contrato. Criterio que recoge de manera expresa la STJUE de 15 de octubre de 2009<sup>147</sup>.

Si lo que se adjudica es un contrato público incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE y caracterizado por su complejidad, resultaría de aplicación el procedimiento, nuevo en aquel momento, del diálogo competitivo. En estos casos cubiertos por la Directiva, la utilización del procedimiento negociado con publicidad sólo cabe en circunstancias excepcionales y previstas. Lo que no sucedería si lo que se adjudica es una concesión o un contrato público que no se encuentre en su ámbito objetivo de aplicación.

---

<sup>145</sup> Sobre las modificaciones contractuales posteriores a la adjudicación es de interés la STJUE de 29 de abril 2004 (C-496/99 *Succhi di Fruta*) ECLI:EU:C:2004:236, en particular los apartados 108 al 111 y 116, 118, 120 y 121:

*120 En efecto, si la entidad adjudicadora estuviera autorizada para modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de licitación, sin que las disposiciones pertinentes aplicables contengan una habilitación expresa en tal sentido, los términos de la adjudicación del contrato, tal como se estipularon inicialmente, resultarían desnaturalizados.*

*121 Además, dicha práctica supondría inevitablemente la vulneración de los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la aplicación uniforme de las condiciones de licitación y la objetividad del procedimiento dejarían de estar garantizadas.*

<sup>146</sup> M.A. BERNAL BLAY, “La colaboración público-privada institucional”, *Revista Aragonesa de Administración Pública* nº 37, 2010, págs. 93-138. ISSN 1133-4797.

<sup>147</sup> STJUE de 15 de octubre de 2009 (C-196/08 *Acoset SpA*). ECLI:EU:C:2009:628.

Los criterios de selección y adjudicación deben respetar todos los principios previamente enumerados (es decir de igualdad de trato, de no discriminación por razón de la nacionalidad, de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios) y aunque el contrato o concesión no esté incluido en el ámbito de la Directiva, nada impide que se exijan los requisitos de capacidad económica y financiera, técnica y profesional y habilitación profesional de los licitadores que ésta recoge. Siempre que sean proporcionales al objeto del contrato, añadimos nosotros.

### **3.5. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones - Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)<sup>148</sup>**

En esta Comunicación, la Comisión Europea afirma que La Colaboración Público-Privada es una forma de cooperación entre las administraciones públicas y el sector privado con el fin de modernizar la oferta de infraestructuras y de servicios públicos estratégicos que, en el contexto de la crisis, puede favorecer la recuperación económica, la estabilidad del sector financiero y la innovación.

La CPP puede ayudar en la recuperación económica en Europa, al propiciar la inversión en infraestructuras, y así reactivar la economía y fomentar la innovación e impulsar ciertos objetivos estratégicos, como pueden ser *“la lucha contra el cambio climático; el fomento de las fuentes de energía renovables, la eficiencia energética y el uso eficiente de los recursos; el apoyo al transporte sostenible; una atención sanitaria asequible y de alto nivel; o la realización de grandes proyectos de investigación”*<sup>149</sup>. Paradójicamente, sin embargo, es la propia crisis la que frena la utilización de este instrumento.

Aunque en menos volumen del esperado, se ha utilizado especialmente en el sector ferroviario, en edificios y equipamientos públicos, en tratamiento de aguas y de gestión de residuos y en medio ambiente. Sin embargo no ha tenido éxito en la gestión de servicios públicos, ni en la construcción y posterior explotación de infraestructuras. Además, como ya

---

<sup>148</sup> *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones - Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)*. Bruselas, 19.11.2009. COM(2009) 615 final.

<sup>149</sup> Véanse el Fondo mundial para la eficiencia energética y las energías renovables (o GEEREF en sus siglas en inglés), lanzado por la Comisión Europea en 2006, pero que entró en funcionamiento en 2008, y que se dedica a catalizar fondos privados y públicos en proyectos de energías renovables y de eficiencia energética en países en vías de desarrollo. Para más información <https://geeref.com/about/what-geeref-is.html>. Véanse también los programas ISPA (o Instrumento Estructural de Preadhesión) y PHARE (Polonia-Hungría: Ayuda para la Reconstrucción Económica).

hemos visto en el **CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN**, su utilización varía mucho entre países

En ese capítulo veíamos que su utilización ha disminuido en los últimos años. Los motivos son, aparte de la dificultad de acceso a financiación a consecuencia de la crisis económica, que al ser un instrumento de contratación complejo exige una adecuada formación y capacitación del sector público, que requiere compromiso político a largo plazo y que debe generar unos beneficios capaces de compensar los riesgos asumidos. Beneficios que, al igual que los riesgos, se deben compartir entre el sector público y el privado.

De todas maneras, aunque pueda reducir a corto plazo las presiones sobre el erario público, el objetivo real es promover la eficiencia de los servicios públicos a través de la distribución de riesgos y el aprovechamiento de los conocimientos y la experiencia del sector privado, con la garantía que supone para el inversor privado la participación del sector público en un proyecto.

La CPP puede articularse como contrato o como concesión de obras o servicios en función de la forma de retribuir al operador económico. Si se adjudica una concesión de obras y supera los umbrales de las Directivas de Contratación (recordemos que hablamos de la tercera generación de Directivas), se le aplica esta normativa. Sin embargo si se trata de concesiones de servicios de cualquier cuantía o concesiones de obras y contratos por debajo de los umbrales comunitarios, sólo se aplicarán los principios del TFUE: transparencia, igualdad de trato y no discriminación<sup>150</sup>.

La principal preocupación de la comisión es la utilización fraudulenta de la CPP por los Estados para ocultar gastos actuales, acumulándolos y postergándolos, atentando así contra el Pacto de Estabilidad y Crecimiento<sup>151</sup>. Para evitarlo, exige la aplicación de las normas de contabilidad elaboradas por EUROSTAT, que determinan en qué casos los activos de la colaboración público-privada deben inscribirse en el balance de la Administración pública<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> En realidad en este momento Tratado CE. Desde el 1 de diciembre de 2009, con la entrada en vigor de las disposiciones contenidas en el Tratado de Lisboa el TCE modifica su nombre y adopta el de Tratado de Funcionamiento de la Unión (TFUE).

<sup>151</sup> Para más información véase [https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/stability\\_growth\\_pact.html?locale=es](https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/stability_growth_pact.html?locale=es) (consultado el 5.11.2018)

<sup>152</sup> En particular se refiere al *Comunicado de prensa de Eurostat 18/2004: Treatment of public-private partnerships and ESA95 Manual on government deficit and debt, Edición 2004. Capítulo sobre los contratos de larga duración entre departamentos del Gobierno y socios no gubernamentales (colaboración público-privada)*. Comunicado que ya hemos analizado en este mismo capítulo, en el **epígrafe 1. Reglamentos del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales**, en concreto en el apartado **1.2. New decision of Eurostat on deficit and debt. Treatment of public-private partnerships**.



Estas reglas se basan en la distribución de los principales riesgos del proyecto entre la Administración y el operador económico. Si el riesgo recae principalmente sobre la primera se registrarán en su balance y, consecuentemente, computarán déficit.

Al tratarse de una actividad económica, la CPP también se somete a las normas en materia de competencia, entre las que se incluye muy especialmente las prohibiciones de ayudas estatales ilegales.

La Comunicación analiza los aspectos positivos de la CPP, que son:

La mejora en la ejecución de proyectos, ya que la mayoría de las CPP tiende a respetar los plazos, así como la especialización e innovación del sector privado, que lleva a conseguir mayores niveles de eficiencia y rendimiento de las soluciones, a lo que se suman mejoras en la relación calidad precio. Además, el coste de la financiación de la estructura se reparte a lo largo de toda la vida útil del activo. A esto nos referimos cuando hablamos de eliminar la presión a corto plazo sobre la hacienda pública. Por otro lado, la Colaboración Público Privada permite movilizar fondos privados y sumarlos a los recursos públicos. A esto se añade que la gestión del riesgo es más eficiente, al repartirse más adecuadamente entre el sector público y el privado. Cada parte asume los riesgos para los cuáles está más preparada, lo que reduce el coste final del proyecto.

Por otra parte, es un instrumento de contratación especialmente útil en las Iniciativas Tecnológicas Conjuntas (ICT) introducidas por el Séptimo Programa Marco.

Sin embargo, la utilización de la CPP ha sufrido altibajos, principalmente debido a la crisis actual, ya que al reducirse la disponibilidad de préstamos y créditos bancarios han empeorado las condiciones financieras de la Colaboración Público Privada. Es decir, ha aumentado el coste de la deuda. Esto ha llevado a que algunos gobiernos nacionales y administraciones locales hayan suspendido estos programas. Otros Estados, por el contrario, han propuesto regímenes de garantía estatales y nuevos instrumentos de deuda del sector público.

A estos problemas económicos se suman problemas como la necesidad de invertir mayores recursos (no sólo económicos, sino de personal, tiempo...) en las fases de preparación y adjudicación y la necesidad de un mayor control en la ejecución. No es desdeñable tampoco la mayor cualificación que se exige de los gestores públicos, muchos de los cuales no tienen todavía la formación necesaria.

Por otro lado, y para asegurar el interés y participación del Sector Privado en estos proyectos tan costosos, los beneficios que se obtendrán deben superar (o al menos compensar) los gastos y riesgos asumidos. En este equilibrio riesgo-beneficio también entra el Sector Público,

ya que si los riesgos se reparten entre ambas partes, también debe haber beneficios suficientes para que sean repartidos proporcionalmente.

Para paliar estos problemas y fomentar esta colaboración, la Comisión propone varias medidas centrándose especialmente en el marco normativo. Una lista de ejemplos no exhaustiva sería: la colaboración con los Estados Miembros para detectar las disposiciones en la legislación nacional que impidan u obstaculicen el establecimiento de Colaboraciones Público Privadas, evitando en todo caso la discriminación en la asignación de fondos públicos; el apoyo a largo plazo a aquellos Estados miembros que deseen recurrir a la CPP; la elaboración de instrumentos de regulación o incluso de *soft law*; la divulgación de buenas prácticas para mejorar la capacidad de gestión del sector público y la mejora del acceso a la financiación de las iniciativas de colaboración público-privada (mediante instrumentos como el Centro Europeo Experto en Colaboración<sup>153</sup> y otras iniciativas que, aunque no estén concebidas específicamente para dicha colaboración, pueden apoyarlas, como JASPERS<sup>154</sup> y JESSICA<sup>155</sup>, así como la coordinación con el Banco Europeo de Inversiones (BEI), al que se ha recurrido especialmente en infraestructuras de transporte) sin olvidar que son los Estados Miembros los que tienen la última palabra. Son éstos los que deberán revisar la normativa nacional, ya que es a ellos a quienes compete recurrir a la CPP.

Un aspecto clave de esta Comunicación, es que la Comisión propone como una de las “*cinco acciones clave*” considerar una propuesta sobre un instrumento legislativo para las concesiones de servicios, lo que anuncia ya nuestra actual Directiva.

---

<sup>153</sup> El BEI ha creado el Centro Europeo Experto en Colaboración Pública Privada (EPEC) con la colaboración de la Comisión y de los Estados miembros, con el objetivo de reforzar las capacidades del sector público europeo a la hora de articular la CPP. Más información en su web: <http://www.eib.org/epec/>

<sup>154</sup> JASPERS (Joint Assistance to Support Projects in European Regions) fundado en 2005 colabora con la Comisión Europea, con el Banco Europeo de Inversiones y con el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo para mejorar la calidad de las inversiones con cargo a los fondos de la UE, asesorando gratuitamente a los Estados Miembros beneficiarios. <http://www.jaspers-europa-info.org/>

<sup>155</sup> JESSICA (Joint European Support for Sustainable Investment in City Areas) es una iniciativa de la Comisión Europea apoyada por el Banco Europeo de Inversiones y por el Consejo del Banco Europeo de Desarrollo. Promueve el desarrollo urbano sostenible a través de mecanismos de financiación. [http://ec.europa.eu/regional\\_policy/en/funding/special-support-instruments/jessica/](http://ec.europa.eu/regional_policy/en/funding/special-support-instruments/jessica/)

### **3.6. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — «Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la Colaboración Público-Privada (CPP)»<sup>156</sup>**

El 19 de noviembre de 2009, la Comisión Europea decidió consultar al Comité Económico y Social Europeo sobre la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)*, que acabamos de analizar en el anterior epígrafe<sup>157</sup>.

A raíz de esta consulta, el Comité Económico y Social emitió el dictamen el 7 de febrero de 2010, recalcando la necesidad de movilizar a los inversores públicos y privados, en especial durante la crisis financiera, y advirtiendo de la importante reducción de la Colaboración Público Privada observada en 2009, tanto en número como en volumen.

El dictamen recoge en un elenco no exhaustivo las ventajas de la CPP:

- a) *“reducir los gastos en infraestructuras, aprovechando la eficiencia económica y el potencial innovador de un sector privado competitivo;*
- b) *repartir el coste de financiación de la infraestructura a lo largo de toda su vida útil;*
- c) *mejorar la distribución de riesgos entre los participantes públicos y privados;*
- d) *impulsar los esfuerzos en materia de viabilidad, innovación e investigación y desarrollo;*
- e) *ofrecer al sector privado un papel fundamental en el desarrollo y la aplicación de estrategias a largo plazo para grandes programas industriales, comerciales y de infraestructuras;*
- f) *por último, ampliar las cuotas de mercado de las empresas europeas en el ámbito de la contratación pública en los mercados de terceros países”.*

Por otra parte, el dictamen se hace eco de los peligros que acompañan a esta figura, como riesgos relacionados con la renegociación de los contratos y consecuente incremento de los costes a largo plazo, reducción a medio y largo plazo de la intensidad de la competencia y

---

<sup>156</sup> *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — «Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)»* COM(2009) 615 final (2011/C 51/12). DOUE C 51 de 17.2.2011, págs. 59-66.

<sup>157</sup> *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones - Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)*. Bruselas, 19.11.2009. COM(2009) 615 final.

cláusulas contractuales complejas que, en casos de desconocimiento, pueden conllevar ciertas desventajas para el sector público. Además, la utilización de la CPP puede provocar problemas contables, al tratar de justificar como concesión un contrato que no lo es, para evitar el déficit presupuestario. Por último, recuerda algunas experiencias pasadas que han presentado elevados costes de transacción.

En resumen, el dictamen considera que el trabajo y los avances presentados han sido notables. No obstante, se olvidan ciertos aspectos negativos resultantes de la práctica de las CPP, como, por ejemplo, la falta de transparencia de algunos contratos en algunos países; presiones sobre los partidos políticos para utilizar estas fórmulas aunque puedan resultar más costosas, ya que se difiere el pago; la distribución de riesgos incorrecta; los estudios de viabilidad económica excesivamente optimistas; la subcontratación sin ningún tipo de cuota o control, que dificulta el control del cumplimiento de las condiciones por parte de la autoridades competentes y, en ocasiones, la falta de una verdadera evaluación previa que permita una elección objetiva.

Además, y dada la falta de un texto legal que defina lo que es la CPP, el Comité Económico y Social propone acudir al concepto de “concesión” de la Directiva 2004/18/CE, aclarando, sin embargo, que la CPP incluye tanto a las concesiones (cuya remuneración viene dada por el usuario de la obra), como a los contratos cuya remuneración esté a cargo de la autoridad pública (que en esta misma tesis estudiaremos como “concesiones frías” y que el legislador italiano, por ejemplo, sigue llamando CPP).

En esta Directiva 2004/18/CE se definen las concesiones de obras y de servicios, pero sólo se da una regulación a las concesiones de obras, dejando desamparadas a las de servicios, aspecto que, a juicio del Comité, es necesario modificar. Sin embargo, el Comité considera que no es necesaria una legislación común, siendo suficiente la normativa de cada Estado Miembro.

Finalmente, el Comité Económico y Social propone varias medidas para fomentar las buenas prácticas y el control, entre ellas que se exija en los pliegos de condiciones la contratación del personal que tradicionalmente desempeñaba las tareas que ahora se llevan a cabo mediante CPP; que se fomente la transparencia mediante la publicación de los contratos de CPP y que la autoridad contratante se asegure de que la CPP es el medio idóneo para contratar, tanto en términos de eficiencia como de costes. Además, considera que se deben mejorar varios aspectos:

En primer lugar, y con urgencia, la evaluación previa que mide el coste global de la CPP, arrojando los diferentes resultados en diversos escenarios y justificando la elección de este procedimiento sobre la contratación clásica. En concreto pone el ejemplo de Francia, donde la

evaluación debe tener en cuenta *“el coste global, la transferencia de riesgos, el desarrollo sostenible y el rendimiento que aporta el contrato”*.

En segundo lugar, el diálogo competitivo que permite delimitar el contrato final, alcanzando las mejores condiciones mediante la negociación entre las partes. El Comité denuncia su utilización abusiva (por parte de licitadores, que no respetan Derechos de Propiedad Intelectual) o incorrecta (por los compradores públicos, que desconocen el complicado procedimiento, generando así retrasos y costes adicionales).

Por último, el seguimiento y evaluación posterior de las CPP, fomentando así la transparencia y la gestión eficiente. Además, este seguimiento y evaluación facilitará procedimientos posteriores, al analizar los éxitos y los fracasos.

Los argumentos que deben justificar la CPP, de acuerdo con el dictamen, son varios:

Primero, la celeridad y reducción de los plazos de preparación y de evaluación previa, así como los de ejecución, si el control se ejerce correctamente. Esta ventaja es clave para la reactivación económica en la situación de crisis.

Segundo, si el proyecto (y la evaluación previa, paso clave en la CPP) se realiza correctamente, los recursos se optimizan al máximo, ya que el contratista sabe que debe desarrollarlo a largo plazo, obteniendo una rentabilidad y dejando al final del periodo de explotación una infraestructura en buen estado a la Administración, siempre respetando los términos del contrato.

El argumento definitivo es la distribución de su financiación a lo largo de toda la vida de la infraestructura, así como su repercusión a los usuarios de la misma, siempre teniendo en cuenta los peligros que, para el equilibrio de las arcas públicas, puede suponer diferir los pagos. La transparencia es un principio clave para evitar disfunciones.

Además, el largo plazo de la CPP permite canalizar el ahorro del mercado, logrando por un lado, el desarrollo de infraestructuras, que si no estarían fuera del alcance de los presupuestos actuales de las Administraciones Públicas; y por otro, formar fondos de riesgo relativamente bajo, disponibles para los inversores aversos al riesgo, como los de planes de jubilación.

El dictamen propugna el uso de los medios ya existentes y reforzar el papel del BEI. En particular merece la pena destacar la crítica que hace de la escasa utilización que se ha hecho de los Fondos Estructurales en la financiación de las CPP<sup>158</sup>.

### **3.7. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Acta del Mercado Único. Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza «Juntos por un nuevo crecimiento»<sup>159</sup>**

Previamente a la elaboración del texto, la Comisión inició una consulta pública sobre las cincuenta propuestas de la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Hacia un Acta del Mercado Único. Por una economía social de mercado altamente competitiva. Cincuenta propuestas para trabajar, emprender y comerciar mejor todos juntos*<sup>160</sup>.

De este trámite de audiencia pública se destacaron estos doce ámbitos de actuación, que debían servir de metas a la UE, a través de medidas a implementarse antes del 2012. El objetivo final era coadyuvar a la Estrategia Europa 2020 y lograr un crecimiento inteligente (haciendo que la industria Europea sea competitiva, en lo que jugará un papel clave la digitalización), sostenible (que se apoya en una economía social de mercado altamente competitiva) e integrador (fomentando a la PYMES como elemento vertebrador de la economías europeas).

El Mercado Único favorece el crecimiento económico a nivel de la UE, pero presenta una serie de debilidades, que este documento identifica, proponiendo a su vez soluciones a través de reformas estructurales urgentes en doce ámbitos diversos:

1. Acceso de las PYME a la financiación. En la UE hay en torno a 21 millones de PYME, lo que implica que son el soporte de nuestra economía. No obstante, la dificultad que

---

<sup>158</sup> Recordamos que los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos apoyan la cohesión económica, social y territorial de la UE y coadyuvan a alcanzar los objetivos de la Estrategia 2020. Se componen de cinco fondos: el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), el Fondo Social Europeo (FSE), el Fondo de Cohesión (FC), el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER) y el Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca (FEMP). Gran cantidad de estos fondos se ha destinado en los últimos años a la Compra Pública de Innovación, tanto en su versión de Compra Pública Pre-comercial (CPPr), como la de Compra Pública de Tecnología Innovadora (CPTi).

<sup>159</sup> *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Acta del Mercado Único. Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza «Juntos por un nuevo crecimiento»*. Bruselas, 13.4.2011. COM(2011) 206 final.

<sup>160</sup> *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Hacia un Acta del Mercado Único. Por una economía social de mercado altamente competitiva. Cincuenta propuestas para trabajar, emprender y comerciar mejor todos juntos*. Bruselas, 27.10.2010 COM(2010) 608 final.

experimentan en el acceso a la financiación es uno de los principales problemas (junto al exceso de burocracia) al que estas empresas se enfrentan.

2. Movilidad de los ciudadanos. Aunque reconocido en el tratado del TFUE como uno de los principios básicos del Mercado Europeo, lo cierto es que la movilidad en Europa, especialmente de las personas, todavía no se ha logrado implementar en la práctica. Y es precisamente la movilidad de los trabajadores cualificados lo que beneficiará la economía europea y reactivará su competitividad. El primer paso en este ámbito sería clarificar el marco legal a aplicar a los trabajadores desplazados.
3. Derechos de propiedad intelectual. Las empresas que hacen un uso intensivo de estos derechos, son claves para la competitividad europea. De ahí que una protección unitaria y un sistema unificado para resolver conflictos, sean absolutamente necesarios, ya que la situación actual se caracteriza por múltiples y gran variedad de sistemas nacionales de resolución de controversias.
4. Los consumidores como actores del mercado único. Para aumentar su confianza en el mercado único (especialmente cuando se trata de transacciones llevadas a cabo a través de internet), se estudian métodos extrajudiciales rápidos y efectivos de resolución de conflictos. La confianza en este mercado transfronterizo se verá también favorecida si se implantan instrumentos para garantizar la calidad de los productos y servicios que adquieren. Lo mismo ocurre en el caso de los derechos de los pasajeros (que deben ser clarificados) y en productos financieros minoristas.
5. Servicios. Extender la estandarización de los productos a los servicios que se ofrecen a nivel europeo. En este sentido, la prioridad absoluta es la aplicación plena y uniforme de la Directiva de Servicios.
6. Redes. En el Mercado Único Europeo, las redes de energía, transporte y comunicaciones electrónicas son requisito *sine qua non* para convertirlo en realidad. Por ello se hace urgente elaborar una nueva política europea sobre redes de transporte energético, implantar una red de transporte transfronteriza interconectada, interoperable y eficiente, así como la adopción inmediata por el Parlamento y el Consejo de la *Decisión por la que se adopta un programa para la planificación estratégica y la armonización del uso del espectro radioeléctrico en Europa*.
7. Mercado único digital. Se requiere un nuevo marco legislativo que permita la utilización sencilla, económica y segura de los servicios electrónicos, para lo cual se quiere simplificar el uso de la firma electrónica, aumentando su interoperabilidad.
8. Empresas sociales. El fomento de las empresas que en su objeto social recojan la persecución del interés general, a través de fines sociales, medioambientales o éticos es

clave en la Estrategia 2020. De ahí que la Comisión se fije como meta, por una parte proponer (en 2011) una iniciativa en favor de las empresas sociales, facilitando el acceso a determinados programas financieros de la Unión; y por otra, adoptar una comunicación sobre la responsabilidad social de las empresas.

9. Fiscalidad. En cuanto se refiere a las empresas, el objetivo es superar la diversidad de normas impositivas dependiendo del Estado Miembro, con la problemática añadida de tener que presentar declaraciones en distintos Estados (y los costes que ellos supone). Mediante la base imponible consolidada común del impuesto de sociedades (BICCIS) se armonizan los métodos de cálculo del beneficio imponible, independientemente del Estado Miembro donde tribute la empresa.

Por otra parte, el ciudadano de a pie se ve especialmente perjudicado por tres problemas: la doble imposición, la discriminación fiscal y las dificultades de acceso a la información y a la administración tributaria de otros Estados miembros.

10. Cohesión social. En relación con el segundo ámbito relacionado con la movilidad de los ciudadanos, nos encontramos con el décimo punto de la comunicación: el marco jurídico que regula el desplazamiento de los trabajadores dentro de la UE debe ser correctamente aplicado. Especialmente en lo que atañe a los derechos de estos trabajadores desplazados.

Pero esta no es la única medida destinada a alcanzar la cohesión social: los Servicios de Interés Económico General (SIEG), aun siendo competencia de los Estado Miembros su forma de organización y prestación, siempre dentro del respeto a los principios del TFUE, serán estudiados por la Comisión para introducir medidas que permitan a todos los ciudadanos acceder a los mismos. Este punto y el duodécimo de esta Comunicación interesan especialmente a efectos del presente trabajo.

11. Entorno reglamentario de las empresas. Es una necesidad acuciante reducir las exigencias reglamentarias, especialmente en el caso de las PYMES. Primero, porque la disminución de las cargas administrativas suponen una importante minoración de costes, y segundo, porque se facilitará el acceso de las empresas, en particular de las PYMES, a nuevos mercados y oportunidades. Con esta finalidad se adopta la «*Small Business Act*».
12. Contratos públicos. Es este duodécimo ámbito el que nos lleva a la Cuarta Generación de Directivas de Contratación Pública, ya que la Comisión propone la simplificación y flexibilización de los instrumentos de contratación y el fomento de un mercado ecológico, social e innovador. Promoviendo, además, la participación de las PYMES y la contratación transfronteriza.



También anuncia la tercera Directiva dentro del cuarto paquete, al reconocer de forma expresa, la necesidad de un marco jurídico claro para las concesiones de servicios, dada su importancia económica a nivel europeo.

A grandes rasgos, *“Se trata de poner fin a la fragmentación del mercado y de eliminar los obstáculos que se oponen a la circulación de los servicios, a la innovación y a la creatividad. Se trata también de reforzar la confianza de los ciudadanos en el mercado interior y de ofrecer a los consumidores todas sus ventajas. El objetivo es llegar a un mercado mejor integrado que desempeñe plenamente el papel de plataforma de base sobre la que construir la competitividad colectiva de las mujeres y los hombres, de las empresas y de los territorios europeos, incluidos los más alejados y los menos desarrollados”*.

Para implantar medidas en estos doce ámbitos y alcanzar la consecución de un Mercado Único Europeo que fomente un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, es necesario desarrollar e implantar un nuevo concepto de *“gobernanza”*<sup>161</sup>.

#### **4. Acuerdo sobre Contratación Pública**

De manera tangencial, ya que influye en la legislación europea en materia de contratación pública, es preciso mencionar el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio (OMC)<sup>162</sup>.

El ACP es un acuerdo plurilateral negociado en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC), cuyo objetivo es la apertura y la concurrencia en los mercados de contratación pública de los Estados Firmantes, que no son todos los Estados Miembros de la OMC<sup>163</sup>.

---

<sup>161</sup> Véase *España necesita mejorar la gobernanza de la colaboración público-privada, según un estudio*. Europa Press, Barcelona, 31.01.2019.

<sup>162</sup> J.A. MORENO MOLINA, *El nuevo derecho de la Contratación Pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*. Chartridge Books Oxford, Oxford (Reino Unido), 2015, págs. 111-139. ISBN 978-1-911033-02-8. ISBN ebook: 978-1-911033-09-7. Véase también del mismo autor *“La influencia del acuerdo de contratación pública de la OMC sobre la Directiva 2014/24/UE”* en libro col. *Observatorio de los contratos públicos 2013* (dir.) J.M. GIMENO FELIÚ, M.A. BERNAL BLAY, Civitas, Cizur Menor, 2014, págs. 123-164. ISBN 9788490597064

<sup>163</sup> Son partes del ACP: Armenia, Canadá, República de Corea, Estados Unidos, China (Hong Kong), Islandia, Israel, Japón, Liechtenstein, República de Moldova, Montenegro, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos con respecto a Aruba, Singapur, Suiza, Taipei Chino y la Unión Europea respecto de sus 28 Estados miembros.

En 1979 se firmó el primero de estos acuerdos: el *Código de la Ronda de Tokio sobre Compras del Sector Público* que entró en vigor en 1981 y del cual se hizo una revisión posterior<sup>164</sup>.

Años después, los Estados firmantes, en paralelo con la Ronda Uruguay, negociaron para ampliar su ámbito de aplicación y el 15 de abril de 1994 se firmó en Marrakech, al mismo tiempo que se estableció la OMC, el ACP de 1994, que entró en vigor el 1 de enero de 1996<sup>165</sup>. Su ámbito de aplicación se extiende *“a las adquisiciones mediante cualquier instrumento contractual, incluidos métodos tales como la compra, la compra a plazos o el arrendamiento, financiero o no, con o sin opción de compra, e incluida cualquier combinación de productos y servicios”*. Quedarían incluidos, por tanto, los contratos de Colaboración Público Privada y las concesiones, tanto de obras como de servicios.

En la valoración de los contratos se deben tener en cuenta *“todas las formas de remuneración, con inclusión de cualesquiera primas, honorarios, comisiones e intereses abonables”*, especificando que, si *“es necesario incluir cláusulas de opción, la base de valoración será el valor total de la máxima contratación permitida, incluidas las compras objeto de la cláusula de opción”*<sup>166</sup>.

Como el proceso de apertura de la contratación pública está siempre en evolución, los Estados firmantes continuaron la renegociación del ACP 94, entrando en vigor el Acuerdo revisado el 6 de abril de 2014 (que ya tiene una previsión de ser revisado tras tres años de su entrada en vigor, es decir en 2017) y, posteriormente, con periodicidad<sup>167</sup>.

En este último acuerdo, que es una de las bases de las nuevas Directivas de Contratación Pública, se aprecia el objetivo de la concreción: las definiciones ya no son tan amplias, lo que da un menor margen de actuación a los Estados firmantes. Por ejemplo, el cálculo del valor de un contrato está mucho más delimitado que en el anterior acuerdo:

*“Al calcular el valor de una contratación con miras a determinar si se trata de una contratación abarcada, la entidad contratante: b) incluirá el cálculo del valor total máximo de la contratación a lo largo de toda su duración, independientemente de que se adjudique a uno o varios proveedores, teniendo en cuenta todas las formas de remuneración, con inclusión de:*

- i) primas, derechos, comisiones e intereses; y,*

---

<sup>164</sup> Véase respectivamente, el *Código de la Ronda de Tokio sobre Compras del Sector Público* también conocido como *Acuerdo sobre Compras del Sector Público*, 1979. y el *Código de la Ronda de Tokio sobre Compras del Sector Público revisado*, 1987.

<sup>165</sup> Véase el *Acuerdo sobre Contratación Pública*, 1994.

<sup>166</sup> Véase artículo II del ACP 94.

<sup>167</sup> Artículo XXII.7 del ACP 2014. Véase el *Acuerdo sobre Contratación Pública revisado*, 2012.

- ii) *cuando la contratación contemple la posibilidad de incluir opciones, el valor total de éstas.”*

Hace referencia expresa a las especificaciones técnicas; incluye entre los criterios de selección, además del precio y el coste, factores como la calidad, las condiciones de entrega y las características medioambientales, entre otros; explica cómo se debe informar de las modificaciones anteriores a la adjudicación y la utilización de los procedimientos restringidos en el caso de Compra Pública Precomercial (CPPr), con una definición mucho más clara que su antecesor. También se refiere, por primera vez, al criterio de adjudicación de la oferta (económicamente) más ventajosa en su artículo XV.



# CAPÍTULO III. DIRECTIVA 2014/23/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN

## 1. Objeto, ámbito de aplicación, principios generales y definiciones

### 1.1. Objeto y definiciones

En su primer considerando, la novedosísima y controvertida Directiva 2014/23/UE justifica su propia existencia por varios motivos: la ausencia de unas normas claras en la adjudicación de concesiones genera inseguridad jurídica y obstaculiza la libre prestación de servicios, falseando el funcionamiento del mercado interior e impidiendo una mayor apertura de los mercados internacionales de contratación pública. Las empresas, en particular las PYMES, pierden así oportunidades económicas y las autoridades públicas no dan un uso óptimo a los fondos públicos. Una de las consecuencias es que los ciudadanos de la Unión no disfrutan de unos servicios de calidad al mejor precio.

*“La ausencia de unas normas claras a nivel de la Unión en el ámbito de la adjudicación de contratos de concesión acarrea problemas de inseguridad jurídica, obstaculiza la libre prestación de servicios y falsea el funcionamiento del mercado interior. Como resultado de ello, los operadores económicos, en particular las pequeñas y medianas empresas (pymes), se ven privados de los derechos que les confiere el mercado interior y pierden grandes oportunidades comerciales; por otro lado, puede que las autoridades públicas no den un uso óptimo a los fondos públicos, con lo que los ciudadanos de la Unión no podrían disfrutar de unos servicios de calidad al mejor precio. Es necesario instaurar un marco jurídico adecuado, equilibrado y flexible en el ámbito de la adjudicación de concesiones que garantice a todos los operadores económicos de la Unión un acceso efectivo y no discriminatorio al mercado y que afiance la seguridad jurídica, favoreciendo así la inversión pública en infraestructuras y servicios estratégicos para el ciudadano. Este marco jurídico permitiría asimismo contar con una mayor seguridad jurídica para los operadores económicos y podría ser una base y un instrumento para abrir en mayor medida los mercados internacionales de contratación pública y para fortalecer los intercambios comerciales internacionales. Debe concederse especial importancia a la mejora de las posibilidades de acceso para las pymes en todos los mercados de concesiones de la Unión.”*

Es por ello que el marco normativo legislativo debería ser claro y sencillo, ayudando a distinguir definitivamente las concesiones de los contratos públicos sin generar burocracia

añadida<sup>168</sup>.

Dos críticas se pueden hacer ya de partida.

No obstante su loable objetivo, cabe preguntarse si era necesaria una Directiva autónoma distinta de las Directiva clásicas.

Por otra parte, como en el ámbito de las concesiones es preciso hacer un balance entre la necesaria protección de la seguridad jurídica y de una verdadera competencia a nivel europeo, con la necesidad de dotar a los poderes públicos y a los poderes adjudicadores de la libertad para organizar sus competencias y la prestación de los servicios públicos, la duda estriba aquí en si una regulación a nivel comunitario está justificada<sup>169</sup>.

Como ya intuíamos en el capítulo introductorio, la adjudicación de concesiones es un tema no carente de importancia, debido a su relevancia económica y a la ventaja que suponen en cuanto a financiación en una situación de restricción presupuestaria y económica.

Sin embargo, hasta la aparición de esta Directiva, la Comisión Europea abordó el tema únicamente en diversas Comunicaciones o Libros Verdes de carácter no vinculante, con lo que el concepto de concesión variaba entre Estados Miembros<sup>170</sup>.

Así, la Directiva proporciona por fin, una distinción (tanto conceptual como procedimental) clara de lo que es una concesión de obras, diferenciándola del contrato de obras por el reparto del riesgo, y de la concesión de servicios. Y da a todas las concesiones un marco regulatorio básico<sup>171</sup>.

Este es uno de los motivos por los que esta “supuesta” pérdida de autonomía regulatoria ha sido muy discutida. De hecho, fue un tema central en el debate parlamentario previo a la aprobación de la Directiva, especialmente su aplicación en el campo de determinados servicios (por ejemplo servicio de socorro, tratamiento y distribución de aguas, etc.). Los Estados

---

<sup>168</sup> Véase el Considerando 2 de la Directiva.

<sup>169</sup> S. PLATON, «La passation des concessions : de l'eau du service public dans le vin de la concurrence?», AJDA 2014, pág. 841.

<sup>170</sup> Para conocer la evolución del Derecho europeo en esta materia deben destacarse el *Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, de 30 de abril de 2004, COM (2004) 327 final y la *Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) (2008/C 91/02)* DOCE C 91, 12.4.2008. Págs. 4–9, ya estudiadas en el **CAPÍTULO II. ANTECEDENTES EUROPEOS: INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS Y DE SOFT LAW**.

<sup>171</sup> S. BRACONNIER, «La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives», AJDA 2014, pág. 832.

miembros se “rebelaron” contra lo que consideraban una privatización encubierta de los mismos<sup>172</sup>. Por eso la Directiva aclara expresamente que no obliga a los Estados a optar por la gestión indirecta frente a la gestión directa, pero si eligen la primera sí que deben aplicar sus normas, y no ya sólo los principios del TFUE y los derivados de la jurisprudencia europea.

Vemos así que la expresión “supuesta” está muy justificada, porque a pesar de todas sus buenas intenciones y del primer objetivo marcado por la Comisión, la Directiva es, como veremos en detalle, más bien una serie de principios programáticos que una verdadera normativa.

En efecto, si atendemos al proceso de selección de concesionario, la Directiva no establece ningún procedimiento de adjudicación obligatorio, teniendo los poderes adjudicadores la libertad de establecer procedimientos flexibles y negociados. La justificación es la habitual complejidad de estos contratos, la necesaria transferencia del riesgo al concesionario y la asimetría informativa entre éste y el poder adjudicador.

Por otra parte, en su considerando 5 la propia Directiva aclara que su aparición no supone ninguna alteración de la existencia de los servicios públicos, ni de su forma de prestarlos por cada Estado, reconociendo el derecho de los Estados Miembros y las autoridades públicas a determinar los medios administrativos que consideren más adecuados para la realización de obras y la prestación de servicios, así como su libertad para realizar una gestión directa o indirecta, manteniendo su derecho a definir y especificar las características de los servicios que hayan de prestarse, incluidas las eventuales condiciones relativas a la calidad o el precio, de conformidad con el Derecho de la Unión, con el fin de lograr sus objetivos de interés público<sup>173</sup>. En suma, la Directiva 2014/23/UE no predetermina la elección del modo de gestión, pero sí establece normas particulares para el caso de que se opte por la vía de la gestión indirecta a través de concesiones.

Es más, el artículo 2 que reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades públicas y que les permite decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de una

---

<sup>172</sup> X. LAZO, “Preface” en libro col. *SERVICE CONCESSIONS IN THE EU. A comparative study of the transposition of Directive 2014/23 on the award of concession contracts into national law*. (dir.) X. LAZO VITORIA, A.I. PEIRÓ BAQUEDANO. Thomson Reuters. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2018, págs. 24-25. ISBN: 978-84-9177-230-9.

<sup>173</sup> Esta afirmación no obsta a que el TJUE haya afirmado en variadas ocasiones que “*La cuestión de si una operación debe calificarse de concesión de servicios o de contrato público de servicios ha de apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho de la Unión*”. Véase a modo de ejemplo el apartado 38 de la STJUE de 15 de octubre de 2009 (C-196/08 Acoset SpA) ECLI:EU:C:2009:628, el apartado 23 de la STJUE de 10 de marzo de 2011 (C-274/09 Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler) ECLI:EU:C:2011:130 y el apartado 40 de la STJUE de 10 de noviembre de 2011 (C-348/10 Norma y Dekom) ECLI:EU:C:2011:721.

obra o la prestación de un servicio, garantizando que no se privaticen las empresas públicas que presten servicios al público; y en especial el artículo 4, que afirma la libertad de los Estados Miembros para definir los servicios de interés económico general, su organización y su financiación y excluye de la aplicación de la Directiva a los Servicios de Interés General no económicos, darán a los Estados una especie de “*derecho de oposición*” a la legislación de concesiones de la UE<sup>174</sup>.

A estos dos principios se oponen los recogidos en el artículo 3: igualdad de trato, no discriminación y transparencia (con el contrapeso del principio de confidencialidad del artículo 28, que puede entenderse de dos maneras: de cara a salvaguardar información “sensible” del operador económico, o bien a proteger información del poder adjudicador o entidad adjudicadora). Estos principios deberán aplicarse también en la adjudicación de concesiones aunque no superen los umbrales comunitarios, si tienen interés transfronterizo.

En base al principio de igualdad de trato, aunque el concedente pueda elegir el procedimiento de concesión, deberá ser objetivo en la selección del licitador y seguir los pasos de este procedimiento previamente elegido<sup>175</sup>. Por este mismo principio, tampoco podrán rechazarse operadores económicos habilitados para prestar el servicio objeto de la concesión por el mero hecho de que, con arreglo a su legislación, deban ser personas físicas o personas jurídicas; ni se podrá obligar a las agrupaciones de operadores económicos, entre las que se localizan las Uniones Temporales de Empresas, a tener una forma jurídica para presentar una oferta, sin perjuicio de que los documentos aclaren como deben cumplir los requisitos económicos, financieros, técnicos y profesionales. Además, y por ser contrario al TFUE, por aplicación del principio de no discriminación e igualdad de trato no se podrán reservar contratos públicos a sociedades en las que el Estado tenga una participación mayoritaria.

Ya incluso antes de la aprobación de esta Directiva, y aunque las concesiones de servicios estuvieran excluidas del ámbito de aplicación de las Directivas de Contratación, estos principios, en particular el de transparencia y no discriminación, les eran de aplicación. Así lo afirma la Sentencia de 7 de diciembre de 2000 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus

---

<sup>174</sup> Esta libertad de elección del modo de gestión está limitada en nuestro ordenamiento, entre otras por consideraciones económicas. S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo XIII. Contratos del sector público*. BOE, Madrid, 2018, págs. 106-109. ISBN 978-84-340-2496-0

<sup>175</sup> De acuerdo con el artículo 41 de la Directiva, no sólo los criterios de selección, sino que también los de adjudicación deberán basarse en estos tres principios, véase igualdad de trato, no discriminación y transparencia.



fundamentos jurídicos 60 y 62<sup>176</sup>:

***60 A este respecto procede señalar que, pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, tales contratos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38, las entidades contratantes que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad.***

**62 La obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.**

A los principios arriba mencionados (igualdad de trato, no discriminación y transparencia) se suman los de proporcionalidad, de integridad (que tiene su origen en el de buena administración) y de competencia<sup>177</sup>. Este último será el corolario de el principio de igualdad y del de no discriminación<sup>178</sup>.

Por otra parte, los Estados Miembros deberán asegurarse de que se toman las medidas adecuadas para luchar contra el fraude y la corrupción, previniendo y detectando a tiempo los conflictos de interés para eliminar de forma efectiva cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y la igualdad de trato de todos los candidatos y licitadores<sup>179</sup>. Véase en este sentido el artículo 35 de la Directiva, referido a la “*Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de interés*”, en el que también se menciona el principio de proporcionalidad porque “*las medidas adoptadas no irán más allá de lo estrictamente necesario para impedir posibles conflictos de interés o eliminar los conflictos detectados*”. Sin embargo la Directiva no plantea soluciones, ni posibles medidas correctivas, ni un sistema de denuncia<sup>180</sup>. Únicamente permite excluir a un operador económico de una

---

<sup>176</sup> STJUE de 7 de diciembre de 2000 (C-324/98 Telaustria) ECLI:EU:C:2000:669.

<sup>177</sup> M. E. LÓPEZ MORA, *Los contratos de concesión a la luz de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión: retos y novedades*. Atelier 2019, págs. 54-69. ISBN: 9788417466404

<sup>178</sup> Véase M.M. RAZQUIN LIZARRAGA, “Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”, RAP nº 196, 2015, págs. 97 y ss.

<sup>179</sup> El concepto de conflicto de interés se reconoce ya en el artículo 7.4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción firmada en Nueva York el 31 de octubre de 2003 y ratificada por España el 9 de junio de 2006, BOE nº 171 de 19 de julio de 2006. Págs. 27132 – 27153. BOE-A-2006-13012.

<sup>180</sup> Véase T. MEDINA ARNÁIZ, “Los conflictos de intereses llegan a las directivas sobre contratación pública” en libro col. *Observatorio de los contratos públicos 2013* (dir.) J. M. GIMENO FELIÚ, M. A. BERNAL BLAY, Civitas, Cizur Menor, 2014, págs. 292-302. ISBN: 9788490597064.

licitación “si un conflicto de intereses (...), no se puede subsanar con eficacia por ninguna otra medida menos intrusiva”<sup>181</sup>.

Dejando a un lado los principios que deben regir todas las fases del procedimiento, y no sólo su adjudicación, nos centraremos ahora en los conceptos de la Directiva. En particular en la definición de lo que es una concesión, que aparece por primera vez en el considerando 11:

*“Las concesiones **son contratos a título oneroso mediante los cuales uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios a uno o más operadores económicos. El objeto de dichos contratos es la contratación de obras o servicios mediante una concesión cuya contrapartida consiste en el derecho a explotar las obras o servicios, o este mismo derecho en conjunción con un pago. Estos contratos pueden conllevar o no la transferencia de la propiedad a los poderes o entidades adjudicadores, pero estos obtienen siempre los beneficios derivados de las obras o servicios.**”*

Es en su artículo 5 donde se recoge la mayor novedad de la Directiva, al distinguir las concesiones de obras y las de servicios<sup>182</sup>. Y digo verdadera novedad, porque como ya he dicho, hasta ahora no teníamos una definición “legal” de qué entender por concesión de servicios. Para identificarla era preciso acudir a la jurisprudencia del TJUE y a la Comunicación interpretativa de la comisión sobre las Concesiones en el Derecho Comunitario.

En su primer apartado define las concesiones de obras y las concesiones de servicios. Por analogía se utilizan los criterios de contratos públicos para distinguirlas. Es decir, si las obras en una concesión son meramente accesorias o se trata de explotar una obra ya construida, la concesión será de servicios, y viceversa.

*“a) «concesión de obras»: un 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;”*

Como vemos, lo único que diferencia a la concesión de obras del contrato de obras es la transferencia del riesgo operacional y el derecho de explotación como contrapartida.

---

<sup>181</sup> Véase el apartado 7, punto d) del artículo 38 referido a la selección y evaluación cualitativa de los candidatos.

<sup>182</sup> P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesiona: punto de partida y planteamientos de futuro” El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho nº. 74, 2018, págs. 52-61. ISSN 1889-0016.

“b) «concesión de servicios»: un 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<sup>183</sup>.”

La definición de las concesiones de servicios, que por primera vez quedan incluidas en el marco de las Directivas de Contratación, es de carácter negativo y por tanto muy amplio. Todo lo que no sean obras y sea concesión, será concesión de servicios.

Atendiendo a ambas definiciones, podríamos entender que la Directiva utiliza únicamente el criterio de la remuneración para distinguir entre un contrato o una concesión. A priori es este también el criterio mantenido por la jurisprudencia europea:

**“39 La diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación del servicio (véase en particular la sentencia de 10 de septiembre de 2009, WAZV Gotha, C-206/08, Rec. p. 10000, apartado 51). En un «contrato público de servicios» en el sentido de las Directivas 2004/18 y 2004/17, la contrapartida es pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador del servicio (véase en particular la sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. 1-8585, apartado 39). Existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho a explotar el servicio y el prestador del servicio asume el riesgo vinculado a la explotación del servicio de que se trate (véanse, en particular, la sentencia de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, C-437/07, apartados 29 y 31, y la sentencia WAZV Gotha, antes citada, apartados 59 y 68).<sup>184</sup>”**

Sin embargo, el concepto clave, como ya manifestamos en negrita, es la transferencia del riesgo al concesionario. Al respecto hay que tener en cuenta que, dentro de la jurisprudencia del TJUE, es preciso distinguir dos periodos<sup>185</sup>. Hasta los años 2007-2008, el criterio principal para distinguir una concesión de un contrato era la forma de remuneración<sup>186</sup>. Pero a partir de este año, el Tribunal introduce como decisivo el criterio de la transferencia del riesgo<sup>187</sup>.

---

<sup>183</sup> X. LAZO, “El contrato de concesión de servicios” en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo III. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2581 y ss. ISBN: 978-84-9169-926-2.

<sup>184</sup> STJUE de 15 de octubre de 2009 (C-196/08 Acoset SpA) ECLI:EU:C:2009:628.

<sup>185</sup> F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ. *La nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Aranzadi, Navarra 2018. ISBN: 978-84-9197-030-9. Véase en particular el Capítulo IV. La concesión de servicios en el derecho de la unión europea anterior a la directiva de 2014 y su recepción en España.

<sup>186</sup> Ejemplos de sentencias de este periodo son la STJUE de 13 de octubre de 2005 (C-458/03 Parking Brixen) ECLI:EU:C:2005:605 y la STJUE de 13 de noviembre de 2008 (C-324/07 Coditel Brabant S.A) ECLI:EU:C:2008:621.

<sup>187</sup> De este periodo podemos destacar la STJUE de 18 de julio de 2007 (C-382/05 Comisión-Italia) ECLI:EU:C:2007:445, la STJUE de 11 de junio de 2009 (C-300/07 Hans & Christophorus Oymanns GbR)

En esta línea se mantiene la STJUE de 10 de noviembre de 2011<sup>188</sup>:

*“41 De los conceptos de contrato público de servicios y de concesión de servicios, (...) se desprende que la diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación de servicios. Un contrato de servicios requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios, mientras que, en el caso de una concesión de servicios, la contrapartida de la prestación de servicios consiste en el derecho a explotar el servicio, bien únicamente, bien acompañado de un pago (...).*

*44 Si bien el modo de remuneración es uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate. La inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios (...).”*

La Directiva 23/2014/UE trata ya en el considerando 18 este tema clave:

*“la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la 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”.*

Es muy interesante la reflexión del considerando 19, porque nos aclara que en un sector en el que no exista el riesgo o este no sea transferible, no puede haber concesiones. Eso sí, si hay riesgo, por muy limitado que este sea, esta figura contractual sí tiene cabida. De hecho, en las conclusiones a la STJUE de 10 de noviembre de 2011 (C-348/10 Norma y Dekom) arriba mencionada, P. CRUZ VILLALÓN aclara que:

*“50. En fin, el riesgo asumido por el prestador del servicio para que nos encontremos ante una concesión no tiene por qué ser un riesgo «considerable en términos absolutos», sino únicamente una «parte significativa», al menos, del riesgo que en todo caso asumiría el propio adjudicador si prestara él mismo el servicio en cuestión.*

*51. En efecto, el Tribunal de Justicia ha advertido de que en los supuestos en que la configuración jurídico pública de la explotación económica y financiera del servicio reduzca a un mínimo los riesgos económicos, debe seguir siendo posible que las entidades adjudicadoras garanticen la prestación del servicio mediante una concesión si consideran que esa figura contractual es la más idónea para garantizar el servicio público. Por ello, sería absurdo exigir que se crearan condiciones de riesgo económico superiores a las existentes en el sector por obra de la normativa aplicable al mismo, con el solo propósito de disponer de un volumen suficiente de riesgo transferible para justificar la calificación*

---

ECLI:EU:C:2009:358 y la STJUE de 10 de marzo de 2011 (C-274/09 Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler) ECLI:EU:C:2011:130.

<sup>188</sup> STJUE de 10 de noviembre de 2011 (C-348/10 Norma y Dekom) ECLI:EU:C:2011:721.

***jurídica del contrato público como una concesión de servicios (...). Lo determinante es, por el contrario, que haya una transferencia significativa del riesgo inherente a la explotación del servicio, cualquiera que sea ese riesgo en absoluto, es decir, en sí mismo considerado.***<sup>189</sup>”

Y para eliminar cualquier atisbo de duda, en los siguientes considerandos aclara que es lo que no puede entenderse como transferencia de riesgo operacional y por tanto no se incluye en este concepto de concesión: la financiación de una actividad, en particular mediante subvenciones; las autorizaciones automáticas y regladas para realizar una determinada actividad a los operadores que cumplan unas determinadas condiciones; las licencias (que por lo general se conceden a petición del operador económico y no por iniciativa del poder adjudicador); las concesiones de bienes de dominio público y las servidumbres de paso y los contratos sin transferencias de riesgos al operador económico, en los que este obtiene su remuneración mediante tarifa fijada.

De nuevo en la Directiva de Concesiones, el apartado 1 del artículo 5 *in fine* explica en qué consiste esta transferencia del riesgo operacional: El concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes de explotación. Supone su exposición a los riesgos de mercado<sup>190</sup>.

Y añadimos nosotros, la exposición a los riesgos “normales” de mercado, porque esta transferencia de riesgo operacional no supone que dentro de la prestación sujeta al principio de

---

<sup>189</sup> En este mismo sentido se había manifestado previamente la STJUE de 10 de septiembre de 2009 (C-206/08 Gotha vs. Eurawasser). ECLI:EU:C:2009:540

***“72 Es corriente que algunos sectores de actividad, en particular en los sectores relativos a actividades de utilidad pública, como es el caso del suministro de agua y de la evacuación de aguas residuales, sean objeto de una reglamentación que puede tener como resultado limitar los riesgos económicos que se corren. (...)***

***74 Por otro, debe seguir siendo posible que las entidades adjudicadoras, actuando de buena fe, garanticen la prestación de servicios mediante una concesión, si consideran que se trata de la mejor manera de garantizar el servicio público de que se trata, incluso si el riesgo derivado de la explotación es muy limitado.***

***75 Además, no sería razonable pedir a la autoridad pública concedente que cree condiciones de competencia y de riesgo económico superiores a las que existen en el sector en cuestión debido a la normativa aplicable al mismo.***

***76 En tales circunstancias, dado que la entidad adjudicadora no tiene influencia alguna en la configuración jurídico pública del servicio, es imposible que introduzca y, por consiguiente, transfiera, factores de riesgo que quedan excluidos por dicha configuración.***

***77 En todo caso, incluso si el riesgo que corre la entidad adjudicadora es muy limitado, es necesario que transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación que corre para que se considere que existe una concesión de servicios.”***

<sup>190</sup> Definición que deriva directamente de la jurisprudencia europea, en particular la STJUE (C-274/09 Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler) ECLI:EU:C:2011:130.

riesgo y ventura, el concesionario se vea obligado a soportar lo imprevisible. En los contratos de concesiones, a este principio se le opone el de equilibrio económico del contrato, como veremos en el epígrafe **3. Principio de Riesgo y Ventura vs. Principio de equilibrio del contrato** del **CAPÍTULO IV: LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO.**

Dos rasgos más nos pueden ayudar a distinguir las concesiones de los contratos:

En primer lugar, si atendemos al concepto “tradicional” de concesiones, podemos distinguir tres actores principales: la administración concedente, el concesionario y los usuarios (incluimos aquí el caso en que la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la demanda o del suministro de esos bienes o servicios aunque la remuneración proceda exclusivamente del poder adjudicador, lo que se conoce como peaje en sombra); mientras que en los contratos, la relación es exclusivamente entre entidad concedente y concesionario.

Decimos concepto “tradicional” porque con la actual concepción del riesgo operacional se puede entender como concesión aquel negocio en el que sólo participa la Administración concedente y el concesionario (aunque pueda haber unos terceros *beneficiarios indirectos*), siempre que se traslade este riesgo (en concreto el de disponibilidad según el SEC 2010 o el de oferta según la Directiva 2014/23/UE).

En segundo lugar, la forma de remuneración es clave para diferenciar las concesiones de los contratos, ya que en las primeras consiste en la explotación de la infraestructura o del servicio. Explotación que puede ir acompañada de un precio, siempre que esto no suponga la eliminación del riesgo operacional, como sería por ejemplo el caso de los precios sociales o las aportaciones en especie.

En este sentido, el apartado 2 del artículo 30 del Código italiano de 2006, ya derogado por el de 2016 que traspone las Directivas de cuarta generación definía muy claramente el precio en las concesiones de servicio:

*“En la concesión de servicios, la contraprestación a favor del concesionario consiste únicamente en el derecho a gestionar y explotar el servicio. El poder adjudicador concedente también establece un precio en el momento de la licitación, si el concesionario debe cobrar a los usuarios precios inferiores a la suma del coste del servicio y del beneficio comercial ordinario, o si es necesario para garantizar al concesionario el equilibrio económico-financiero*

**de las inversiones y de la gestión en relación con la calidad del servicio que se prestará<sup>191</sup>”**

Nos interesa también en este primer apartado del epígrafe **1. Objeto, ámbito de aplicación, principios generales y definiciones**, el ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas. El apartado 2 del artículo 1 incluye en este, tanto a poderes adjudicadores, como a entidades adjudicadoras<sup>192</sup>.

Es ya el artículo 6 el que nos aclara qué se considera Poder Adjudicador a efectos de la Directiva, dando a continuación una definición bastante exhaustiva de que todos ellos: *“el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de tales autoridades u organismos de Derecho público distintos de aquellos que desarrollen alguna de las actividades recogidas en el anexo II (porque entonces serían entidades adjudicadoras y no poderes adjudicadores) y adjudiquen una concesión para la realización de una de esas actividades”*.

Nos detendremos un momento sobre el concepto de organismo de derecho público, que como tal tendrá personalidad jurídica, no podrá tener ánimo de lucro ni operar en condiciones normales de mercado, sino que se orientará a satisfacer necesidades de interés general<sup>193</sup>. Además deberá cumplir con los requisitos de influencia dominante. O bien estará financiado en su mayor parte (es decir, más del 50%) por el Estado, por autoridades regionales o locales, o por otros organismos de Derecho público; o bien estará sujeto en su actividad a su supervisión

---

<sup>191</sup> Traducido F. FRACCHIA, “Concessione amministrativa” en libro col. *Annali I. Enciclopedia del diritto*. (dir.) A. FALZEA, P. GROSSI, E. CHELI, R. COSTI. Editorial Giuffrè Editore, 2008, págs. 250-277. *“Nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio. Il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare.”*

<sup>192</sup> En este segundo caso, únicamente si las concesiones de obra o servicios se encuadran dentro de las actividades del ANEXO II: gas y calefacción; electricidad; actividades de puesta a disposición o explotación de redes que presten un servicio público en el campo del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable; actividades relativas a la explotación de una zona geográfica a fin de facilitar instalaciones aeroportuarias o portuarias marítimas o interiores u otras instalaciones propias de un terminal a transportistas por vía aérea, marítima o por rutas de navegación interior; actividades relativas a la prestación de servicios postales y actividades relativas a la explotación de una zona geográfica con vistas a la extracción de petróleo o gas o la prospección o extracción de carbón u otros combustibles sólidos.

<sup>193</sup> Para profundizar en el concepto véanse las sentencias del TJUE. En particular, la STJCE de 10 de noviembre de 1998 (C-360/96 BFI Holding BV) ECLI:EU:C:1998:525; la STJUE de 12 de diciembre de 2002 (C-470/99 Universale-Bau) ECLI:EU:C:2002:746; la STJUE de 16 de octubre de 2003 (C-283/00 SEIEP.S.A) ECLI:EU:C:2003:544 y la STJUE de 13 de enero de 2005 (C-84/03 Comisión-España) ECLI:EU:C:2005:14, entre otras.

(control de la gestión), o bien más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, dirección o supervisión serán nombrados por ellos (control orgánico del organismo).

El artículo 7 se dedica a la entidades adjudicadoras, que son *“las entidades que desarrollan una actividad recogida en el anexo II y adjudican una concesión para la realización de una de esas actividades”* y entre las que se encuentran las *“autoridades estatales, regionales o locales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por una o varios de tales autoridades u organismos de Derecho público”* y *“las empresas públicas”*.

Estas últimas son aquellas sobre las que los poderes adjudicadores definidos en el artículo 6 pueden ejercer una influencia dominante, con independencia de la forma jurídica. Es decir, si *“de manera directa o indirecta: a) estén en posesión de la mayoría del capital suscrito de la empresa; b) dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa; c) puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de supervisión de la empresa”*.

También se incluyen las entidades que tienen derechos especiales o exclusivos concedidas por las autoridades competentes para el ejercicio de una de las actividades del anexo II, siempre que no se encuentren en ninguna de las categorías anteriores y que no se les hayan otorgado dichos derechos mediante un procedimiento competitivo y sometido a publicidad.

## **1.2. Disposiciones generales**

La Directiva dedica los artículo 18 y siguientes a aclarar el marco jurídico básico de las concesiones, de cara a armonizar este contrato a nivel europeo.

En primer lugar se dedica al tema de la duración de la concesión, de mucha importancia, ya que una de las mayores dificultades para valorar una concesión es su horizonte temporal a largo plazo, lo que incide directamente en la seguridad jurídica y el fomento de las inversiones del sector privado.

Un plazo excesivo, además de cerrar el mercado y restringir la competencia, puede llegar a considerarse ayuda estatal ilegal incompatible con el artículo 107 del TFUE. La duración debe ser la precisa para permitir al concesionario recuperar las inversiones (todas las realizadas, incluidas las del periodo de explotación) y obtener un beneficio en condiciones normales de explotación. Es decir, se debe fijar de manera que garantice la amortización de las inversiones y una remuneración razonable de los capitales invertidos.

Como vemos, la duración, que debería derivarse del estudio de viabilidad de la concesión, está directamente relacionada con el TIR de la misma. Cuánto más alto sea el TIR, menor será el



plazo para recuperar las inversiones y menos tiempo estará el mercado cerrado a la competencia, y viceversa. Si junto a la explotación se considera el pago de un precio, el plazo de duración debería reducirse en consecuencia. Por eso mismo, en el caso de que el poder adjudicador quiera otorgar la concesión por un tiempo menor al necesario para recuperar la inversión y obtener el beneficio normal, podrá hacerlo compensando al concesionario, siempre que esa compensación no elimine el riesgo operacional, ya que entonces nos encontraríamos ante la figura del contrato.

La Directiva 2014/23/UE recoge como novedad un plazo máximo de cinco años de concesión, a partir del cual habrá de justificarse que el periodo de tiempo más amplio es necesario para que el concesionario recupere las inversiones, además de un beneficio sobre el capital invertido. Para ello se tendrán en cuenta las exigencias del contrato en cuanto a calidad, precio al usuario final, etc<sup>194</sup>.

Esta duración, de la que debe quedar constancia en los documentos de licitación de la concesión (a no ser que sea un criterio de adjudicación), debe incluir todas las inversiones, entendiendo por ello tanto las iniciales como las posteriores. Es decir, todos los desembolsos precisos para explotar la concesión. A modo de ejemplo se considerarían, además de los gastos de infraestructura y los desembolsos iniciales, los posibles derechos de propiedad intelectual, logística, formación del personal y contratación.

En resumen, la fijación de este plazo máximo, además de que fue uno de los aspectos más discutidos (en especial por los operadores económicos) de la propuesta de Directiva, pretende evitar un cierre de mercado, que no estará justificado si no es por la viabilidad de la inversión realizada por el concesionario<sup>195</sup>.

Sin embargo, no podemos menos que sumarnos a la crítica de M. LÓPEZ MORA en cuanto a la gran cantidad de conceptos indeterminados a los que hace referencia la Directiva para determinar la duración de la concesión, lo que conducirá a una inseguridad jurídica que sólo podrá ser subsanada mediante los pronunciamientos del TJUE e instrumentos de *soft law*<sup>196</sup>.

De ahí que consideremos que puede resultar clarificador, como ejemplo de cálculo del plazo de recuperación de la inversión, el *Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se*

---

<sup>194</sup> Véase el Considerando 52 de la Directiva 2014/23/UE.

<sup>195</sup> Véase el artículo 18 Directiva 2014/23/UE.

<sup>196</sup> M.E. LÓPEZ MORA, *Los contratos de concesión a la luz de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión: retos y novedades*. Atelier 2019, pág. 188. ISBN: 9788417466404

desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española que afirma en el apartado primero de su artículo 10 que<sup>197</sup>:

**“Se entiende por período de recuperación de la inversión del contrato aquél en el que previsiblemente puedan recuperarse las inversiones realizadas para la correcta ejecución de las obligaciones previstas en el contrato, incluidas las exigencias de calidad y precio para los usuarios, en su caso, y se permita al contratista la obtención de un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación.**

*La determinación del período de recuperación de la inversión del contrato **deberá basarse en parámetros objetivos**, en función de la naturaleza concreta del objeto del contrato. Las estimaciones **deberán realizarse sobre la base de predicciones razonables** y, siempre que resulte posible, basadas en fuentes estadísticas oficiales”.*

Además de una definición, el Real Decreto 55/2017 de 3 de febrero nos da una fórmula para calcular el periodo de recuperación de la inversión:

$$\sum_{t=0}^n \frac{FC_t}{(1+b)^t} \geq 0$$

En donde:

**FC** son los Flujos de Caja esperados cada año y que suponen el sumatorio de la diferencia entre los cobros (sería la remuneración por la explotación que puede venir tanto de la Administración concedente – concesión fría; como del usuario final –concesión caliente) y los pagos de la explotación, así como la diferencia entre los cobros y los pagos de las inversiones (activos no corrientes, inmovilizado intangible, inmuebles, etc... todo lo necesario para poner en marcha la concesión). Esta FC no incluye las diferencias en la financiación, que sí sería interesante incluir en concesiones.

**t** es el número de años (enteros)

**b** es la tasa de descuento, cuyo valor será el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del Estado a diez años en los últimos seis meses incrementado en un diferencial de 200 puntos básicos.

Por otra parte, como ya hemos dicho, el plazo necesario para recuperar las inversiones se deriva del estudio de viabilidad, donde son de gran importancia las previsiones. Estas previsiones

---

<sup>197</sup> Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española. BOE nº 30 de 4 de febrero de 2017. Págs. 8113 – 8126. BOE-A-2017-1150.

deben ser realistas, porque si no nos encontraremos con infraestructuras y servicios poco rentables, que pueden llevar a la bancarrota del concesionario y a una terminación anticipada de la concesión, lo que supone que será la Administración la que se tendrá que hacer cargo de la misma, con la consolidación contable que lo supone.

Además, en determinados casos, si se produce una alteración de las condiciones pactadas o de las previsiones por causas imprevisibles, alterando el principio de equivalencia de las prestaciones, será necesario acudir a la técnica de reequilibrio del contrato (que estudiaremos en el epígrafe **4. Principio de riesgo y ventura vs. Principio de equilibrio del contrato** del **CAPÍTULO IV: LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO**), que permite modificar el contrato en determinadas circunstancias tasadas.

La nueva LCSP supone un gran cambio respecto a la regulación del TRLCSP porque la aplicación de este principio junto a la Responsabilidad Patrimonial de la Administración (RPA) en caso de terminación anticipada de la concesión, fuera el motivo imputable o no a la Administración, configuraban una especie de “seguro a todo riesgo” del concesionario, lo que ya no sucede en el nuevo texto<sup>198</sup>.

Constatamos así que la duración de la concesión es uno de los elementos clave en el equilibrio económico del contrato y su correcta fijación evitará que sean necesarias modificaciones posteriores de las condiciones de la concesión que puedan falsear la competencia y que impidan llevar a buen puerto el principio de eficiencia en la contratación pública y el derecho a una buena administración.

El objetivo final es el equilibrio de todas las partes del contrato, que permite a los órganos de contratación conseguir las inversiones necesarias para sus grandes infraestructuras y servicios, a través de una utilización eficiente de los recursos.

Cerrando este apartado, nos parecen muy oportunas las palabras de J.M GIMENO FELIÚ: *“Los plazos son, lógicamente, importantes y deben ser cumplidos. Solo así se da estabilidad jurídica a un modelo donde los “riesgos” se penalizan con financiación más costosa (o ausencia de financiación, que impide abordar ciertos proyectos de indudable interés general)”*<sup>199</sup>.

---

<sup>198</sup> Responsabilidad que no hay que confundir con la responsabilidad extracontractual de la Administración y que se regula en la *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público* y en la *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*.

<sup>199</sup> J. M. GIMENO FELIÚ, “El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la Contratación Pública. Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las Directivas por el Estado español”, *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional/ Working Papers on European Law and Regional*

A continuación la Directiva se dedica a los servicios sociales y otros específicos, tema que trataremos en el apartado de exclusiones, ya que sólo aplican ciertas reglas y principios.

En tercer lugar hace referencia al complejo tema de las concesiones mixtas, en el que sigue el criterio de los contratos<sup>200</sup>. Es decir, cuando su objeto sean obras y servicios la normativa de aplicación se hace depender del objeto principal del contrato, regla general que establecía ya la Directiva 2004/18/CE<sup>201</sup>.

Sin embargo, si la concesión mixta consiste en servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo IV y en parte en otros servicios, el objeto principal se determinará en función de cuál de los valores estimados de los respectivos servicios es el más alto<sup>202</sup>. Lo mismo ocurre en el caso de las concesiones mixtas de servicios y de suministro.

Cuando la concesión mixta lo sea por contener aspectos relativos a la defensa y la seguridad presenta especificidades en las que no abundaremos. Baste decir que, si el Poder Adjudicador decide adjudicar un solo contrato podrá llevarlo a cabo sin aplicar la Directiva 2014/23/UE (en caso de encontrarse en el ámbito del artículo 346 del TFUE o de la Directiva 2009/81/CE sobre concesiones en los ámbitos de la defensa y de la seguridad <sup>203</sup>), justificando

---

Integration. WP IDEIR (Universidad Complutense) nº 30, 2016. Cátedra Jean Monnet (Prof. Ricardo Alonso García).

<sup>200</sup> X. LAZO, “El contrato de concesión de servicios” en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo III. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2586-2587. ISBN: 978-84-9169-926-2

<sup>201</sup> Véase X. LAZO VITORIA, “La fusión de prestaciones de distinta clase en un único contrato. Estado de la cuestión y Nuevo régimen jurídico establecido por las directivas de contratación pública de 2014” en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2015* (dir.) J. M. GIMENO FELIÚ, Civitas, Cizur Menor, 2016, págs. 229-236. ISBN: 978-84-9135-286-0

<sup>202</sup> De modo no exhaustivo: servicios sanitarios, sociales y afines; servicios administrativos, sociales, educativos, sanitarios y culturales; servicios de seguridad social de afiliación obligatoria; servicios de prestaciones; otros servicios comunitarios, sociales y personales, incluidos los prestados por sindicatos, organizaciones políticas, asociaciones juveniles y demás servicios de organización de afiliaciones; servicios religiosos; servicios de hostelería y restauración; servicios jurídicos y servicios relacionados con las prisiones, servicios de seguridad pública y servicios de salvamento, con las exclusiones de aplicación que comentaremos a continuación; otros servicios administrativos y gubernamentales; prestación de servicios para la comunidad; servicios de investigación y seguridad; servicios postales; servicios diversos y servicios internacionales, etc.

<sup>203</sup> *Artículo 346 (antiguo artículo 296 TCE):*

1. Las disposiciones de los Tratados no obstarán a las normas siguientes:

a) ningún Estado miembro estará obligado a facilitar información cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad;

que es más idóneo por razones objetivas y que no es un medio para excluir los contratos de su aplicación.

Como en contratos, la determinación de si se pueden o no separar se hará caso por caso, atendiendo a la jurisprudencia del TJUE y a pruebas objetivas (de carácter tanto técnico como económico) que justifiquen la idoneidad de celebrar un único contrato. Es decir, es importante detectar si se pueden separar las concesiones mixtas en varias por su objeto contractual, lo que será posible si éste es diferente. Pero el Poder Adjudicador podrá motivar la idoneidad de celebrar un único contrato<sup>204</sup>.

A esta casuística se asemejaría el caso en que una misma concesión incluya actividades con diferentes regímenes jurídicos. Las entidades adjudicadoras podrán decidir adjudicar contratos separados para cada actividad, o adjudicar un contrato único. Si se deciden por la primera opción, las normas aplicables dependerán de la actividad. Si se decantan por la segunda, el régimen jurídico aplicable a esta concesión será aquel de la actividad principal, que deberá determinarse también caso por caso.

### 1.3. Cálculo del valor estimado de una concesión

Según el artículo 8, la Directiva 23/2014 se aplicará a las concesiones que superen el importe armonizado<sup>205</sup>. La pregunta es cómo debe calcularse este valor.

Valorar el importe de estos contratos es especialmente difícil, debido a la incertidumbre que rodea a este tipo contractual a largo plazo y a los riesgos asociados. El considerando 23 propone que el método de cálculo se base en el volumen de negocios total de la empresa concesionaria en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión durante su duración, excluyendo el IVA.

El artículo 8 en su segundo apartado desarrolla esta idea. Será el volumen de negocios de la empresa concesionaria en contrapartida por las obras y servicios prestados, incluyendo los suministros necesarios y excluyendo el IVA. Según las circunstancias del contrato, este valor

---

*b) todo Estado miembro podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra; estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado interior respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares.*

*2. El Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, podrá introducir modificaciones en la lista, que estableció el 15 de abril de 1958, de los productos sujetos a las disposiciones de la letra b) del apartado 1.*

<sup>204</sup> La LCSP traspone, muy literalmente, esta regulación en su **artículo 18** sobre **Contratos mixtos**.

<sup>205</sup> Con las revisiones de umbrales que se llevan a cabo cada dos años, esta cuantía se va modificando.

estimado puede ser el válido en el momento de publicación del anuncio, el del momento en que se inicie el procedimiento adjudicador o el del momento de la concesión. En efecto, *“si el valor de la concesión en el momento de la adjudicación supera en más de un 20% su valor estimado, la estimación válida será el valor de la concesión en el momento de la adjudicación”*<sup>206</sup>.

Si la concesión se divide en lotes, su valor estimado será la suma de todos los lotes, y desde luego, los lotes no deben ser artificiosos o tener el fin fraudulento de evitar la aplicación de la Directiva.

Un pequeño inciso en cuanto a los lotes: si bien es cierto que esta técnica amplía el número de potenciales licitadores; también es cierto que si son pocos y de importe elevado, la propia competencia puede verse eliminada por los propios licitadores, si se ponen de acuerdo entre ellos para “adjudicarse” unos lotes determinados. Es lo que se conoce como *bid rotation, cover bidding, phantom bid, courtesy bidding* y la más conocida, *bid rigging*<sup>207</sup>. Es el mismo riesgo que se puede dar en el caso de las centrales de contratación<sup>208</sup>.

El apartado tres obliga a los poderes adjudicadores a tener en cuenta una serie de partidas como el valor de opciones y prórrogas de la concesión, rentas por pagos de tasas y multas, rentas por ventas de activos de la concesión, el valor de los suministros y servicios que los poderes adjudicadores pongan a disposición del concesionario para ejecutar las obras o prestar el servicio, así como las primas a los licitadores<sup>209</sup>.

---

<sup>206</sup> Como curiosidad, destacar que este es un caso excepcional respecto a lo dispuesto en el artículo 101.7 de la LCSP (copia del antiguo artículo 88.2 del TRLCSP y también dentro de las normas generales del contrato):

*7. La estimación deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, y estar referida al momento del envío del anuncio de licitación o, en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato.*

<sup>207</sup> M<sup>a</sup> C. DE GUERRERO MANSO, ““Rigging the bids”, el estudio que constata cómo los contratos públicos europeos se están volviendo menos competitivos y a menudo más corruptos”. Artículo de opinión en ObCP. 20.03.2017. Véase también A.M. LÓPEZ MIÑO, P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Colusión en la contratación pública (bid rigging): propuestas para combatirla eficazmente y posibilidades que ofrece la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública” en libro col. *Observatorio de los contratos públicos 2013* (dir.) J. M. GIMENO FELIÚ, M. A. BERNAL BLAY, Civitas, Cizur Menor, 2014, págs. 425-487. ISBN 9788490597064

<sup>208</sup> R. DE NICTOLIS. “Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà”, Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo nº 19, 2016. 5 de Octubre de 2017. ISSN 1826-3534. Véase en particular el dictamen del Consiglio di Stato: Cons. St., VI, 2.3.2004 n. 926.

<sup>209</sup> En España, el artículo 101.b) de la LCSP afirma que *“el órgano de contratación tomará el importe neto de la cifra de negocios, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, que según sus estimaciones, generará la empresa concesionaria durante la ejecución del mismo como contraprestación por las obras y los servicios objeto del contrato, así como de los suministros relacionados con estas obras y servicios”*. A lo que el apartado 3 del mismo artículo añade *“cuando proceda (...) a) La renta procedente del pago de tasas y multas por los usuarios de las obras o servicios, distintas de las recaudadas en nombre del poder*

El cálculo del valor estimado del contrato no es una cuestión menor, ya que es clave en la preparación del contrato, que influirá en el buen desarrollo y fin del mismo. En este sentido, el presupuesto de licitación, y consecuentemente el valor estimado deben basarse en los precios de mercado (lo que implica un buen conocimiento de éste).<sup>210</sup> El problema es que las estimaciones, como el propio término indica no son certezas y los estudios que se encuentran en un anteproyecto pueden ser divergentes respecto a un informe pericial de un licitador excluido<sup>211</sup>.

#### 1.4. Exclusiones

Hay una serie de sectores y ámbitos que no están incluidos en el ámbito de las Directivas, o que presentan rasgos específicos a tener en cuenta en su regulación<sup>212</sup>.

---

*adjudicador. b) Los pagos o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, concedidos al concesionario por el poder adjudicador o por cualquier otra autoridad pública, incluida la compensación por el cumplimiento de una obligación de servicio público y subvenciones a la inversión pública. c) El valor de los subsidios o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, procedentes de terceros a cambio de la ejecución de la concesión. d) El precio de la venta de cualquier activo que forme parte de la concesión. e) El valor de todos los suministros y servicios que el poder adjudicador ponga a disposición del concesionario, siempre que sean necesarios para la ejecución de las obras o la prestación de servicios". T. MOREO MARROIG, Capítulo XIV. Presupuesto base de licitación, valor estimado y precio del contrato. E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES, Tratado de Contratos del Sector Público. Tomo II. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 769. ISBN: 978-84-9169-926-2*

<sup>210</sup> Véase el artículo 87.1 del TRLCSP.

<sup>211</sup> A título de ejemplo véase el Acuerdo 51/2014, de 4 de septiembre de 2014, del TACPA, sobre la «Gestión y explotación del servicio municipal de transporte colectivo urbano de viajeros de la ciudad de Teruel, en su modalidad de concesión administrativa», por la que el Tribunal desestima la petición de nulidad del recurrente ya que: *“La estimación es siempre una valoración aproximada. Evaluar y cuantificar el futuro de los viajeros que tendrá un transporte público a lo largo de 10 años, y en consecuencia la cuantía de los ingresos que recibirá el concesionario de ese servicio, no es una cuestión que pertenezca al mundo de las ciencias exactas. La evolución, de los ingresos y gastos, en todo anteproyecto de explotación es una mera hipótesis; como también lo es la del informe pericial que sirve de base al recurso de quien reclama. De hecho las divergencias entre ambos estudios, radican en la distinta forma de calcular los datos históricos sobre los que se realiza la proyección”.*

Se desestima la petición porque la recurrente, que debía haber demostrado la inviabilidad del contrato basado en ese presupuesto de licitación, simplemente hace una previsión basándose en sus propios cálculos.

*Acuerdo 51/2014, de 4 de septiembre de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por AUTOBUSES TERUEL ZARAGOZA, S.A, frente al procedimiento de licitación denominado «Gestión y explotación del servicio municipal de transporte colectivo urbano de viajeros de la ciudad de Teruel, en su modalidad de concesión administrativa», promovido por el Ayuntamiento de Teruel. RE 088/2014.*

<sup>212</sup> F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La nueva Directiva de concesiones un largo viaje con final esperado”, Las nuevas directivas de contratación pública. Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo, 2015, págs. 199-211. ISBN 978-84-9098-454-3. Véase del mismo autor *La nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Aranzadi, Navarra 2018. ISBN: 978-84-9197-030-9. En particular el Capítulo V. La directiva de concesiones de 2014: la positivación del riesgo operacional.

En primer lugar nos encontramos con las concesiones de importe no armonizado, al considerarse que carecen de interés transfronterizo.

Ya dentro de los umbrales comunitarios, algunas de las causas de exclusión estaban ya fijadas en las Directivas de 2004, mientras que otras suponen una positivación de la jurisprudencia del TJUE. Finalmente, algunas se introdujeron por las presiones de los Estados Miembros que no querían un exceso regulatorio en determinados sectores.

Quedan así excluidos los sectores de la energía, los transportes y los servicios postales, con matices; el sector de la calefacción y la refrigeración, con matices; el sector del agua, en la puesta a disposición o explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable y su suministro; y las concesiones de proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje y de eliminación o tratamiento de aguas residuales, así como la eliminación o tratamiento de aguas residuales<sup>213</sup>. En cuanto al sector del agua, hay que hacer aquí varios apuntes.

En primer lugar, aunque se consideran SIEG, sus características intrínsecas y la configuración del acceso a los mismos como un derecho, los aproximan más a la categoría de SIG.

En segundo lugar, la exclusión no estaba prevista en el borrador de Directiva de 2011, sino que se introdujo posteriormente a raíz de las presiones de los Estados Miembros, que temían una potencial privatización encubierta de los servicios del agua<sup>214</sup>.

Como contrapartida a esta exclusión del sector del agua, el artículo 53 de la Directiva

---

<sup>213</sup> Siempre que se presten estos servicios con carácter integral. Es decir, no se excluiría el servicio de alcantarillado si se prestara por separado, por ejemplo. La exclusión se justificó mediante la Iniciativa Ciudadana Europea *“el agua es un Derecho Humano”* que argumenta que *“el agua es un bien común fundamental para todos los ciudadanos Europeos”* demostrado por el alto nivel de participación que tuvo la recogida de firmas en contra de la privatización de los servicios del agua (1,7 millones de votos de ciudadanos europeos de 26 Estados Miembros). Véase <http://www.right2water.eu/es> (consultado el 14/03/2017). Las protestas en contra de la inclusión del suministro de agua dentro del ámbito de aplicación de la Directiva se debían a que se consideraba un instrumento para su privatización encubierta. La Comisión y el Parlamento atendieron a los representantes de la iniciativa *Right2Water* en febrero de 2014 y en Marzo de 2014 se hizo pública la Comunicación de la Comisión relativa a la Iniciativa Ciudadana Europea *“El Derecho al agua y el saneamiento como derecho humano. ¡El agua no es un bien comercial sino un bien público!”*. COM (2014) 0177 final. La Comisión justifica la exclusión en el hecho de que la concesión de servicios de agua en cada país se ve sometida a complejas y muy diferentes regulaciones y en el derecho fundamental al agua como bien público de los ciudadanos de la UE.

<sup>214</sup> Véase en este sentido el considerando 40 de la Directiva: *“En el sector del agua, las concesiones están sujetas a menudo a mecanismos específicos y complejos que requieren una consideración especial debido a la importancia del agua como bien público de valor fundamental para todos los ciudadanos de la Unión. Las características especiales de dichos mecanismos justifican exclusiones en el sector del agua ámbito de aplicación de la presente Directiva”*.



obliga a la Comisión a entregar antes del 18 de abril de 2019 un informe sobre el impacto de esta exclusión en el mercado único<sup>215</sup>.

Asimismo, el ámbito de la defensa y la seguridad, que sería merecedor de un capítulo aparte, pero en el que no podemos extendernos en este breve comentario de la Directiva, puede estar sujeto o no al ámbito de la Directiva en función de que haya otra normativa aplicable, del tipo de servicio que sea objeto de concesión, de temas de secreto de Estado, etc.

Se excluyen también la explotación de redes públicas de comunicación, así como los servicios de comunicaciones electrónicas<sup>216</sup>. Esta exclusión sigue la línea ya trazada por la *Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios* en su artículo 13, referido a exclusiones específicas en el ámbito de las telecomunicaciones. El motivo es que estos sectores, al ser liberalizados, se someten ya a una competencia efectiva, por lo que no está justificada su inclusión<sup>217</sup>.

Como decimos, quedan también excluidas las concesiones cuando quede acreditado que la actividad está directamente sometida a la competencia, que atendiendo al considerando 41 es necesario completar con las previsiones de la Directiva 25/2014/UE<sup>218</sup>. En concreto con los considerandos 44 y 45:

*“(44) La exposición directa a la competencia debe **evaluarse con arreglo a criterios objetivos, tomando en consideración las características específicas del sector o de las partes del sector afectadas.** (...) La evaluación de la exposición directa a la competencia que puede efectuarse en el contexto de la presente Directiva debe entenderse, por tanto, sin perjuicio de la aplicación plena del Derecho de competencia.*

---

<sup>215</sup> F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La nueva Directiva de concesiones un largo viaje con final esperado”, Las nuevas directivas de contratación pública. Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo, 2015, págs. 201-202. ISBN 978-84-9098-454-3. Véase del mismo autor *La nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Aranzadi, Navarra 2018. ISBN: 978-84-9197-030-9. En particular el Capítulo V. La directiva de concesiones de 2014: la positivación del riesgo operacional.

<sup>216</sup> La gran mayoría de estos sectores se encuentran regulados en los artículos 7 a 14 de la *Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE*.

<sup>217</sup> M. E. LÓPEZ MORA, *Los contratos de concesión a la luz de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión: retos y novedades*. Atelier 2019, págs. 105-107. ISBN: 9788417466404

<sup>218</sup> Véase el artículo 16 de la Directiva 2014/23/UE.

(45) La evaluación de si un sector determinado, o partes de un sector, están directamente expuestas a la competencia deberá realizarse con relación a la zona específica en la que los agentes económicos pertinentes llevan a cabo la actividad o las partes de que se trate, el denominado **«mercado geográfico de referencia»**. Dado que este concepto es fundamental para la evaluación, se le debe dar una definición adecuada basada en los conceptos existentes en el Derecho de la Unión. Procede aclarar además que el mercado geográfico de referencia puede no coincidir con el territorio del Estado miembro de que se trate; por consiguiente, ha de ser posible limitar las decisiones relativas a la aplicabilidad de la exención a partes del territorio del Estado miembro de que se trate.”

El artículo 34 de la misma Directiva aclara qué debe entenderse por mercado geográfico de referencia:

*“(…) para determinar si una actividad está sometida directamente a la competencia, se utilizarán criterios que sean conformes con las disposiciones del TFUE en materia de competencia, entre ellos las características de los bienes o servicios de que se trate, la existencia de productos o servicios alternativos considerados sustituibles en el lado de la oferta o en el de la demanda, los precios y la presencia real o potencial de más de un proveedor de los productos o servicios de que se trate.*

*El mercado geográfico de referencia, en el cual se basará la evaluación de la exposición directa a la competencia, estará constituido por el territorio en el que las empresas afectadas intervienen en la oferta y la demanda de bienes o servicios, en el que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de los territorios vecinos, en particular porque las condiciones de competencia son notablemente diferentes de las de dichos territorios. Esta evaluación tendrá en cuenta, en particular, la naturaleza y las características de los productos y servicios de que se trate, la existencia de barreras a la entrada, las preferencias de los consumidores, así como la existencia, entre el territorio considerado y los territorios vecinos, de diferencias significativas en las cuotas de mercado de las empresas o de diferencias de precio sustanciales”.*

Por su parte, el artículo 35 explica la solicitud que debe hacer el Estado miembro ante la Comisión para que se excluya la aplicación de la Directiva.

También hay materias que no están incluidas en el ámbito de las Directivas, o bien lo están bajo ciertas condiciones<sup>219</sup>. Por ejemplo cuando un poder adjudicador sea la única fuente de un servicio para cuya prestación goza de un derecho exclusivo con arreglo a normativa compatible

---

<sup>219</sup> Véase el Considerando 32 de la Directiva 2014/23/UE.

con el TFUE, podrá adjudicar concesiones sin que se aplique la Directiva<sup>220</sup>.

Quedan también excluidas las concesiones de servicios adjudicadas a un operador económico que tiene un derecho exclusivo para prestar, a título de ejemplo y de modo no exhaustivo, servicios o suministros de gas, calefacción y/o electricidad; servicios públicos de transporte de viajeros en el sentido del Reglamento (CE) Nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007 sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera; servicios de transporte aéreo; instalaciones aeroportuarias o portuarias marítimas; servicios postales y la extracción de petróleo, gas, carbón y otros combustibles sólidos, etc, en virtud de disposiciones nacionales conformes al TFUE y a actos de la Unión que establecen normas comunes sobre acceso al mercado aplicables a estas actividades<sup>221</sup>. Esto se justifica en que la concesión de estos derechos exclusivos imposibilita un procedimiento de adjudicación competitivo, pero no obsta a que sea exigible anunciar la adjudicación de la concesión. Además, el Estado Miembro que conceda un derecho exclusivo deberá informar puntualmente a la Comisión.

Lo que ocurre es que nos encontramos ante concesiones aparentes, ya que el Estado, poder adjudicador o entidad adjudicadora establece únicamente sus condiciones generales de utilización, sin contratar obras o servicios específicos. El considerando 15 de la Directiva aclara que:

***“Tampoco deben considerarse concesiones a efectos de la presente Directiva determinados acuerdos cuyo objeto es el derecho de un operador económico a explotar determinados parajes o recursos de carácter público, con arreglo al Derecho privado o público, como es el caso de terrenos o cualquier propiedad pública, especialmente en el sector de los puertos marítimos e interiores o aeroportuario, en los que el Estado, poder adjudicador o entidad adjudicadora establece únicamente sus condiciones generales de utilización, sin contratar obras o servicios específicos.”***

Así, están también excluidas las concesiones de servicios de adquisición o arrendamiento

---

<sup>220</sup> Véase el Artículo 10 de la Directiva 2014/23/UE, que en su segundo párrafo permite regular diferentes regímenes sectoriales de concesiones no sujetos a la Directiva. De hecho, en opinión de J.PERDIGÓ SOLÀ, este apartado permitiría la no trasposición de la Directiva en España, ya que la adjudicación de concesiones, incluidas las de servicios (aun con el nombre de contrato de gestión de servicios públicos) se someten ya a licitación previa con las notas de publicidad, transparencia e igualdad. En “El agua, los servicios de interés general y la Directiva de Concesiones” en libro col. *Servicios de Interés General Colaboración Público-Privada y sectores específicos*, (dir.) V. PARISIO, V. AGUADO I CUDOLÀ, B. NOGUERA DE LA MUELA. Tirant lo Blanch. Valencia 2016. G. Giappichelli Editore. Torino 2016. Págs. 301-336.

<sup>221</sup> Véase el Considerando 33.

de terrenos públicos y bienes inmuebles porque el Estado o poder adjudicador establece sus condiciones generales de utilización, sin contratar obras o servicios específicos. Por tanto, no es la consideración del bien como demanial lo que lleva a la exclusión de la aplicación de la Directiva, sino el establecimiento de condiciones generales de utilización, sin contratar obras o servicios específicos.

*“Tal es el caso, normalmente, de los contratos de arrendamiento de bienes o de tierras de dominio público, que en general contienen condiciones sobre la toma de posesión del arrendatario, el uso al que debe destinarse el bien, las obligaciones del propietario y del arrendatario por cuanto se refiere al mantenimiento del bien, la duración del contrato de arrendamiento y la devolución de la posesión al propietario, la cuantía del alquiler y los gastos accesorios que debe abonar el arrendatario.”*

Por este mismo argumento se justifica la exclusión de las concesiones relativas a la explotación de loterías adjudicadas a un operador económico en virtud de un derecho exclusivo<sup>222</sup>. A este argumento se enlaza que, por motivos de orden público y social, los Estados Miembros deben tener libertad para regular a nivel nacional el sector de los juegos de azar.

Por otro lado se excepciona del ámbito de aplicación la prestación de determinados servicios de emergencia (defensa y protección civil y prevención de riesgos) prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro, lo que no obsta a la inclusión expresa de los servicios de transporte de pacientes en ambulancia, aunque con régimen simplificado si se dan determinadas características<sup>223</sup>. En este sentido ya la STJUE de 24 de septiembre de 1998 (C-

---

<sup>222</sup> Véase el Considerando 35.

<sup>223</sup> Considerando 36: *“La presente Directiva no debe aplicarse a determinados servicios de emergencia prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro, ya que sería difícil preservar la especial naturaleza de estas organizaciones en el caso de que los prestadores de servicios tuvieran que elegirse con arreglo a los procedimientos establecidos en la presente Directiva.*

***Con todo, la exclusión no debe ampliarse más allá de lo estrictamente necesario; por ello, es preciso establecer explícitamente que los servicios de transporte de pacientes en ambulancia no deben excluirse. En este contexto, resulta aún más necesario aclarar que el grupo CPV 601, «Servicios de transporte terrestre», no incluye los servicios de ambulancia, que están incluidos en la clase CPV 8514. Por tanto, debe aclararse que los servicios englobados en el código CPV 85143000-3, que consisten exclusivamente en servicios de transporte de pacientes en ambulancia han de quedar sujetos al régimen especial establecido para servicios sociales y otros servicios específicos («el régimen simplificado»). Así pues, los contratos mixtos de concesión para la prestación de servicios de ambulancia en general quedarían también sujetos al régimen simplificado si el valor de los servicios de transporte de pacientes en ambulancia fuera superior al de otros servicios de ambulancia.”***

En este sentido la STJUE de 21 de marzo de 2019 determina en qué casos los transportes de pacientes en ambulancia quedan excluidos. En primer lugar, se comprenderán en los códigos CPV 75251120-7 (servicios de socorro) y CPV 85143000-3 (servicios de ambulancia). En segundo lugar, el transporte lo efectúa personal con formación en primeros auxilios. Además, la salud del paciente puede empeorar durante el trayecto. Por último, y no menos importante, las asociaciones asistenciales que prestan el

76/97 Walter Tögel) se preguntaba si estos servicios de transporte de pacientes en ambulancia se encuadraban en la Directiva 92/50/CEE (Servicios sanitarios) y debían adjudicarse de acuerdo a sus disposiciones o si por el contrario, estaban excluidas de su ámbito de aplicación<sup>224</sup>. En las conclusiones, el abogado general NIAL FENNELLY afirma que<sup>225</sup>:

*“Los servicios contractuales controvertidos comprenden servicios que deben clasificarse entre los comprendidos en la categoría n° 25 del Anexo I B de la Directiva 92/50 (“Servicios sociales y de salud”) y otros servicios que deben clasificarse en la categoría n° 2 del Anexo I A (“Servicios de transporte por vía terrestre, incluidos servicios de furgones blindados y servicios de mensajería, excepto transporte de correo”). En consecuencia, el procedimiento de adjudicación debe determinarse de conformidad con el artículo 10 de la Directiva 92/50, basándose en los valores relativos de esas dos categorías de servicios de conformidad con el contrato en su totalidad.”*

Por otra parte, la STJUE de 29 de abril de 2010 (C-160/08 Comisión contra República de Alemania) en su considerando 92 recuerda que los servicios de transporte sanitario de urgencia o de transporte especial de enfermos, se incluyen a la vez en la categoría 2 o 3 del anexo I A de la Directiva 92/50 o del anexo II A de la Directiva 2004/18, y en la categoría 25 del anexo I B de la Directiva 92/50 o del anexo II B de la Directiva 2004/18, lo que supone que son servicios *no* excluidos de la aplicación de las Directivas de Contratación<sup>226</sup>. La justificación es que la excepción por ejercicio de poder permitida a tenor de los artículos 45 y 55 del CE debe interpretarse en sentido estricto, de manera que sólo se aplicaran estas disposiciones a actividades directamente relacionadas con el ejercicio de poder público. La no publicación de las licitaciones no estaba así justificada.

Vemos pues que la inclusión expresa de los servicios de transporte de pacientes en ambulancia es simplemente consecuencia de la jurisprudencia europea.

Siguiendo con la exclusiones, nos encontramos con la prestación de servicios de medios audiovisuales y de radiodifusión cuando se deban tener en cuenta aspectos de índole cultural o social que hagan inadecuada la aplicación de las normas relativas a la adjudicación de concesiones. Esta exclusión no se aplica al suministro del material técnico necesario para la

---

servicio no pueden tener un fin de lucro. (C-465/17 Falck Rettungsdienste GmbH) ECLI:EU:C:2019:234. Véase también I. GALLEGO CÓRCOLES, *Servicios de transporte de pacientes en ambulancia: ¿contratos sometidos a regulación armonizada?* STJUE de 21 de marzo de 2019 (rec. C-465/17). Artículo de opinión en ObCP. 25.03.2019.

<sup>224</sup> STJUE de 24 de septiembre de 1998 (C-76/97 Walter Tögel) ECLI:EU:C:1998:432.

<sup>225</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Nial Fennelly de 2 de abril de 1998 (C-76/97 Walter Tögel) ECLI:EU:C:1998:161.

<sup>226</sup> STJUE de 29 de abril de 2010 (C-160/08, Comisión contra República de Alemania) ECLI:EU:C:2010:230

producción, coproducción y radiodifusión de esos programas.

Asimismo, las relaciones meramente administrativas por las que una entidad (jurídica) actúa como servicio técnico para un poder adjudicador, al no ser contractual, queda fuera del marco de aplicación.

Los servicios de carácter social, sanitario o educativo están excluidos de la aplicación plena de la Directiva ya que presentan menor dimensión transfronteriza y tienen particularidades por las diferencias culturales entre países<sup>227</sup>. Por ello los Estados Miembros (y los poderes adjudicadores) tienen gran discrecionalidad a la hora de seleccionar a sus prestadores. En este sentido, el artículo 19 aclara que *“Las concesiones relativas a servicios sociales u otros servicios específicos recogidos en el anexo IV y que entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva se someterán únicamente a las obligaciones contempladas en el artículo 31, apartado 3 (obligación de los poderes y entidades adjudicadores que deseen adjudicar una concesión de servicios sociales u otros servicios específicos de los enumerados en el anexo IV de publicar un anuncio de información previa), y en los artículos 32 (obligación de anunciar la adjudicación de las concesiones, aunque en el caso de estos servicios sociales y otros servicios enumerados en el anexo IV se puedan agrupar trimestralmente), 46 y 47 (a fin de extender el sistema de recursos a las adjudicaciones de concesiones de servicios sociales)”*<sup>228</sup>.

Tampoco están sujetos a la aplicación de la Directiva los servicios de arbitraje y de conciliación; los servicios jurídicos de representación en arbitraje o procedimiento judicial, de asesoramiento, de certificación y autenticación notarial y los servicios prestados por administradores o tutores designados por el Estado o por ley.

Por último se excluyen los servicios que afecten, aun de forma tangencial, al ejercicio de

---

<sup>227</sup> Esta especialidad la contempla la vigente LCSP en su **Disposición adicional cuarenta y séptima. Principios aplicables a los contratos de concesión de servicios del anexo IV y a los contratos de servicios de carácter social, sanitario o educativo del anexo IV.** *“(…) los órganos de contratación velarán en todas sus fases por la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios; las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables; la implicación de los usuarios de los servicios; y la innovación en la prestación del servicio”.*

Asimismo, al establecer los criterios de adjudicación de los contratos a que se refiere esta disposición adicional, el órgano de contratación podrá referirlos a aspectos tales como: la experiencia del personal adscrito al contrato en la prestación de servicios dirigidos a sectores especialmente desfavorecidos o en la prestación de servicios de similar naturaleza en los términos establecidos en el artículo 145; la reinversión de los beneficios obtenidos en la mejora de los servicios que presta; el establecimiento de mecanismos de participación de los usuarios y de información y orientación de los mismos.

<sup>228</sup> Sobre servicios a las personas, M.A. BERNAL BLAY, “La contratación de los servicios a las personas” en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo III. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2841-2973. ISBN: 978-84-9169-926-2

poder público y los servicios financieros por los que se adquirieran o transmitan títulos o instrumentos financieros, los préstamos, los servicios de los bancos centrales y las operaciones efectuadas en el marco de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera y en el Mecanismo Europeo de Estabilidad<sup>229</sup>.

Hay determinados sujetos a los que no les es aplicable la normativa recogida en la Directiva de Concesiones. Así, en general a los partidos políticos, con la excepción de que en determinados Estados Miembros se consideren organismos de Derecho público. De hecho, el artículo 10.8.h excluye expresamente los *“servicios para campañas políticas, (...) cuando sean adjudicados por un partido político en el contexto de una campaña electoral”*. Por lo que a contrario podemos deducir que fuera de estos servicios durante la campaña, sí podemos considerar a los partidos políticos como poder adjudicador, sometidos a las Directivas de contratación.

Tampoco les resulta de aplicación a las empresas asociadas que proporcionan servicios a las entidades adjudicadoras de las que forman parte. Son empresas asociadas aquellas sobre las que la entidad adjudicadora ejerce, directa o indirectamente, una influencia dominante; o bien inversamente, cuando éstas empresas asociadas puedan ejercer una influencia dominante sobre la entidad adjudicadora. Una tercera opción sería el caso en que la empresa asociada, al igual que la entidad adjudicadora, está sometida a la influencia dominante de otra empresa por razón de propiedad o participación financiera o en virtud de las normas que la rigen.

Lo mismo ocurre cuando se adjudica una concesión a una empresa conjunta constituida por varias entidades adjudicadoras. No obstante para evitar distorsionar la competencia, la Directiva propone establecer límites máximos para otorgar este tipo de concesiones<sup>230</sup>. En particular que el 80% del promedio del volumen de negocios total de la empresa en servicios u obras se hayan destinado a la entidad adjudicadora o a otras empresas con las que esté asociada.

Tampoco están sujetas las concesiones a personas jurídicas controladas por el poder adjudicador, siempre que se cumplan las condiciones de control; control que podrá ser indirecto si es ejercido por una persona jurídica controlada por este primer poder adjudicador, y que no existe en cuanto hay participación, aunque sea minoritaria, de capital privado. La exclusión se justifica en la potestad autoorganizativa de la Administración y en que entre los entes existe una relación jurídica administrativa. La falta de autonomía del ente al que se hace el encargo lleva a

---

<sup>229</sup> Para más información véase FEEF: <https://www.esm.europa.eu/efsf-overview> y MEDE: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Aec0009>

<sup>230</sup> Véanse los artículos 13 y 14 de la Directiva 2014/23/UE

la inexistencia de relación contractual, por lo que no son de aplicación las Directivas de Contratación.

Sería el caso del “*in house providing*”, que son encargos directos a entes considerados medios propios del adjudicatario<sup>231</sup>. El artículo 17 de la Directiva recoge los criterios (concurrentes) que venían siendo aplicados por la jurisprudencia europea para detectar si nos encontramos ante un caso de persona jurídica controlada:

1. Que el poder adjudicador o entidad adjudicadora ejerza sobre la persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, lo que sucede cuando tiene una influencia decisiva en sus objetivos estratégicos y en sus decisiones fundamentales.
2. Que más del 80% de las actividades de la persona jurídica controlada se deban a encomiendas del poder adjudicador o entidad adjudicadora que la controla. La propuesta de Directiva era más restrictiva y su porcentaje era del 90%. La Directiva definitiva hace esta rebaja en 10 puntos porcentuales en base a las enmiendas 125 y 130 presentadas por la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor.
3. Que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, no sólo en la adjudicación sino durante toda la ejecución contractual. Y esto porque el propio TJUE entiende que la participación de una empresa privada introduce el ánimo de lucro en una actividad que debería orientarse únicamente al interés público, amén de que impide el control análogo al que ejerce la entidad adjudicadora sobre sus propios servicios. Por si esto fuera poco, una adjudicación sin ajustarse a las disposiciones de la Directiva daría una ventaja competitiva a este operador económico frente al resto de oferentes<sup>232</sup>. Esta exigencia evita así potenciales falseamientos de la competencia.

La Directiva no obstante da un giro inesperado al afirmar que *“dadas las características particulares de los órganos públicos con afiliación obligatoria, tales como las organizaciones encargadas de la gestión o la prestación de determinados servicios públicos, esto no se debe aplicar cuando la participación de determinados operadores económicos privados en el capital de la persona jurídica controlada es obligatoria en virtud de una disposición de la legislación nacional conforme a los Tratados, siempre que dicha participación no permita controlar ni bloquear a la persona jurídica controlada y no*

---

<sup>231</sup> La STJUE de 13 de octubre de 2005 (C-458/03 Parking Brixen) extendió la doctrina del “*in house providing*” a las concesiones de servicios públicos. (C-458/03 Parking Brixen) ECLI:EU:C:2005:605.

<sup>232</sup> Véase en particular la STJUE de 10 de noviembre de 2005 (C-29/04 Comisión contra Austria) ECLI:EU:C:2005:670.



*confiera una influencia decisiva en las decisiones de dicha persona*<sup>233</sup>.

Este control puede ser individual, pero también se puede ejercer de manera conjunta. Es decir, también se excepciona la aplicación de la Directiva si hay un control conjunto por varias entidades adjudicadoras siempre que se den los requisitos arriba mencionados referentes al 80% de actividad destinada a las entidades adjudicadoras y a la no existencia de participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada. A estas exigencias se suman tres condiciones concurrentes.

En primer lugar, todas las entidades adjudicadoras participantes deben tener representantes en los órganos decisorios de la persona jurídica controlada. Además, las entidades participantes tienen que estar capacitadas para decidir conjuntamente sobre los objetivos estratégicos de la persona jurídica controlada. Por último y no menos importante, esta persona jurídica no puede tener intereses contrarios a los de las entidades controladoras.

La aplicación de la Directiva queda también excluida si es la entidad controlada la que adjudica al poder adjudicador (o poderes adjudicadores) que la controla<sup>234</sup>.

Dicho lo cual, ha de tenerse en cuenta que la consideración de medio propio, al poder restringir la competencia y ser una exclusión de las Directivas debe aplicarse de manera restringida, compitiendo al Poder Adjudicador que vaya a hacer uso de la técnica el demostrar que efectivamente se trata de *“in house providing”*<sup>235</sup>.

Asimismo quedarán excluidos los poderes públicos cuando establecen un acuerdo entre ellos para cooperar en la prestación de un servicio u ejecución de una obra sin adoptar una forma jurídica concreta, porque la Directiva no pretende interferir con la libertad de los poderes públicos para ejercer las funciones de servicio público. Es lo que se conoce como cooperación horizontal no institucionalizada, reconocida por primera vez en esta Directiva.

Esta afirmación no obsta a que se deban respetar las especialidades que deriven de la interpretación de la jurisprudencia del TJUE, que deben ser clarificadas, ya que el mero hecho

---

<sup>233</sup> Véase el considerando 43 y el artículo 17.1.c) de la Directiva de Concesiones.

<sup>234</sup> F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La nueva Directiva de concesiones un largo viaje con final esperado”, Las nuevas directivas de contratación pública. Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo, 2015, págs. 203-211. ISBN 978-84-9098-454-3. Véase del mismo autor *La nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Aranzadi, Navarra 2018. ISBN: 978-84-9197-030-9. En particular el Capítulo V. La directiva de concesiones de 2014: la positivación del riesgo operacional.

<sup>235</sup> Véase la STJUE 11 de enero de 2005 (C-26/03 Stadt Halle y RPL Recyclingpark Lochau GmbH). ECLI:EU:C:2005:5.

de que las dos partes en un acuerdo sean poderes públicos no excluye por sí mismo la aplicación de la Directiva.

Así, no quedan sujetos a la Directiva los contratos que se celebren entre poderes o entidades adjudicadores para la prestación conjunta de servicios públicos con el fin de realizar un objetivo común (estas actividades pueden ser tanto obligatorias como facultativas y no tienen por qué ser idénticas debiendo no obstante ser complementarias), siempre que satisfagan un interés público y que estas entidades o poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20% de las actividades a las que se refiera la cooperación (a sensu contrario, al menos el 80% de su actividad debe destinarse a servicio público)<sup>236</sup>.

La idea que subyace es que esta actividad no debe influir en el mercado interior porque estas entidades estén compitiendo contra empresas del Sector Privado<sup>237</sup>. Si nos fijamos, no queda expresamente prohibido el capital privado lo que lleva a que determinados organismos de derecho público que cuenten con esta participación puedan hacer uso de esta exclusión.

Por último no se someten a la Directiva los organismos internacionales cuando otorgan concesiones por cuenta propia y en su propio nombre. Tampoco las concesiones que el poder adjudicador se vea obligado a adjudicar por procedimientos establecidos por estas organizaciones en virtud de un instrumento jurídico que cree obligaciones de Derecho internacional<sup>238</sup>.

Para concluir este apartado, podemos decir que las numerosas exclusiones recogidas por la Directiva, junto a la posibilidad de regular regímenes concesionales especiales en sectores especiales, unido a la libertad de administración de las autoridades públicas, lleva a la paradoja de que en la práctica, la Directiva regula las concesiones de obras (ya reguladas en las Directivas de 2004), siendo supletoria para las concesiones de servicios no excluidas que no tengan en su país una regulación propia o estén ya sometidas a reglas de mercado. Si a esto añadimos que en

---

<sup>236</sup> A. HUERGO LORA, "Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos", Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época nº 8, 2017, págs. 5-26. ISSN-e 1989-8975.

<sup>237</sup> F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, "La nueva Directiva de concesiones un largo viaje con final esperado", Las nuevas directivas de contratación pública. Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo, 2015, págs. 203-211. ISBN 978-84-9098-454-3 Véase del mismo autor *La nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Aranzadi, Navarra 2018. ISBN: 978-84-9197-030-9. En particular el Capítulo V. La directiva de concesiones de 2014: la positivación del riesgo operacional.

<sup>238</sup> Véase el artículo 10.4 de la Directiva 2014/23/UE.

determinados servicios es muy difícil, por no decir imposible la transferencia del riesgo operacional, nos encontramos con una Directiva con muy buenas intenciones a nivel teórico, pero muy poco operativa a nivel práctico.

## **2. Normas en materia de adjudicación de concesiones: principios generales y garantías procedimentales**

### **2.1. Principios generales**

El poder adjudicador o la entidad adjudicadora tiene libertad para organizar el procedimiento de adjudicación, siempre que respete los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

Es este el principal motivo de que se hayan alzado muchas voces criticando una Directiva que, a pesar de tener como objetivo principal la armonización en la licitación de concesiones, no impone formas de adjudicación concreta, sino que deja libertad a los poderes adjudicadores.

Sin embargo, esto se podría contra argumentar, ya que las reglas rígidas en este tipo de contratos a largo plazo donde no se conocen todas sus vicisitudes a priori, no favorece la concurrencia justa entre competidores y no permite alcanzar la solución más eficiente.

Reglas rígidas y restricciones a las negociaciones en la adjudicación son el billete más seguro a renegociaciones posteriores. Estas renegociaciones en fase de ejecución deben evitarse en la medida de lo posible, porque pueden llegar a atentar contra el principio de igualdad de trato e incluso llevar a, si se modifica el objeto del contrato, una adjudicación ilegal encubierta. Sin embargo, prohibir las negociaciones en un contrato de este tipo a largo plazo y por naturaleza incompleto (pues en el momento de la adjudicación se desconocen las condiciones reales que se darán en la fase de ejecución) perjudica no sólo al poder adjudicador, que tiene las manos atadas, sino también al concesionario, ya que la oferta puede no corresponderse con las circunstancias del momento de la ejecución. Por eso, si son absolutamente necesarias para lograr la mejor prestación y la equivalencia de lo pactado deben llevarse a cabo, siempre que se adecuen al marco legal. Esto es lo que justificaría un cierto margen de discrecionalidad de los poderes adjudicadores que es lo que propone la Directiva.

Un medio muy útil para evitar renegociaciones posteriores es la posibilidad que se da a los poderes adjudicadores de negociar con los licitadores en la fase de adjudicación, siempre que el objeto de la concesión, los criterios de adjudicación y los requisitos mínimos (técnicos, funcionales y legales) no se alteren.

En cualquier caso, esta discrecionalidad debe ir acompañada de controles. Y el control más efectivo es la transparencia. Esto podría lograrse por ejemplo con informes anuales sobre los servicios públicos que se prestan mediante concesión, a los que pudieran tener acceso los usuarios del servicio en cuestión<sup>239</sup>.

En la ejecución de las concesiones, los Estados Miembros serán los garantes del cumplimiento de la legislación nacional, comunitaria e internacional en materia medioambiental, laboral y social.

Para aumentar la eficiencia, la transparencia, la reducción de los plazos y el aumento de la competencia (al permitir el acceso de más operadores económicos a licitaciones de concesiones con interés transfronterizo) se propugna la utilización de medios electrónicos en los procesos de adjudicación de concesiones.

Así, los poderes y entidades adjudicadores están obligados a enviar por medios electrónicos un anuncio de concesión a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, en que la información es muy similar a la de los contratos.

Para evitar favorecer a licitadores nacionales, la Directiva prohíbe la publicación de los anuncios de adjudicación en los diferentes Estados Miembros con anterioridad a su publicación a nivel europeo, a no ser que esta no se efectúe tras 48 horas de su recepción en la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea<sup>240</sup>.

Sólo si se trata de *“servicios sanitarios, sociales y afines; servicios administrativos, sociales, educativos, sanitarios y culturales; servicios de seguridad social de afiliación obligatoria; servicios de prestaciones; otros servicios comunitarios, sociales y personales, incluidos los prestados por sindicatos, organizaciones políticas, asociaciones juveniles y demás servicios de organización de afiliaciones; servicios religiosos; servicios de hostelería y restauración; servicios jurídicos, servicios relacionados con las prisiones, servicios de seguridad pública y servicios de salvamento, con ciertas exclusiones de aplicación; otros servicios administrativos y gubernamentales; prestación de servicios para la comunidad; servicios de investigación y seguridad; servicios postales; servicios diversos y servicios internacionales”*; los poderes y

---

<sup>239</sup> S. SAUSSIER, “An Economic analysis of the closure of the market and other dysfunctions in the awarding of concession contracts”, *Directorate General for Internal Policies. Policy Department A: economic and scientific policy*. Brussels, European Union, 2012, págs. 6-11.

<sup>240</sup> F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La nueva Directiva de concesiones un largo viaje con final esperado”, *Las nuevas directivas de contratación pública. Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo*, 2015, págs. 169-237. ISBN 978-84-9098-454-3. Véase del mismo autor *La nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Aranzadi, Navarra 2018. ISBN: 978-84-9197-030-9.

entidades adjudicadoras se verán obligados a publicar un anuncio de información previa.

En estos anuncios de concesión el poder o entidad adjudicadora debe informar, tanto de los requisitos técnicos o funcionales, como de los criterios de adjudicación. Comunicará a los participantes cómo se desarrollará el procedimiento, sus fases y su plazo de ejecución, que podrá ser aproximado. Además, durante el procedimiento podrán limitar el número de candidatos siempre que se haga de forma transparente, esté justificado y se garantice una competencia real.

En la Directiva 2014/24/UE relativa a la adjudicación de contratos se prevé el procedimiento extraordinario negociado sin publicidad para unos casos muy concretos, que, con algunas variaciones son los mismos que justifican la adjudicación de una concesión sin publicidad<sup>241</sup>:

*“no podrá obligarse a los poderes y entidades adjudicadores a publicar un anuncio de concesión **cuando las obras o servicios sólo puedan ser suministrados por un operador económico determinado** por cualquiera de los siguientes motivos:*

*a) el objeto de la concesión es la creación o la adquisición de una obra de arte o representación artística única;*

*b) la ausencia de competencia por razones técnicas;*

*c) la existencia de un derecho exclusivo;*

*d) la protección de derechos de propiedad intelectual y de derechos exclusivos distintos de los definidos en el punto 10 del artículo 5.”* Que recordamos son aquellos concedidos por las autoridades competentes de un Estado miembro en virtud de cualquier disposición legislativa, reglamentaria o administrativa compatible con los Tratados, que tenga como efecto limitar el ejercicio de una actividad a un único operador económico y que dificulte a los demás su ejercicio.

En estos cuatro motivos, la ausencia de publicidad está justificada en que no puede promover una competencia inexistente.

Si en una adjudicación previa, donde se deduce que sí se publicó un anuncio, no se ha presentado ninguna oferta o ninguna de las presentadas es adecuada, el poder adjudicador no estará obligado a publicar un nuevo anuncio de concesión, siempre que las condiciones iniciales del contrato de concesión no se modifiquen sustancialmente y que se envíe un informe a la Comisión cuando esta lo solicite.

---

<sup>241</sup> Véase el artículo 31 de la Directiva 2014/23/UE.

Una vez se ha adjudicado la concesión, el poder o entidad adjudicadora debe enviar por medios electrónicos a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea un anuncio de adjudicación de concesión.

Los documentos relativos a las concesiones serán accesibles de forma telemática, directa y gratuita a partir de la fecha de publicación del anuncio de licitación. Sólo por razones de seguridad o de confidencialidad se justificará el acceso a la documentación por otros medios no electrónicos y el plazo de recepción de ofertas se prorrogará en consecuencia.

## **2.2. Garantías procedimentales**

El principio de proporcionalidad en concesiones, permite a los órganos concedentes definir el objetivo perseguido, exigiendo que toda medida adoptada sea adecuada a ese fin. En atención a este mismo principio, los poderes adjudicadores deberán atender a la complejidad de la concesión y al tiempo necesario para preparar las ofertas a la hora de fijar los plazos de recepción. En este sentido, la Directiva ofrece plazos mínimos<sup>242</sup>.

Los requisitos técnicos o funcionales, al igual que en la Directiva 2014/24/UE relativa a la adjudicación de contratos, definen las características de los trabajos o servicios objeto de la concesión y podrán referirse también al proceso de producción o prestación de las obras o servicios, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y sean proporcionados. Pero no podrán hacer referencia a una marca, patente o procedencia, excepto si no hay otra manera de describir el objeto y siempre que se añada la mención «*o equivalente*».

La elección de los criterios de selección es especialmente complicada, porque debe asegurarse por una parte que el concesionario estará en condiciones de ejecutar el contrato, y por otra, que no restringen en exceso y desproporcionadamente la competencia. Por ello se deben referir únicamente a la capacidad profesional y técnica, a la situación financiera y económica de los operadores, y deben estar relacionados con el contenido del contrato. Además deben favorecer el recurso a las capacidades de otras entidades para abrir el mercado a las PYMES.

La Directiva de Concesiones hace suyas las prohibiciones de contratar y las exclusiones de

---

<sup>242</sup> Atención, porque como bien resalta M.E. LÓPEZ MORA, el artículo 39 se refiere únicamente a los poderes adjudicadores. No a las entidades adjudicadoras. Lo que quiere decir que no están vinculados por ningún plazo mínimo. *Los contratos de concesión a la luz de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión: retos y novedades*. Atelier 2019, págs. 221-222. ISBN: 9788417466404.

licitadores de la Directiva “clásica”<sup>243</sup>. Lo mismo ocurre con la posibilidad que se da a los potenciales concesionarios de “redimirse”, estableciendo medidas para reparar sus incumplimientos: compensación de los daños causados por la infracción penal o la falta, colaboración con las autoridades y adopción de medidas para evitar nuevas infracciones. No podrán hacer uso de esta facultad los operadores económicos excluidos por sentencia firme de participar en procedimientos de contratación o adjudicación de concesión.

Los criterios de solvencia de los licitadores, al igual que los de adjudicación como veremos a continuación, analizan los mismos parámetros que en contratos: la capacidad profesional y técnica, la solvencia financiera y económica, siempre en base a requisitos no discriminatorios y proporcionales al objeto del contrato. Para cumplir estas condiciones, los candidatos podrán recurrir a capacidades de otros operadores económicos, siempre que demuestren que durante el plazo de la concesión dispondrán de esos medios.

Las concesiones se otorgan en función de criterios de adjudicación previamente establecidos que describen las características técnicas, físicas, funcionales y jurídicas.

Deben ser por lo tanto, objetivos, permitiendo analizar la ventaja económica global para el poder o entidad adjudicadora, estar vinculados al objeto de la concesión y cumplir con los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

Como dice F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, estos criterios deben permitir evaluar las ofertas de acuerdo a cuatro principios: objetividad, verificación, jerarquización e inmutabilidad<sup>244</sup>. *“En consecuencia, se exige que: a) sean criterios objetivos, con el objeto de garantizar la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva; b) vengán acompañados de requisitos que permitan verificar la información proporcionada por los licitadores; c) se enumeren en orden de importancia decreciente, con el fin de permitir a los potenciales licitadores conocer todos los elementos que han de tomarse en consideración; y d) no se modifiquen como consecuencia de las negociaciones que se lleven a cabo con los licitadores durante el procedimiento de adjudicación.”*

---

<sup>243</sup> Véanse los considerandos 100 y 101 y el artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE y los considerandos 69 y 70, junto al artículo 38 .4 .5 .6 .7 .8 .9 .10 de la Directiva 2014/23/UE.

<sup>244</sup>En “La nueva Directiva de concesiones un largo viaje con final esperado”, Las nuevas directivas de contratación pública. Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo, 2015, pág. 35. ISBN 978-84-9098-454-3.

Sin embargo, y en aras de aumentar la flexibilidad en concesiones no se mantiene el criterio de la ponderación, que si se contempla en las otras dos Directivas<sup>245</sup>.

También podrán negociar con ellos, siempre que el objeto de la concesión, los criterios de adjudicación y los requisitos mínimos (técnicos, funcionales y legales) no se modifiquen durante las negociaciones.

Por supuesto la Directiva recoge el principio de oferta económicamente más ventajosa como criterio de adjudicación de la concesión.

El poder o entidad adjudicadora podrán utilizar uno o más criterios de adjudicación, que *“deben siempre ajustarse a una serie de normas generales. Estas normas pueden referirse a factores que no sean de índole puramente económica pero que incidan en el valor de una licitación desde el punto de vista del poder adjudicador y permitan al poder o entidad adjudicadores determinar que existe una ventaja económica global”*<sup>246</sup>.

Estos criterios pueden ser medioambientales, como serían la utilización de energía limpia, la eficiencia energética, la política de residuos cero (zero waste); sociales, como la utilización de productos derivados del comercio justo, el pago de un precio más elevado a los subcontratistas, el fomento de la igualdad hombre-mujer en el trabajo (estos criterios son más difíciles de articular, porque no deben discriminar a operadores económicos de otros Estados miembros o de terceros países que sean firmantes del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre Contratación Pública o ACP, estudiado en el epígrafe **12. Acuerdo sobre Contratación Pública** del **CAPÍTULO II. ANTECEDENTES EUROPEOS: INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS Y DE SOFT LAW**); o relacionados con la innovación, pero siempre que estén vinculados al objeto del contrato.

Estos criterios se recogerán en orden creciente de importancia. Hay que tener en cuenta que algunos de estos parámetros utilizados para valorar una oferta pueden ser más válidos como condiciones de ejecución de la concesión que como criterios de adjudicación.

Por otra parte, el considerando 73 y el artículo 41 en su apartado 3 recogen la posibilidad, muy excepcional, de que en caso de que se presente una *“oferta que proponga una solución innovadora con un nivel excepcional de rendimiento funcional que no pudiera haber previsto un poder o entidad adjudicador diligente, el poder o entidad adjudicador podrá modificar, excepcionalmente, el orden de clasificación de los criterios de adjudicación para tener en cuenta*

---

<sup>245</sup> Véanse los artículos 67.5 de la Directiva 2014/24/UE y 82.5 de la Directiva 2014/25/UE.

<sup>246</sup> Véase el considerando 73.



*dicha solución innovadora*”, siempre que informe a todos los licitadores de esta modificación, ya que esta alteración “no podrá dar lugar a discriminación”.

### **3. Normas relativas a la ejecución de las concesiones**

Esta nueva generación de Directivas tiene en cuenta por fin la fase de ejecución de los contratos y como prueba de la equiparación que se pretende alcanzar entre contratos y concesiones, impone a éstas últimas las mismas reglas (véanse artículos 42 a 45 de la Directiva 2014/23/UE)<sup>247</sup>.

La falta de reglas sobre la fase de adjudicación ya da problemas en contratos públicos. Pero los problemas son mayores en concesiones, al ser un contrato en el que no se conocen a priori todas las posibles variaciones que podrá sufrir el contrato, debido entre otros factores a su largo plazo de ejecución, y que afectarán, sino a su viabilidad, sí muy probablemente al equilibrio económico financiero del contrato.

La regulación en fase de ejecución es importante, no sólo porque recoge las modificaciones legales que pueden darse en el devenir de una concesión, fuera de las cuales nos encontraremos ante una nueva adjudicación directa que deberá ser declarada ilegal, ya que de la misma se desprende la voluntad de las partes de otorgar un nuevo contrato; sino porque obliga *de facto* a la Administración concedente a proveerse de los medios adecuados y del personal capacitado para monitorizar esta fase del contrato<sup>248</sup>.

#### **3.1. Subcontratación**

Un aspecto en el que vemos cómo se intenta equiparar la “parca” regulación de las concesiones a la normativa de contratos es que se establecen las mismas (también nuevas en la Directiva 2014/24/UE relativa a la adjudicación de contratos) normas de la subcontratación: los subcontratistas deben cumplir con las mismas obligaciones medioambientales, sociales y laborales; y serán sometidos a los mismos motivos de exclusión. Por otro lado, los poderes adjudicadores deben saber quiénes son las subcontratas que están ejecutando parte del contrato, sin perjuicio de la responsabilidad del concesionario principal<sup>249</sup>.

---

<sup>247</sup> Véanse los artículos 71 a 71 de la Directiva sobre Contratos y los artículos 42 a 45 de la Directiva sobre Concesiones.

<sup>248</sup> M.P.CHITI, “Il Partenariato pubblico e Privato e la nuova direttiva concessioni” en libro col. *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato - Temi europei, istituti nazionali e operatività*, (dir.) G. CARTEI, M. RICCHI. Editorial Scientifica. Nápoles 2015.

<sup>249</sup> Es curiosa la exclusión expresa que se hace en caso de suministradores. Véase el artículo 42.3 párrafo tercero de la Directiva 2014/23/UE.

La entidad adjudicadora no podrá imponer la subcontratación al concesionario, sin perjuicio de su potestad de exigir información al respecto, lo que tiene sentido puesto que si se traslada el riesgo operacional al concesionario, este debe poder elegir libremente a sus subcontratados<sup>250</sup>.

### **3.2. Modificación contractual en fase de ejecución**

En esta fase de ejecución también se encuadran las modificaciones de los contratos, cuyo régimen de modificaciones sustanciales (matizado por la jurisprudencia europea) ha sido trasladado al ámbito de concesiones, con las dificultades añadidas que esto supone debido a la complejidad y al largo horizonte temporal de este tipo contractual<sup>251</sup>.

La modificación de los contratos a nivel Europeo es una construcción jurisprudencial del TJUE, que comenzó su andadura con la sentencia de 29 de abril de 2004 (C-496/99 *Succhi di Frutta*), y del que también es buen ejemplo la STJUE de 19 de Junio de 2008 (C-454/06 *Presstext Nachrichtenagentur*)<sup>252</sup>. Como dice la Circular nº 1/2011 de la Abogacía del Estado<sup>253</sup>:

*“La jurisprudencia del Tribunal en esta materia de modificación de contratos puede resumirse en los siguientes principios:*

*1) La modificación del contrato exige que esté prevista de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación.*

*2) De no hallarse prevista la modificación en la documentación de la licitación, es necesario que la modificación no afecte a ninguna condición esencial del contrato. El concepto de modificación esencial se establece como un concepto jurídico indeterminado: se entiende que existe modificación esencial cuando sea razonablemente presumible que, de haberse conocido la modificación al tiempo de la licitación, hubieran concurrido otros licitadores o los licitadores que concurrieron hubieran formulado ofertas muy distintas.*

---

<sup>250</sup> G. GRECO, “La Direttiva in materia di Concessioni” (Convegno di Varena 17-19 Settembre 2015). *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* nº 6 (dir.) M. P. CHITI, G. GRECO. GIUFFRÈ 2015, págs. 1095 – 1126.

<sup>251</sup> Véase J. VÁZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos del sector público*. Aranzadi S.A., Cizur Menor, 2015. ISBN 978-84-9098-232-7, I. GALLEGO CÓRCOLES, “Modificación de contratos públicos y legislación aplicable. Algunas consideraciones desde el Derecho de la Unión Europea”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas* nº 109, 2011, págs. 52-58. ISSN 1579-3036 y J.M GIMENO FELIÚ, “Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público” en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2015* (dir.) J. M. GIMENO FELIÚ, Civitas, Cizur Menor, 2016, págs. 31-138. ISBN: 978-84-9135-286-0

<sup>252</sup> STJUE de 29 de abril 2004 (C-496/99 *Succhi di Frutta*) ECLI:EU:C:2004:236 y STJUE de 19 de Junio de 2008 (C-454/06 *Presstext Nachrichtenagentur*) ECLI:EU:C:2008:351.

<sup>253</sup> Abogacía General del Estado, Circular nº 1/2011: Régimen de Modificación de los Contratos del Sector Público.

3) *De ser necesaria una modificación esencial no prevista en la documentación que rige la licitación, lo procedente es resolver el contrato (indemnizando oportunamente al contratista) y adjudicar un nuevo contrato, convocando para ello el correspondiente procedimiento de licitación.”*

Las concesiones no pueden ser menos. De ahí que la nueva Directiva obligue a realizar una nueva adjudicación cuando se introducen en la concesión inicial cambios fundamentales que sean indicios inequívocos de la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales de dicha concesión y modificarla en sus bases. Si no se volviera a hacer una licitación, nos hallaríamos ante una adjudicación directa ilegal que, al llevarse a cabo sin seguir el procedimiento establecido ni respetar los principios de transparencia e igualdad de trato de la contratación pública, sería nula de pleno derecho.

Lo que ocurre es que las modificaciones en concesiones, contratos complejos y de larga duración, donde es más difícil determinar con antelación todas las vicisitudes del contrato, tienen más posibilidades de producirse. Y por ello la fase de ejecución es clave ya que es en ésta donde se manifiesta plenamente la potestad de la Administración de modificar del contrato o, más concretamente, renegociarlo con el fin de mantener el equilibrio económico de las prestaciones.

El considerando 76 de la Directiva de Concesiones ya contempla esta imposibilidad de determinar previamente todas las circunstancias que afectarán al contrato:

*“Los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras pueden encontrarse con circunstancias exteriores que no podían prever cuando adjudicaron la concesión, en particular si la ejecución de la concesión se extiende durante un largo periodo de tiempo. En este caso se necesita un cierto grado de flexibilidad para adaptar la concesión a las nuevas circunstancias sin necesidad de un nuevo procedimiento de adjudicación. El concepto de circunstancias imprevisibles hace referencia a aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador o la entidad adjudicadora hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible.”*

Podríamos decir que esta primera parte del considerando está haciendo referencia al principio de equilibrio económico del contrato.

*“Ahora bien, esto no puede aplicarse en los casos en que la modificación acarrea una*

*alteración de la naturaleza del conjunto de la concesión, por ejemplo si se sustituyen las obras que deban ejecutarse o los servicios que deban prestarse por otros diferentes o si se modifica de forma fundamental el tipo de la concesión ya que, en ese caso, puede presumirse una hipotética influencia en los resultados.”*

Mientras que en esta segunda prohíbe expresamente aquellas modificaciones que alteran la naturaleza de la concesión, lo que serían sus condiciones esenciales.

El problema es que, si bien es positivo que se regulen las modificaciones de las concesiones, en aras de evitar una utilización torticera de esta posibilidad, la actual regulación de la Directiva resulta un tanto caótica e incluye supuestos hasta ahora desconocidos por la jurisprudencia del TJUE, lo que obligará a una interpretación perfectamente ajustada a los principios de la contratación anteriormente explicados<sup>254</sup>.

Ya en la parte dispositiva de la Directiva, el artículo 43 en su apartado 4ª nos dice que una modificación se considerará sustancial **cuando se cumpla una de las condiciones siguientes:**

*“a) que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento inicial de adjudicación de la concesión, habrían permitido la selección de solicitantes distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente, o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de adjudicación de la concesión;”*

El problema de esta condición es que en el ámbito de los contratos es relativamente fácil retrotraerse en el tiempo para comprobarlo, más no es así en el caso de las concesiones que suelen tener una duración más larga (en la Directiva se contempla el máximo de cinco años, con posibilidad de alargarlo si se justifica).

*“b) que la modificación altere el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario en un modo que no estaba previsto en la concesión inicial;”*

En concesiones se pretende evitar que se modifiquen sustancialmente los riesgos soportados por el concesionario por tres motivos principales.

En primer lugar, esta incerteza en cuanto al reparto de riesgos tras la adjudicación desincentiva la participación del sector privado y disminuye la posibilidad de utilizar este tipo contractual.

En segundo lugar, la modificación no puede suponer una alteración del reparto de riesgos

---

<sup>254</sup> Véase J.M. GIMENO FELIÚ, “Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público” en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2015* (dir.) J. M. GIMENO FELIÚ, Aranzadi, Cizur Menor 2016, págs. 31-138.

que elimine la efectiva transferencia del riesgo operativo al concesionario. Como ya sabemos, el rasgo distintivo de la concesión es la remuneración a través de la explotación, que conlleva la asunción del riesgo por el concesionario. Si se modifica el contrato a posteriori y se aplica a continuación la técnica del reequilibrio para garantizar la equivalencia de las prestaciones, no puede alterar los términos de la asunción del riesgo, a riesgo de alterar no sólo la naturaleza de global de la concesión, sino la naturaleza del contrato en sí<sup>255</sup>.

Por último, un cambio en el reparto de riesgos que suponga un pago adicional por la Administración concedente o una prórroga injustificada, puede llegar a considerarse ayuda estatal ilegal a tenor del artículo 107 TFUE.

*“c) que la modificación amplíe considerablemente el ámbito de la concesión;”*

La duda aquí sería a qué ámbito se refiere la Directiva: ¿Material? ¿Geográfico?

*“d) cuando un nuevo concesionario sustituya a aquel al que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente la concesión en otros casos que los previstos en la letra d) del apartado 1.”*

Como afirma la jurisprudencia europea, véase a modo de ejemplo la STJUE de 15 de mayo de 1995, será el poder adjudicador que pretende efectuar la modificación el que soportará la carga de la prueba de que esta alteración no es sustancial<sup>256</sup>.

En cambio, sí que son aceptables las modificaciones “mínimas” siempre que el valor de las mismas no supere el límite del 50 % del valor de la concesión original (valor también aplicable a cada una de las modificaciones sucesivas, lo que genera serios recelos por su fácil uso torticero) y no afecten al objeto de la concesión.

La Directiva también prevé un cierto grado de adaptabilidad a circunstancias imprevisibles en el momento de otorgar la concesión (en particular si la ejecución de la concesión se extiende durante un largo periodo de tiempo), pero siempre que no se altere su naturaleza.

---

<sup>255</sup> Acuerdo 117/2017, de 21 de noviembre de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por JORGE AZCÓN NAVARRO, frente a la modificación del contrato denominado «Instalación, gestión y mantenimiento de un sistema de transporte individualizado mediante bicicletas en régimen de alquiler, así como para la instalación y explotación de soportes publicitarios de interés general y marquesinas en el término municipal de Zaragoza», acordada por el Ayuntamiento de Zaragoza. RE 129/2017.

<sup>256</sup> “23 (...) las disposiciones del artículo 9 de la Directiva 71/305, que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras, deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien quiera beneficiarse de ellas.” STJUE de 18 de mayo de 1995 (C-57/94 Comisión contra Italia) ECLI:EU:C:1995:150.

Tampoco es necesario un nuevo procedimiento si cambia el licitador adjudicatario como consecuencia de una reorganización interna, caso que no sería el mismo si este debiera ser sustituido por ejecución deficiente.

En resumen, las modificaciones de los contratos de concesión durante la ejecución y explotación de la misma, sólo serán posibles:

Con independencia de su cuantía estuvieran ya previstas de forma clara, precisa e inequívoca en los pliegos, y siempre que no alteren el carácter global de la concesión (límite que se establece para garantizar la igualdad de los licitadores y evitar potenciales modificaciones fraudulentas). Estas modificaciones se justifican en la necesidad de adaptar la concesión a avances tecnológicos, cambios en normativas, dificultades técnicas, novedades en mantenimiento, etc, que pueden surgir debido a su normalmente larga duración.

Si se trata de obras o servicios adicionales no previstos, cuando cambiar de concesionario resulte excesivamente costoso o lo impidan razones técnicas como la falta de interoperabilidad. En estas modificaciones no previstas, el aumento de valor no podrá superar el 50 % del valor de la concesión original.

Si la modificación no prevista en pliegos se debe a circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever, no altera el carácter global de la concesión y el aumento de valor no supera el 50 % del valor de la concesión original.

Si un nuevo concesionario sustituye al primero porque así está previsto en los pliegos en cláusulas claras, precisas e inequívocas o porque a causa de una reestructuración empresarial se produce la sustitución total o parcial del concesionario inicial por un operador económico que cumple los criterios de selección cualitativa previamente establecidos. Esta causa de modificación es importante, porque si no, es una novación sustancial del contrato que debería llevar a su resolución anticipada.

Dentro de esta posibilidad se encuadra la asunción por el poder adjudicador de las obligaciones del concesionario principal respecto a sus subcontratistas. Es decir, el poder adjudicador se convierte en el concesionario y presta directamente el servicio. Sin embargo, esta prestación "sustitoria" por el poder adjudicador no podrá basarse en el cumplimiento deficiente por el concesionario, ya que esto significaría al secuestro de la concesión o a la resolución del contrato, que exige convocar una nueva licitación, o en el caso de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública (que estudiaremos en el epígrafe **5. Riesgo por extinción anticipada de la concesión: la Responsabilidad Patrimonial de la Administración** del **Capítulo IV: LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO**) la licitación de una subasta.

Cuando se trate de modificaciones no sustanciales porque no permitan la selección de solicitantes distintos o la aceptación de una oferta distinta a los iniciales (al introducir nuevas condiciones), no alteren el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario o no amplíen su ámbito. Es decir, las modificaciones permitidas son aquellas que no dan lugar a una concesión materialmente diferente de la inicial. No es necesario verificar estas condiciones siempre que el valor de la modificación sea inferior al umbral que indica que a una concesión le es de aplicación la Directiva (Véase el artículo 8 y recuérdese que ese importe se modifica cada dos años) y al 10 % del valor inicial de la concesión<sup>257</sup>. Además en el caso de que se efectúen varias modificaciones sucesivas, este valor se calculará sobre la base de su valor acumulado.

Si no nos encontramos en uno de estos casos el poder o entidad adjudicador deberá iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación de concesión.

La duda que nos asalta es si, teniendo en cuenta que la regulación de las modificaciones de las concesiones no son sino una copia de las modificaciones en contrato, serán capaces de adaptarse estos tipos tan restringidos a las características del negocio concesional o si el legislador ha hecho gala de un excesivo celo en la regulación de las modificaciones en concesión.

En efecto, para que una concesión tenga éxito es precisa una buena programación y valoración previa de los riesgos y de los beneficios potenciales, así como una necesaria flexibilidad en la ejecución para poder adaptar la concesión a las situaciones cambiantes en un horizonte temporal largo.

Es importante hacer un buen análisis de la viabilidad de las concesiones, porque además de determinar, valga la redundancia, su viabilidad, permitirá prever anticipadamente dónde y cuándo se podrán introducir modificaciones. No nos cansaremos de repetir que si están contempladas en el pliego son legales.

En cualquier caso, para lograr el cumplimiento del fin público, que es lo que persigue la contratación pública, es preciso contemplar el contrato como un conjunto integrado por todas sus fases, con especial incidencia en la ejecución, gran olvidada en anteriores ediciones de las

---

<sup>257</sup> Este porcentaje se incrementó del 5 al 10 por ciento desde la propuesta de Directiva de 2011 hasta la Directiva definitiva de 2014. E. LÓPEZ MORA criticaba precisamente este porcentaje en concesiones de obras por considerarlo excesivamente bajo en negocios de semejante magnitud: *“A efectos prácticos, será frecuente que la modificación de un contrato de concesión represente más del 5% del precio y, por lo tanto, se deberá tramitar un nuevo expediente de contratación, con lo cual se consigue un resultado opuesto al pretendido por las nuevas propuestas de Directiva de dotar de mayor celeridad y simplificación en la tramitación y ejecución de los contratos y concesiones.”* “La futura regulación de la modificación los contratos de concesión durante su vigencia”. Artículo de opinión en ObCP. 15.07.2016.

Directivas de Contratación, y no que se monitorice cada fase como un compartimento estanco.

Se echa en falta en todo el texto de esta Directiva una mayor participación de los terceros en discordia del negocio concesional: los usuarios finales. Lo cierto es que su participación debería ser obligada ya en la fase de preparación de la concesión, en particular en la justificación de su idoneidad y en el estudio de viabilidad de la misma porque probablemente se reducirían (si no eliminaría del todo) las modificaciones posteriores, causadas o bien porque el servicio que presta el concesionario no se ajusta a la demanda o bien porque el nivel de demanda no es el esperado.

Por último, en cuanto a la modificación de la concesión tras su adjudicación, aclarar que la Directiva exige la publicación de un anuncio en el DOUE siempre que las causas no estuvieran previstas en la documentación inicial. Y esto con el objetivo de permitir a potenciales interesados recurrir la modificación si no está dentro de los límites permitidos.



## CAPÍTULO IV. LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO

### 1. Concepto de riesgo

Como ya hemos visto, si bien la retribución del contratista mediante la explotación de la obra o la prestación del servicio ha sido un claro indicio de la existencia de una concesión, no es el único, ya que el hecho de que el contratista perciba sus retribuciones directamente de los usuarios, de la Administración contratante, o de ambos, no determina por sí solo que el contrato sea de concesión, si no se transfiere a aquel una parte importante de los riesgos de la explotación del servicio u obra, entre los que se encuentra incluido el riesgo efectivo de la asunción de la responsabilidad en la construcción de la obra o en la prestación del servicio.

Esta transferencia de riesgo, vital para que se considere el negocio como concesión y, además, no compute a efectos de déficit, no se mide atendiendo a parámetros cuantitativos, si no a parámetros cualitativos: el concesionario se somete a los vaivenes del mercado<sup>258</sup>. Es decir se somete a los riesgos de demanda o de oferta, o a ambos<sup>259</sup>.

Así, los contratos de concesión o fórmulas de Colaboración Público Privada (CPP) no se incluyen en el déficit de las Administraciones Públicas si el concesionario, además de soportar íntegramente el riesgo de construcción (que al venir referido a una infraestructura, está limitado a las concesiones de obra o a las mixtas y se refiere a posibles retrasos en la entrega, incrementos imprevistos de los costes, incidencias legales o medioambientales, etc.) asume, o bien el riesgo de disponibilidad/oferta (según el SEC 2010 o la Directiva 23/2014/UE), o el de demanda, o ambos<sup>260</sup>.

La jurisprudencia del TJUE por su parte, hace depender la existencia de una concesión de los siguientes tres requisitos:

1. La explotación del servicio por el concesionario supone que éste asume el riesgo.

---

<sup>258</sup> Véanse los considerandos 18 y 19 de la Directiva 2014/23/UE

<sup>259</sup> X. LAZO VITORIA, "El riesgo operacional, ¿Una nueva era para los contratos de concesión?", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 74, 2018, págs. 62-69. ISSN 1889-0016. Véase también M. HERNANDO RYDINGS, "El nuevo marco jurídico comunitario aplicable a los contratos de concesión" en libro col. *La nueva contratación pública: actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (dir.) M. ALMEIDA CERREDA, I. MARTÍN DELGADO, Toledo, 13 y 14 de noviembre de 2014, 2015, págs. 93-110. ISBN 978-84-608-3276-8.

<sup>260</sup> I. GALLEGO CÓRCOLES, "Observatorio de Jurisprudencia en materia de Contratos Públicos" en libro col. *Observatorio de contratos públicos 2011* (dir.) J.M. GIMENO FELIÚ, M.A. BERNAL BLAY. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012. ISBN: 978-84-470-4033-9.

2. Los usuarios no tienen por qué ser los que paguen el servicio, siempre que se transfiera el riesgo al concesionario.
3. A consecuencia de la asunción del riesgo de explotación, el concesionario organizará el servicio (y lo gestionará a *su riesgo y ventura*), sin perjuicio de las potestades de policía de la Administración concedente.

Debemos matizar aquí, para no dar lugar a confusión, la diferencia entre el principio de riesgo y ventura (que analizaremos en el **epígrafe 4: Principio de riesgo y ventura vs. Principio de equilibrio del contrato** de este mismo capítulo) que asume todo operador económico por el mero hecho de formar parte del mercado, y el riesgo operacional que debe asumir necesariamente el concesionario, para que efectivamente se trate de una concesión y no de un contrato<sup>261</sup>. Es la transferencia de este último riesgo la que, al configurarse así el contrato como concesión y siempre que se den las condiciones, permite la aplicación de la técnica de reequilibrio económico<sup>262</sup>.

El problema es que el concepto de riesgo es indeterminado. No es necesario que sea grande, sino que por pequeño que este sea, se transmita (al menos una parte significativa) al concesionario. Además, la fuente de los riesgos puede ser de carácter externo como serían las crisis económicas, los desastres naturales y las condiciones meteorológicas o de carácter interno, que van referidas a las decisiones de las partes.

Por eso el Considerando 17 de la Directiva de Concesiones recalca que:

*“La presente Directiva no debe aplicarse a los contratos que no conlleven pagos al contratista y en los que este reciba su retribución de acuerdo con tarifas reglamentadas calculadas de manera que cubran la totalidad de los costes e inversiones que este haya soportado para prestar el servicio.”*

Y el Considerando 18 abunda:

*“(…) La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en*

---

<sup>261</sup> F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ. *La nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Aranzadi, Navarra 2018. ISBN: 978-84-9197-030-9. En particular el Capítulo III. La especial consideración de las técnicas de equilibrio financiero en la concesión de servicios públicos. Véase también la *Resolución nº 32/2014, de 17 de febrero de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid*

<sup>262</sup> Véase la STS de 20 de diciembre de 1986 (Ar. RJ 1987, 1175).

*condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador. La reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato.”*

Sin embargo, sigue sin explicarse en qué porcentaje o cómo se debe “calcular” esa transferencia del riesgo. Para iluminarnos en la oscuridad, el Considerando 20 de la Directiva de Concesiones aclara que se debe tener en cuenta el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario a efectos de evaluar el riesgo operacional<sup>263</sup>.

A causa de esta indeterminación en la interpretación correcta de la transferencia de riesgo, son muy importantes los criterios que a tal efecto ha ido determinando EUROSTAT en sus diversas decisiones sobre la inclusión en las cuentas nacionales de las Colaboraciones Público-Privadas y que determinan la interpretación auténtica de la Comisión Europea. En términos de contabilidad europea, lo importante es si los activos de la concesión deben computarse en las cuentas de la Administración concedente o en las del contratista o concesionario.

Para determinar esta localización de los activos, y como ya hemos explicado en el **CAPÍTULO II. ANTECEDENTES EUROPEOS: INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS Y DE SOFT LAW**, el *Reglamento (UE) Nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea* (SEC 2010 de ahora en adelante) hace depender la existencia de una concesión (o de una Colaboración Público Privada) en la transferencia al concesionario del riesgo de construcción, al que debía sumarse o el riesgo de demanda, o el de disponibilidad (que ya no se regula en la Directiva 2014/23/UE), o ambos. Sólo así estos activos no computarán déficit a la Administración.

Es decir, la asignación de estos riesgos no se debe ya sólo a un criterio de quién está mejor preparado para asumirlos porque los controle mejor, sino que es un requisito contable *sine qua non* para que un contrato de concesión no compute como déficit público.

La Directiva por su parte no exige que la transferencia de este riesgo sea completa. De hecho, para que un contrato de concesión sea viable y que el coste debido a la aversión al riesgo

---

<sup>263</sup> De interés la *Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública*. BOE nº 66, de 17 de marzo de 2016, págs. 20456-20474. BOE-A-2016-2700

del agente no sea tan elevado que cause ineficiencia y, consecuentemente, impida el principio de buena gestión de los fondos públicos, hay que tener en cuenta distintos factores como el coste marginal de los servicios públicos, la varianza de la demanda y su elasticidad, las potenciales externalidades negativas o positivas, la propensión o la aversión al riesgo del concesionario y la existencia de información asimétrica entre concedente-concesionario en cuanto a los niveles de calidad de prestación del servicio<sup>264</sup>.

Para evitar costes y primas de riesgos elevados, no deberían localizarse en el concesionario el riesgo político-administrativo, que sería por ejemplo, la (in)eficacia e (in)tempestividad de la Administración en conceder permisos para ejecutar la concesión; el riesgo ambiental; el riesgo derivado de las características del territorio como pueden ser terremotos, deslizamientos de tierra, inundaciones, etc. (aunque aquí sí que nos podríamos plantear la necesidad de un correcto estudio de viabilidad y una buena planificación de las obras que permitan analizar las características del terreno, evitando riesgos “*imprevisibles*”, que no lo son); e incluso el riesgo de que aumenten los costes del transportes de suministros, si se debe al empeoramiento de las infraestructuras de transportes<sup>265</sup>.

Estas elevadas primas de riesgo, debido al incremento en la aversión al riesgo de los operadores económicos y de las entidades que los financian, han llevado a que en los últimos años hayan aumentado las voces que proponen que el riesgo de demanda quede en manos del concedente o al menos se comparta, lo que significaría que de acuerdo a los criterios contables del SEC 2010, sería indispensable que el riesgo de disponibilidad (que en la Directiva desaparece para “renacer” como riesgo de oferta o suministro) quedara en manos del concesionario<sup>266</sup>.

Los motivos por lo que se propugna el reparto del riesgo de demanda son principalmente dos: por un lado, el fracaso de proyectos en que planteamientos demasiado optimistas han llevado a que la demanda real sea muy inferior a la demanda prevista; y por otro, la crisis financiera de 2008 que ha provocado un aumento en la aversión al riesgo de los agentes que financian a los concesionarios (así como de estos últimos) haciendo prácticamente imposible

---

<sup>264</sup> El *Coste Marginal* es el coste que le supone a la unidad productiva aumentar la producción del bien X en una unidad más. Dado un determinado precio expresa la cantidad que debe lanzar el productor al mercado del bien X para lograr una situación óptima o eficiente en el sentido de Pareto en los mercados.

<sup>265</sup> G. FIDONI, “Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della Direttiva 2014/23/UE”, *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario* nº 1. A. 25. (Dir.) M. P. CHITI, G. GRECO. GIUFFRÈ 2015, págs. 101-193.

<sup>266</sup> P.VALCÁRCEL, “Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 74, 2018, págs. 52-61. ISSN 1889-0016.

para éstos el obtener financiación, si no es reduciendo el riesgo de demanda que se les transfiriere<sup>267</sup>.

Si se optara por eliminar de la ecuación este riesgo de demanda (que en realidad significa su no transferencia al concesionario, ya que va a seguir existiendo), se debería, necesariamente, transferir, junto al riesgo de construcción (en palabras del SEC, donde es necesaria la creación de un activo), el de disponibilidad u oferta, lo que sólo será posible en algunos contratos.

Contra la aversión al riesgo debido a la situación de crisis financiera, no podemos proponer medidas preventivas. Pero sí contra las estimaciones excesivamente optimistas que llevan a proyectos inviables.

Hacer un análisis objetivo de la demanda, sin sobreestimarla, a fin de que los licitadores hagan ofertas realistas, aumenta exponencialmente la viabilidad de la concesión. Además, se debe hacer una identificación y un análisis riguroso de los riesgos a los que pueda estar sometida la concesión para distribuirlos *ad casum*. Es aquí clave el estudio de viabilidad que analizaremos en el epígrafe 2 del **CAPÍTULO VI: LA GESTIÓN DEL RIESGO**.

Si el análisis de la viabilidad de la concesión, la distribución de riesgos y la consecuente planificación financiera no son correctas, la concesión estará muy expuesta al fracaso, lo que llevará finalmente a la terminación anticipada del contrato, quedando los activos en manos de la Administración concedente, computando dentro de su déficit, que es lo que generalmente se quiere evitar cuando se articula una Colaboración Público-Privada. Esta adecuada planificación resultará más fácil si ya se ha llevado a cabo una concesión similar (proyectos “*brownfield*”), que si es un nuevo servicio u obra (proyectos “*greenfield*”).

En resumen, un detallado análisis previo permitirá transmitir una parte importante del riesgo de demanda al concesionario, minimizando su impacto negativo, aunque objetivamente no lo controle.

## **2. Clasificación de las concesiones en función del tipo de riesgo y del número de participantes**

Para entender la transferencia del riesgo en concesiones, es muy útil la clasificación que hace la doctrina italiana de los tipos de concesiones en función del riesgo transferido y los participantes involucrados.

---

<sup>267</sup> Resulta aquí paradigmático el caso de las radiales de Madrid, que estudiamos en el **CAPÍTULO VII: ESPAÑA** epígrafe **3. Concesiones de obra y servicios en la LCSP**.

En primer lugar, nos encontramos con las *concesiones “calientes”* en que hay un usuario final distinto de la Administración. Además de que la tarifa en estas puede pagarse directamente por el usuario (*peaje duro*), o por la Administración concedente, pero en función del uso que hagan los terceros (*peaje blando o en sombra*), lo que caracteriza a estas concesiones es la relación trilateral, entre la Administración concedente, el concesionario y el usuario.

Sería también este el caso de los “precios sociales”, que se dan cuando la entidad concedente asume parcialmente el coste de explotación, reduciendo así el precio a pagar por el usuario final<sup>268</sup>.

Sobre el peaje blando y los precios sociales hay que hacer una matización: que la Administración concedente pague una parte de la tarifa, reduce el elemento que más puede disuadir al ciudadano usuario final de utilizar el servicio: su precio. Esto lleva a un aumento “artificial” de la demanda que normalmente no se daría a precios de mercado, lo que puede distorsionar la efectiva transferencia de este riesgo.

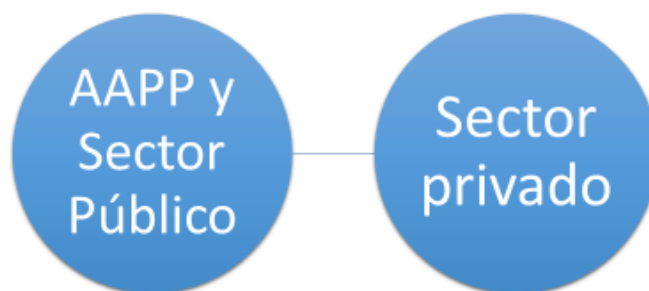
Para corregir esta distorsión, un buen método es la fijación de tramos tarifarios en función del número de usuarios. Un ejemplo muy claro es cuando a partir de un cierto número de coches circulando por una autopista, el concesionario deja de percibir el pago de la parte que corresponde a la Administración. Este número deberá ser lo bastante bajo para asegurar la recuperación de la inversión, pero no tan elevado que elimine toda incertidumbre de mercado.

En el otro extremo del espectro, tenemos las *concesiones “frías”* que son aquellas en que la remuneración del concesionario deriva del pago de un canon por parte de la Administración. El usuario final puede ser tanto la misma Administración concedente, como un tercero beneficiario indirecto. Sin embargo, se caracterizan por ser una relación bilateral entre la Administración concedente y el concesionario. Y por ello, su estructura es muy similar a la de un contrato, lo que ha generado no poca controversia y debate entre la doctrina, así como construcciones teóricas *ad hoc* para poder incluirlas en la categoría de concesiones (o en el caso italiano, que es el más representativo, como contratos de Colaboración Público Privada). Se dan en hospitales, cárceles, escuelas, edificios de justicia, etc.

---

<sup>268</sup> Este caso podría encuadrarse también dentro de las concesiones templadas.

## Contrato administrativo o privado



### *Riesgo de construcción*

El pago de este canon ya no se hace depender del riesgo de demanda, porque lo que se estaría configurando, al trasladarse este riesgo al concesionario, sería un derecho potestativo de la Administración concedente y destinataria última de la obra o los servicios a reducir sus pagos o no pagar directamente según su propia voluntad. Pero atendiendo al Considerando 20 de la Directiva, esta situación no puede considerarse como una contingencia, ya que el riesgo operativo debe derivar de factores ajenos al control de las partes.

Por ello y para que se considere efectivamente trasladado el riesgo operativo que, en este tipo de concesiones supone la transferencia al concesionario del riesgo de disponibilidad según EUROSTAT, o del de oferta según la Directiva de Concesiones (que como intentaremos demostrar, abarca también el de disponibilidad), el pago del canon dependerá de la disponibilidad de la obra o el servicio y del cumplimiento de los estándares prefijados en contrato. Será preciso un sistema de penalización automático en caso de incumplimiento por el concesionario, que consista en falta de pago o reducción de la cuantía pagada mediante canon<sup>269</sup>.

Para la monitorización de los estándares exigidos en contrato, la aplicación de las penalizaciones automáticas y como presunción de que efectivamente nos encontramos ante una concesión fría y no un contrato de obras o de servicios, son de ayuda los “*Building Information System*” (BIM), que son plataformas integradas e interoperables que centralizan, coordinan y monitorizan a tiempo real los datos que se derivan de la ejecución de un contrato

---

<sup>269</sup> Sobre las Colaboraciones Público Privadas y la transferencia del riesgo véase M. RICCHI, “I contratti di concessione 2.€.” en libro col. *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato - Temi europei, istituti nazionali e operatività* (dir.) G.F. CARTEI, M. RICCHI, Editorial Scientifica. Nápoles 2015.

de concesión, con el fin de analizar si se ha gestionado de una manera óptima<sup>270</sup>. Los estudiaremos en el **epígrafe 5. Proceso de gestión de riesgos**, dentro del **CAPÍTULO V: MEDIDAS PARA ABORDAR LA GESTIÓN DEL RIESGO**.

En cualquier caso, este tipo de concesión bilateral es la que más controversia está generando, ya que muchos autores no ven cómo se puede trasladar un riesgo real (que, atendiendo a la definición de la RAE, sería algo incontrolable) en este tipo contractual. Es decir, lo que se estaría trasladando es el riesgo de disponibilidad de EUROSTAT y no el riesgo de oferta de la Directiva, con lo que no estaríamos ante un negocio concesional. Es más, este “riesgo” transferido sería perfectamente controlable por el concesionario, que conoce de antemano los estándares que debe cumplir si quiere evitar la penalización automática. El argumento contrario es que, al seguir este razonamiento, estamos confundiendo la transferencia del riesgo con el origen de la remuneración por la explotación. Sería esta la posición que parece tomar la Directiva a tenor de su considerando 18 (aunque nada dice en su parte dispositiva):

*“(…) Al mismo tiempo, hay que aclarar que ciertos regímenes en los que la remuneración procede exclusivamente del poder adjudicador o la entidad adjudicadora pueden considerarse concesiones si la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios.”*

En España, podemos entender como expresamente reconocida la concesión de tipo “frío” en el apartado 4 del artículo 267 de la LCSP, referido a la retribución de la obra:

***“La retribución por la utilización de la obra podrá ser abonada por la Administración teniendo en cuenta el grado de disponibilidad ofrecido por el concesionario y/o su utilización por los usuarios, en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares. 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”<sup>271</sup>.*** Esta última frase muy bien podría relacionarse con los sistemas BIM que acabamos de mencionar.

---

<sup>270</sup> Para profundizar en los BIM, consúltese D. DI FAUSTO, N. MARTINELLI, “La Governanze dei servizi: La rivoluzione nella gestione dei flussi informativi per la mitigazione dei rischi e l’attrattività finanziaria nelle concession” en libro col. *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato - Temi europei, istituti nazionali e operatività* (dir.) G.F. CARTEI, M. RICCHI, Editorial Scientifica. Nápoles 2015.

<sup>271</sup> Véase R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, “En torno a la controvertida compatibilidad del concepto de concesión con la responsabilidad patrimonial de la Administración en caso de resolución”, *Ius Publicum. Network Review* nº 2, 2017, págs. 13-14. ISSN20392540.



No podemos evitar sumarnos al debate, ya que en nuestra opinión, las concesiones “frías” estrictas, no son concesiones. Es decir, un contrato en que una Administración licita una obra o servicio y va a ser el usuario final es un contrato simplemente, y no un contrato concesional. Y ello, porque si se traslada algún riesgo será, en el caso de concesiones de obra, el de construcción, que también se transfiere en el caso de contratos. Por mucho que se intente argumentar que se transfiere el riesgo de oferta o suministro (que en realidad, y por mucho que se le haya dado un nuevo barniz, sigue siendo el riesgo de disponibilidad) no se traslada una posible contingencia incontrolable por el concesionario. Y esto aunque se establezcan penalidades automáticas en el contrato.

Por el contrario, si nos encontramos ante una concesión “fría” no estricta, sí que creemos posible la transferencia del riesgo operacional y consecuentemente la articulación de un negocio concesional. Y esto se debe a que, aquí sí entra en juego la nueva concepción de riesgo de oferta o suministro. Pero juega este tipo de riesgo porque ya no nos encontramos ante una relación bilateral, sino que hay un tercero en discordia, que es el ciudadano que utiliza (aun de manera indirecta) la obra o servicio.

Pongamos el caso de un edificio que será destinado a hospital, que la Administración decide licitar siguiendo el modelo de colaboración público privada (y digo CPP porque a nuestro modo de ver, en puridad el término concesión debería utilizarse exclusivamente para la “caliente” y la “templada”)<sup>272</sup>. Primeramente, el edificio debe ser construido, con lo que se transfiere el riesgo de construcción. Pero ya sabemos que esto no es indicativo de un negocio concesional, ya que se transfiere también en los contratos de obra. Aunque es preciso hacer una matización, y es que no es el mismo riesgo de construcción el que se transfiere en un contrato y en una concesión, al ser en el segundo caso mucho mayor, ya que en el primero se remunera al concesionario mediante certificaciones de obra desde el principio y de una manera periódica, cosa que no sucede en el segundo caso, donde el concesionario tendrá que hacer un primer desembolso muy importante y esperar a recuperarlo al momento de la explotación posterior.

Una vez construida la obra y transferido este riesgo, llegamos a la fase de explotación de la misma o bien a la prestación del servicio (si se trata de una concesión exclusivamente de servicio. En este caso concreto, el edificio destinado a la atención sanitaria ya había sido previamente construido o era propiedad del concesionario).

---

<sup>272</sup> En este mismo epígrafe en el apartado **3. Riesgo de disponibilidad** estudiaremos en profundidad el paradigmático caso de la cárcel de Bolzano, pero a efectos de claridad explicativa utilizaremos este ejemplo de cosecha propia.

Si bien es cierto que la Administración será quien pague en función de unos estándares de calidad previamente fijados (lo que sería el riesgo de disponibilidad, que en nuestra opinión no permite entender el negocio como concesional), hay un usuario *indirecto*: el ciudadano enfermo que requiere atención médica, por ejemplo.

Y el riesgo al que se enfrenta el concesionario (porque ahora *sí* que transferimos una contingencia incontrolable, convirtiendo por ende el contrato en concesional y al operador económico en concesionario) es que el paciente no esté satisfecho con el servicio prestado por el concesionario, aunque este cumpla con los requisitos de calidad fijados por la administración. En el caso concreto lo que sucedería es que el paciente en vez de acudir a este hospital que no le convence, acudirá a otro que le pueda prestar el mismo servicio.

En el caso de un hospital se ve claramente este riesgo, porque el paciente, si se lo puede permitir, acudirá a otro centro y el concesionario se ve sometido a la incertidumbre del mercado.

El ejemplo no es tan claro con un edificio de justicia o una cárcel, ya que el “usuario” no tiene posibilidad de elección entre varios prestadores del servicio<sup>273</sup>. Un preso acudirá a la cárcel que se determine y lo mismo le sucederá a un ciudadano que recurra a la justicia, siendo dirigido por el sistema de competencias de la LOPJ. Y es aquí donde entra en juego toda la problemática de la teoría agente-principal, que estudiaremos en este mismo epígrafe en el apartado **3. Riesgo de disponibilidad**.

Por último nos encontramos con las *Concesiones “templadas”*, que serían aquellas en que la retribución por utilización del usuario final no es suficiente para recuperar la inversión y un beneficio razonable, por lo que la remuneración consiste en su explotación junto al pago de un precio<sup>274</sup>.

El pago de este precio puede hacerse en conjunto con el del usuario, con lo que podría asimilarse al canon pagado por la Administración en las concesiones frías y computarse como gasto corriente del ejercicio; o bien hacerse un pago total a la hora de financiar la infraestructura o el servicio, pago que a su vez puede ser en dinero o en especie (derechos de aprovechamiento y utilización, cesión de propiedades inmobiliarias, etc.), y que entraría dentro de los gastos de

---

<sup>273</sup> Este tipo de negocios concesionales en que paga la administración concedente y hay un tercero usuario indirecto se conocen como modelo PFI.

<sup>274</sup> En cuanto a las formas de retribución posibles en un negocio concesional véase J.A. MORENO MOLINA, J. PINTOS SANTIAGO, *Los contratos administrativos y su aplicación: obras, suministros, servicios y concesiones de obras y servicios*. El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 130-134. ISBN: 9788470527791. En cuanto a la tipología de concesiones según la doctrina italiana es de interés F. FRACCHIA, E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*. Giuffrè. 18ª EDICIÓN. Septiembre 2016.

inversión de la Administración. La clave es, a tenor de la Directiva de Concesiones, que el pago de este precio no elimine el riesgo inherente a la explotación.

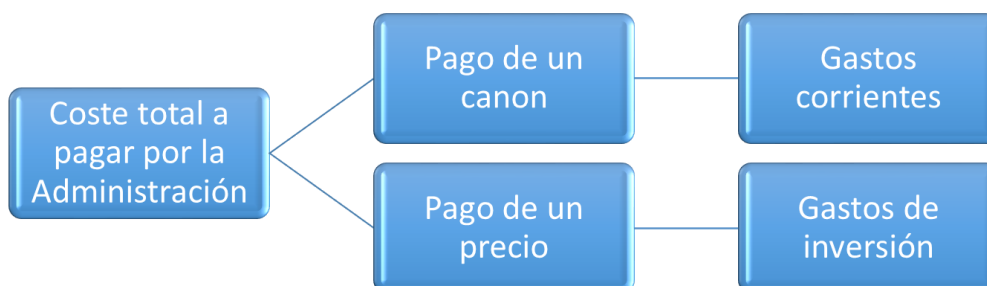


Gráfico de elaboración propia

En cuanto a la co-financiación por la Administración concedente a través de un pago total, debemos decir que, aunque la limitación porcentual genérica al pago previo introducida en algunas legislaciones nacionales pueda servir para dar certeza a las Administraciones y a los operadores económicos acerca de si el negocio es en efecto concesional, presenta un lado oscuro<sup>275</sup>. Y es que, además de desincentivar la financiación privada de los proyectos públicos (las inversiones *ex ante* serán necesariamente más elevadas que si se cuenta con fondos públicos de partida), aun cuando el órgano de contratación disponga de fondos en cuentas de inversión que podrían destinarse a este pago, se verá obligado por ley a aumentar los gastos corrientes. Por otra parte, la Comisión Europea y la jurisprudencia del TJUE no han fijado ningún tipo de criterio al respecto, y las Directivas tampoco se pronuncian en ningún sentido, lo que nos lleva a cuestionarnos si estas limitaciones podrían suponer “*gold plating*”.

A nivel español, la LCSP reconoce la posibilidad de hacer aportaciones públicas, tanto a la obra (en especie o económicas), como a la explotación, pero no establece ningún límite porcentual<sup>276</sup>. Se puede entender como un reconocimiento expreso de este tipo de concesión, mucho menos discutida que la fría.

Antes de concluir esta primera clasificación, debemos clarificar que las dos últimas categorías, concesiones frías y templadas, se dedican especialmente a servicios públicos de carácter social, como serían la sanidad, la asistencia social, la educación; o bien a actividades

<sup>275</sup> Por ejemplo, el Conseil d'État francés exige un porcentaje mínimo de financiación privada para que el contrato se considere concesional. Así mismo, como veremos en el **CAPÍTULO VIII** dedicado a Italia, el Código de contratos también impone un porcentaje máximo de financiación pública, porcentaje que el legislador ha modificado mediante un decreto posterior.

<sup>276</sup> Véanse los artículos 252 y 268 de la LCSP

prestadas en régimen de monopolio natural público, por ejemplo agua, energía, transportes y servicios postales<sup>277</sup>.

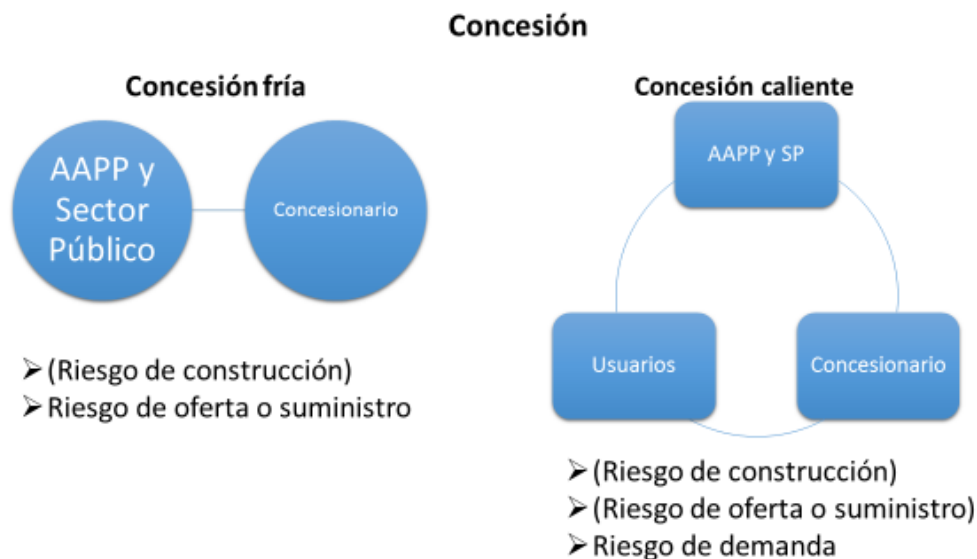


Gráfico de elaboración propia

Otra clasificación de las concesiones es aquella que distingue entre:

Concesiones traslativas, donde el concesionario sustituirá a la Administración Pública en una la prestación de una actividad a ésta reservada, que podría prestar directamente o mediante gestión indirecta<sup>278</sup>.

Y concesiones constitutivas: donde los derechos y situaciones se crean *ex novo*, y no hay, por tanto, sustitución de la Administración por el concesionario, ni es necesario verificar la coherencia de esta sustitución con el interés público. Lo que hace este segundo tipo de concesión es ampliar el espacio de gestión del operador económico en un determinado ámbito, no reservado exclusivamente a la Administración<sup>279</sup>.

<sup>277</sup> A. ROMÁN MÁRQUEZ, “El riesgo en las concesiones de obras y servicios públicos: orígenes, evolución y situación actual en el ordenamiento jurídico comunitario”, Revista Española de Derecho Comunitario n.182. Enero-Marzo 2017, págs. 472-473.

<sup>278</sup> Sobre la gestión indirecta en concesiones traslativas, M.P.CHITI. “Il Partenariato pubblico e Privato e la nuova direttiva concessioni” en libro col. *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato - Temi europei, istituti nazionali e operatività*, (dir.) G. CARTEI, M. RICCHI. Editorial Scientifica. Nápoles 2015.

<sup>279</sup> Para una relación en profundidad sobre los tipos de concesiones véase F. FRACCHIA. “Concessione amministrativa” en libro col. *Annali I. Enciclopedia del diritto*. (dir.) A. FALZEA, P. GROSSI, E. CHELI, R. COSTI. Editorial Giuffrè Editore, 2008, págs. 250-277.

### 3. El riesgo en la Directiva 2014/23/UE

La Directiva de Concesiones prescinde de toda referencia al tradicional concepto de *riesgo concesional*, sustituyéndolo por el de *riesgo operacional*, que se refiere al riesgo económico que deriva de una explotación económica, separando así las dos características del negocio concesional. Por una parte, la explotabilidad de la obra o servicio en cuestión, y por otra la necesaria transferencia del riesgo al concesionario.

Sin embargo, a pesar de que esta distinción, el legislador comunitario rechaza que pueda haber explotación de una *concesión* sin una efectiva transferencia del riesgo. La jurisprudencia se decanta igualmente por una interdependencia entre ambos elementos<sup>280</sup>.

En este segundo epígrafe nos dedicaremos a explicar qué entiende la Directiva por *riesgo*, y en concreto por *riesgo operacional*<sup>281</sup>.

El considerando 20 aclara que ***“un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión”***<sup>282</sup>. Estos últimos sí que se podrían identificar, en cambio, con el principio de riesgo y ventura.

Es decir, el riesgo operacional es el riesgo que asume el concesionario de no recuperar las inversiones y de no cubrir los costes en condiciones normales de funcionamiento en la fase de

---

<sup>280</sup> A. ROMÁN MÁRQUEZ, “El riesgo en las concesiones de obras y servicios públicos: orígenes, evolución y situación actual en el ordenamiento jurídico comunitario”, Revista Española de Derecho Comunitario nº 182. Enero-Marzo 2017, págs. 450-451. ISSN 0210-8461.

<sup>281</sup> A. FORTES MARTÍN, *La gestión contractual del servicio de recogida de residuos domésticos*, Iustel Publicaciones, Madrid, 2018, págs. 221-239. ISBN: 9788498903553. J.A. MORENO MOLINA, J. PINTOS SANTIAGO, *Los contratos administrativos y su aplicación: obras, suministros, servicios y concesiones de obras y servicios*. El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 244-248. ISBN: 9788470527791

<sup>282</sup> Este considerando es positivización de la jurisprudencia europea. En este sentido se manifiesta la STJUE de 10 de noviembre de 2011 (C-348/10 Norma y Dekom) ECLI:EU:C:2011:721 entre otras:

***“49 En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios (sentencia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, antes citada, apartado 38)”***.

ejecución<sup>283</sup>. Son circunstancias que escapan del control de la partes, aun manteniendo un nivel de diligencia adecuado. Se vincula a la utilización y es de necesaria transferencia si queremos articular una concesión, pero no incluye los riesgos de la ejecución del contrato, que quedarán en todo caso en manos del concesionario, ya que son parte inherente de cualquier contrato.

Sí que entran dentro de esta categoría los riesgos ligados a la evolución de la economía y el riesgo de competir en el mercado. De todas maneras, no queda determinado en qué porcentaje debe transferirse al concesionario el riesgo operativo, más que nada porque la Directiva se expresa en términos negativos. En cualquier caso, este riesgo operacional tendrá que ser compatible con el principio de equilibrio económico del contrato, ya que la aplicación estricta del principio de riesgo y ventura en las concesiones administrativas podría dificultar la prestación continuada y regular exigible a los servicios públicos, como veremos en el tercer epígrafe de este mismo capítulo<sup>284</sup>.

No obstante lo dicho, a tenor de la Directiva, la transferencia del riesgo operacional no debe suponer una transferencia de todos los riesgos al concesionario<sup>285</sup>. Es más, incluso la transferencia en parte de uno de los dos riesgos que componen el operacional, y que ahora mismo estudiaremos, podría ser suficiente para calificar el contrato de concesión, siempre que ese porcentaje sea *“una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurre el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”*<sup>286</sup>. Esto, a *sensu contrario*, implica que los riesgos asumidos por la Administración pueden no ser minoritarios, estando únicamente limitados a que el riesgo trasferido al concesionario no sea *meramente nominal o desdeñable*, concepto jurídico indeterminado.

La cuestión es en qué porcentaje se debe transmitir este riesgo para que sea efectivamente una concesión a tenor comunitario. La Directiva no lo dice expresamente, dejando su determinación al caso concreto, pero fija una cantidad global dentro de la cual se determina su

---

<sup>283</sup> F. VILLALBA PÉREZ, *La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión*. REALA nº 2, julio-diciembre 2014.

<sup>284</sup> J.M GIMENO FELIU, “Concesiones y colaboración con el sector privado. El sistema de aseguramiento de riesgos mediante RPA y su incidencia en la competencia”, VIII jornadas nacionales de derecho de la competencia, Barcelona, 16 de julio de 2014.

<sup>285</sup> Así se manifiesta también la nueva LCSP en su artículo 250 referido a las PCAP: *“m) Distribución entre la Administración y el concesionario de los riesgos relevantes en función de las características del contrato, si bien en todo caso el riesgo operacional le corresponderá al contratista.”*

<sup>286</sup> Véase el artículo 5 de la Directiva 2014/23/UE. También A. ROMÁN MÁRQUEZ, “El riesgo en las concesiones de obras y servicios públicos: orígenes, evolución y situación actual en el ordenamiento jurídico comunitario”, *Revista Española de Derecho Comunitario* nº 182. Enero-Marzo 2017, págs. 452-454. ISSN 0210-8461.

trasferencia, consistente en el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario.

Como vemos, a la novedad que supone la Directiva en sí misma considerada, se suma la exigencia de la transferencia del riesgo operacional (que recibe una nueva definición), para considerar como concesional un contrato. La calificación del contrato que haga la Administración pública concedente es indiferente: si no hay transferencia del riesgo operacional, el contrato no podrá configurarse como concesión<sup>287</sup>.

En este mismo sentido se manifestaba, ya antes de la trasposición de la Directiva, el Acuerdo 37/2014, de 30 de junio de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, y que, previamente a analizar el objeto del recurso, determina si la calificación del contrato se ha hecho correctamente, con arreglo a la normativa y jurisprudencia comunitaria, de directa aplicación en nuestro ordenamiento jurídico<sup>288</sup>:

*“(...) para que exista un contrato de concesión (de gestión de servicios públicos) es necesario que se transfiera el riesgo operacional. Es decir, es condición sine qua non, la transferencia del riesgo al contratista”.*

De este acuerdo, que versa sobre un contrato de gestión de servicios públicos de un centro de día de salud mental para personas con enfermedades mentales en la Comunidad Autónoma de Aragón, hay que destacar un epígrafe que es susceptible de aplicación generalizada para los contratos de determinados servicios sanitarios, en particular cuando se den las características que ahora veremos:

---

<sup>287</sup> F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ. *La nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Aranzadi, Navarra 2018. ISBN: 978-84-9197-030-9. En particular véase el Capítulo V. La directiva de concesiones de 2014: la positivación del riesgo operacional

<sup>288</sup> Acuerdo 37/2014, de 30 de junio de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.A. frente al procedimiento de licitación denominado «Gestión de servicios públicos de un centro de día de salud mental para personas con enfermedad mental en la Comunidad Autónoma de Aragón», convocado por el Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia. RE 073/2014. Véanse en este mismo sentido el Acuerdo 52/2013, de 11 de septiembre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por AVERICUM, S.L. frente a su exclusión en la licitación del contrato denominado «Servicio de hemodiálisis hospitalaria con destino a los sectores Zaragoza I, Zaragoza II y Zaragoza III», promovida por el Servicio Aragonés de Salud. RE 066/2013 y el Acuerdo 55/2013, de 1 de octubre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA, S.L. y FUNDACIÓN SALUD Y COMUNIDAD contra la resolución por la que se adjudica el contrato denominado «Gestión integral del Hogar y Centro de Día de mayores Luis Aula de Zaragoza», promovido por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales. RE 069/2013.

*“(…) un servicio sanitario como el analizado, difícilmente encaja con modalidades de tipo concesional y transferencia de riesgos, **en tanto puede desvirtuarse una prestación esencial y obligatoria** contenida en la cartera de servicios del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia, máxime cuando **ni siquiera hay inversiones iniciales que justifiquen el modelo para una adecuada financiación.***

*Además, y en el caso concreto, **no existe transferencia de riesgos, pues ésta exige capacidad de adoptar decisiones de carácter empresarial para captar usuarios, y tal opción viene negada por los propios pliegos, ya que es la Administración sanitaria la que decide cuando se envía a un paciente al centro. Asimismo, como se reconoce en el informe al recurso, en el supuesto de no alcanzarse un mínimo de pacientes (en una escala del 25 por ciento) se garantiza el reequilibrio financiero del contrato, lo que, por sí, implica la laminación del pretendido riesgo operacional. No hay, en consecuencia, transferencia del riesgo operacional al contratista, sino pago de una cantidad fija mensual por la prestación de unos servicios a unos usuarios que el propio Departamento determina”.***

La gestión indirecta no podrá articularse en forma de concesión si:

En primer lugar, se trata de un servicio obligatorio y esencial (de carácter sanitario) que dudosamente se pueda prestar de una manera eficiente y garantista mediante una concesión. En segundo lugar, debe haber inversiones iniciales que sea preciso amortizar, requisito algo más dudoso en el caso de concesiones de servicios, que pueden no requerir grandes desembolsos previos. En tercer lugar, la Administración concedente no puede tener capacidad para determinar los usuarios a los que se prestará el servicio, y por último, no debe haber unos ingresos mínimos garantizados por la Administración si no se alcanza un número determinado de usuarios. Si no se dan estos cuatro requisitos no existe la pretendida transferencia de riesgo y en consecuencia nos encontraremos ante un contrato de servicios<sup>289</sup>.

Tras estas breves reflexiones acerca del riesgo en la nueva Directiva de Concesiones, y una vez analizada la tipología de concesiones que nos podemos encontrar, el legislador europeo entiende que hay transferencia del riesgo operacional cuando quedan en el concesionario<sup>290</sup>:

---

<sup>289</sup> El Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su resolución 48/2014, de 19 de marzo, sigue este mismo criterio y niega la transferencia de riesgo operacional en un contrato que tiene por objeto el hospital psiquiátrico de día de niños y adolescentes.

<sup>290</sup> Véase I. ALBENDEA SOLÍS, “El reequilibrio económico de los contratos públicos” en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo III. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2330-2334. ISBN: 978-84-9169-926-2. También X. LAZO, “El contrato de



### 3.1. Riesgo de demanda

El riesgo de demanda, como señala el Considerando 20 de la Directiva 2014/23/UE, es “*el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato*”.

Este riesgo deriva de la utilización del servicio o la infraestructura por un mayor o menor número de usuarios y para que se entienda transferido, la remuneración del concesionario debe vincularse de alguna manera a la demanda, aunque el uso de la infraestructura o la utilización del servicio no deban ser necesariamente pagados por el usuario final.

Dentro de este riesgo podemos distinguir otras categorías como el riesgo de crecimiento económico, ligado a la evolución de la economía, y el riesgo de competencia, que se refiere a la posibilidad de que existan infraestructura o servicios equivalentes por los que opten los usuarios finales<sup>291</sup>.

Es decir, el riesgo de demanda implica que puede surgir una oferta más competitiva o atractiva para los usuarios finales en el mercado, tanto porque la gestión del concesionario no sea la más adecuada, como por factores exógenos al mismo, como podría ser una crisis económica<sup>292</sup>.

En resumen, para que se entienda transferido el riesgo de la demanda, la remuneración dependerá del uso que hagan de la concesión los usuarios finales, distintos de la Administración concedente. Se transmitirá al concesionario el riesgo de demanda si se cumplen cumulativamente dos requisitos:

1. Que ante determinados escenarios adversos de demanda, la rentabilidad del accionista se vea afectada significativamente a la baja;

---

concesión de servicios” en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo III. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGU CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2586-2587. ISBN: 978-84-9169-926-2

<sup>291</sup> P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “La Directiva de Concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de servicios de interés general”, en libro col. *Servicios de Interés General Colaboración Público-Privada y sectores específicos*, (dir.) V. PARISIO, V. AGUADO I CUDOLÀ, B. NOGUERA DE LA MUELA. Tirant lo Blanch. ISBN 978-84-914-3793-2. G. Giappichelli Editore. Torino 2016. ISBN/EAN 978-88-921-0553-9. Págs. 77-128. Véase también F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Aranzadi, Navarra 2018. ISBN: 978-84-9197-030-9. En particular el Capítulo V. La directiva de concesiones de 2014: la positivación del riesgo operacional

<sup>292</sup> M. RICCHI, “L’Architettura dei Contratti di Concessione e di Partenariato Pubblico Privato nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici d.lgs. 50/2016”, *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, Il Mulino nº 3, 2016, pág. 2.

2. Y que incluso, si la Administración concedente garantiza unos ingresos mínimos, estos no basten para retribuir íntegramente la inversión en la infraestructura, quedando parte de la retribución de esa inversión en manos de la demanda.

Se hace así coincidir el concepto de riesgo de demanda de la Directiva de Concesiones con el de EUROSTAT.

Objetivamente hablando, el concesionario tiene poco control sobre el riesgo de demanda y se ha discutido sobre la pertinencia de transferírsele en su totalidad o, si por el contrario sería más correcto compartirlo o incluso eliminarlo. Por ejemplo en España se trataba de reducir en las autopistas de peajes, para incentivar la inversión privada en este tipo de infraestructura.

Esta discusión sobre la pertinencia de la asignación en su totalidad del riesgo de demanda al concesionario, casa con la idea de que la transferencia del riesgo, para que sea correcta, debe hacerse depender de factores como la aversión al riesgo del concesionario, la elasticidad de la demanda y la competencia en el sector (que estudiaremos con detenimiento en el **CAPÍTULO V: LA DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO**). Si esto no fuera así, se traduciría en costes más elevados, lo que repercute negativamente en la función de bienestar social.

Al exigir, tanto la Directiva de Concesiones como el SEC 2010 la asignación de este riesgo al concesionario, no cabe su eliminación, pero sí se podrá hacer una buena gestión de los riesgos de demanda si se dispone de unas predicciones adecuadas que permitan a los licitadores hacer ofertas realistas<sup>293</sup>. Si ya hay experiencia en el proyecto licitado (*brownfield*), resulta relativamente más sencillo que si son de nueva construcción (*greenfield*). Esta exigencia de buenas predicciones se justifica en la poca flexibilidad de las concesiones para adaptar su estructura de costes ante escenarios de crecimiento de demanda distintos de los previstos, lo que lleva a renegociar el equilibrio del contrato. Cuando estas renegociaciones se deben a ofertas demasiado optimistas, se produce una distorsión de la adjudicación y se falsea la competencia<sup>294</sup>.

Por último, hay que aclarar que, aunque la Directiva de Concesiones hace referencia indistintamente al riesgo de demanda, tanto para concesiones de servicios, como para

---

<sup>293</sup> P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho nº 74, Iustel, marzo 2018, págs. 52-61. ISSN 1889-0016.

<sup>294</sup> J.M. VASSALLO, M.A. BAEZA, “Asignación del riesgo de demanda en concesiones de infraestructuras de transporte”, Anuario de la Movilidad, 2009, pág. 64.

concesiones de obra, esta indeterminación no es correcta, porque en una concesión de obras, la obra objeto de contrato viene demandada por la propia Administración, lo que implica la transferencia del *riesgo de construcción y de demanda*, si la explotación de la infraestructura beneficia directamente a los usuarios (*concesión “caliente”* que supone la transferencia del *riesgo de demanda*) o de *construcción y de oferta* (que no de demanda), si beneficia a la Administración (*concesión “fría”* que supone la transferencia del *riesgo de oferta*).

En una concesión de servicios, por su parte, el servicio puede ser prestado, tanto a la misma Administración concedente (*concesión “fría”* que supone la transferencia del *riesgo de oferta*), como a los usuarios finales (*concesión “caliente”* que supone la transferencia del *riesgo de demanda*)<sup>295</sup>. No hay aquí lugar a confusión porque no hay riesgo de construcción.

### 3.2. Riesgo de oferta o suministro

El riesgo de oferta o de suministro, que aparece por primera vez en el texto de la Directiva, es *“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”*<sup>296</sup>.

Es decir, el riesgo de que la obra o los servicios no sean conforme a la demanda de cada momento. En el caso de concesiones de obras puede darse tanto en la fase de construcción, como en la de gestión de la obra y en el caso de concesiones de servicios, se refiere a este servicio prestado e implica que el concesionario puede no ser capaz de ofrecer el servicio o entregar las obras en la cantidad y calidad pactadas.

Lo que en nuestra opinión ocurre, es que si el usuario final es la Administración (es decir, se trata de una concesión *“fría”*) este riesgo de oferta se identifica con el de disponibilidad de EUROSTAT, ya que significa que el concesionario no es capaz de prestar el servicio previamente pactado; mientras que si el usuario final es un tercero, este concepto supera al de EUROSTAT, porque supone no poder atender la demanda de los usuarios y es una ampliación de la definición del riesgo de disponibilidad según los criterios de EUROSTAT<sup>297</sup>.

---

<sup>295</sup> G. FIDONI, “Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della Direttiva 2014/23/UE”, *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario* nº 1. A. 25. (Dir.) M. P. CHITI, G. GRECO. GIUFFRÈ 2015, págs. 101-193.

<sup>296</sup> Véase el Considerando 20 de la Directiva 2014/23/UE.

<sup>297</sup> En palabras de X. LAZO VITORIA, B. NOGUERA DE LA MUELA: *“la previsión de que el riesgo operacional deba derivar de factores externos, es decir, que escapen al control de las partes, aleja la posibilidad de considerar que el riesgo de suministro y de disponibilidad son expresiones equivalentes”*. “Service concessions in Spain” en libro col. *SERVICE CONCESSIONS IN THE EU. A comparative study of the transposition of Directive 2014/23 on the award of concession contracts into national law*. (dir.) X. LAZO VITORIA, A.I. PEIRÓ BAQUEDANO. Thomson Reuters. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2018, pág. 199. ISBN: 978-84-9177-230-9.

Con otras palabras, este riesgo de oferta o suministro, partiría, tanto en concesiones calientes como en frías, de una misma base: en el contrato se han establecido unos estándares que el concesionario debe obligatoriamente cumplir; por ejemplo, entregar la cantidad X de una calidad A. Y el riesgo al que se “enfrenta” es entregar algo diferente: cantidad Y de calidad B.

Y decimos “enfrenta” entrecorillado, porque si nos encontramos en una concesión “fría”, cumplir o no con el contrato, depende enteramente de la voluntad del concesionario. Es decir, aunque en el mismo contrato se apliquen penalizaciones automáticas en caso de incumplimiento, no estamos ante una verdadera contingencia incontrolable, porque el concesionario controla en todo momento el cumplimiento de las condiciones pactadas, y conoce de antemano las consecuencias<sup>298</sup>. Y es este el riesgo de disponibilidad que desaparece de la Directiva de Concesiones.

Sin embargo, si nos encontramos en una concesión “caliente”, donde hay una relación trilateral, al entrar en juego un tercero “ajeno” al contrato (en general al usuario no se le permite participar en el diseño de la contratación, aunque es cierto que la Cuarta Generación de Directivas, e incluso ya el TRLCSP o en el Código de Contratos italiano para determinados contratos importantes y de impacto público se obliga a la consulta pública), el riesgo de oferta o suministro, que ya no riesgo de disponibilidad, sí que supone hacer frente a las vicisitudes del mercado. Y esto es así porque al entrar un tercero en discordia, las cláusulas contractuales seguirán exigiendo entregar la cantidad X de una calidad A y el concesionario podrá optar por entregar la cantidad Y de calidad B (es decir el riesgo de disponibilidad seguirá existiendo y lo mismo sucederán con las penalizaciones automáticas, pero el concesionario no estará realmente sometido a un riesgo de mercado como hemos visto). Sin embargo, el tercero puede no estar conforme y desear la cantidad Z de una calidad C y no adquirir el servicio que ofrece el concesionario, por mucho que éste entregue la cantidad X de calidad A. En resumen, el concesionario podrá “decidir” de forma, llamémosla “consciente”, si asume penalizaciones automáticas por incumplimiento, pero no podrá influir en las exigencias del usuario y esto es lo que constituye el riesgo de oferta, sobre el que, efectivamente, el concesionario no tiene ningún control.

---

<sup>298</sup> Véase definición de riesgo del diccionario de la RAE: <http://dle.rae.es/?id=WT8tAMI> (consultado 29.05.2017).

Es decir, el riesgo consignado en la Directiva como riesgo de oferta, incluye el riesgo de disponibilidad identificado por EUROSTAT en caso de concesiones “frías”, y lo amplía a las concesiones “calientes”<sup>299</sup>.

En palabras de L. MÍGUEZ MACHO, “el riesgo de suministro no es otra cosa que el riesgo de demanda analizado desde la perspectiva del contratista”<sup>300</sup>. Al no disponer de información de primera mano sobre las necesidades de los usuarios finales que deben ser satisfechas y no poder influir en sus decisiones de utilización del servicio o de la infraestructura (establecido según los estándares fijados en contrato con la Administración concedente), el concesionario basa su demanda en unas previsiones que establecen el tipo de usuario y su número esperado, a modo de un suministro de *input* contratado con terceros (que puede sufrir percances, ser mayor o menor de lo pactado) para producir un determinado *output*<sup>301</sup>. Si la demanda es mayor o menor de lo esperada, al igual que si el suministro de las materias primas es mayor o menor de lo pactado, los resultados serán mejores o peores para el concesionario<sup>302</sup>.

---

<sup>299</sup> En palabras de A. HUERGO LORA, “La única forma de entender el riesgo de suministro como una forma de riesgo operacional (es decir, concesional) consiste en interpretarlo en el sentido de que el concesionario asume el riesgo de que, como consecuencia de un posible exceso de demanda, se agote el servicio o las posibilidades de uso de la obra concedida, de forma que, aunque él esté cumpliendo correctamente la prestación, se produzca una denegación de uso o no se cumplan los estándares de calidad. Por ejemplo, el concesionario asumiría el riesgo de que se produjeran embotellamientos en la autopista concedida, y en ese caso dejaría de cobrar la remuneración.” “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, Documentación Administrativa: Nueva Época nº 4, 2017, pág. 46. ISSN-e 1989-8983

<sup>300</sup> L. MÍGUEZ MACHO, “La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la directiva 2014/23/UE: repercusiones para el derecho español” en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 395-408. ISBN 978-84-9098-454-3. Y en libro col. *Las nuevas Directivas de contratación pública* (dir.) S. RODRÍGUEZ-CAMPOS, Marcial Pons (Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo), 2016. Págs. 217-232. ISBN 978-84-9123-089-2. Opinión compartida por M.E. LÓPEZ MORA: “particularmente defiendo que, sobre la base del Considerando 20 y la jurisprudencia del Tribunal, debe ser entendido como el riesgo de construcción y riesgo de disponibilidad vinculado a la demanda sin que en ningún caso deba admitirse que el riesgo de disponibilidad, por sí solo, sea suficiente para calificar un contrato como contrato de concesión”. *Los contratos de concesión a la luz de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión: retos y novedades*. Atelier 2019, pág. 367. ISBN: 9788417466404.

<sup>301</sup> A. HUERGO LORA, “Skin the game: Riesgo Operacional y Responsabilidad Patrimonial Administrativa”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 74, lustel, marzo 2018, págs. 20-33. ISSN 1889-0016

<sup>302</sup> Como muy claramente explica P. VALCÁRCEL, “En otras palabras, el riesgo de suministro sería el riesgo vinculado a la oferta que prepara el concesionario que puede encontrar respuesta en una demanda efectiva y suficiente para cubrir inversiones y costes y obtener un beneficio”. “Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 74, lustel, marzo 2018, pág. 58. ISSN 1889-0016.

No obstante todo lo anterior, algunos autores como M. RICCHI, consideran que la utilización de este término se debe a la voluntad del legislador europeo de reconstruir el riesgo operacional, sin hacer referencia al SEC, pero no necesariamente renunciando al concepto de riesgo de disponibilidad en sí. Teoría que podría entenderse, o bien como la ampliación del concepto de riesgo de disponibilidad de las concesiones frías a las concesiones calientes que acabamos de explicar; o bien, como el mismo riesgo, con distinto nombre. Aunque esta última teoría no tiene mucho sentido si se piensa que en la propuesta de Directiva se mantenía el riesgo de disponibilidad, eliminándose en la Directiva definitiva.

Otros autores descartan esta teoría, identificando el riesgo de disponibilidad con circunstancias internas del contrato y el riesgo de oferta o suministro con circunstancias externas a la gestión del negocio concesional, lo que hace imposible tanto su identificación como la extensión de un concepto en el otro<sup>303</sup>.

Como vemos, la discusión está servida y ello porque la Directiva no hace una definición en profundidad de este riesgo tan novedoso, al que además, da dos nombre diferentes: riesgo de oferta y riesgo de suministro, lo que ha supuesto que la traducción de la Directiva a los diferentes Estados Miembros haya sido variada. En inglés se ha optado por el término de suministro, mientras que en francés o italiano, han preferido el de oferta. En español, el riesgo de oferta aparece en el considerando 20, mientras que es el riesgo de suministro el que aparece en el artículo 5 dedicado a las definiciones. La cuestión es si esto afectará al tipo de contrato que se podrá considerar concesión en cada uno de estos países<sup>304</sup>.

### **3.3. Riesgo de disponibilidad**

En el texto final de la Directiva se excluye toda referencia al denominado “riesgo de disponibilidad” en el que, hasta la promulgación de esta Directiva, sí se insistía desde las instancias comunitarias y al que se aludía en los documentos preparatorios de la Directiva hasta bien avanzado su proceso de aprobación. Es curioso, porque este riesgo de disponibilidad contaba con una amplia casuística en el TJUE, además de contemplarse expresamente en los documentos de EUROSTAT<sup>305</sup>.

---

<sup>303</sup> Entre otros A. ROMÁN MÁRQUEZ, “El riesgo en las concesiones de obras y servicios públicos: orígenes, evolución y situación actual en el ordenamiento jurídico comunitario”, Revista Española de Derecho Comunitario nº 182. Enero-Marzo 2017, págs. 445-481.

<sup>304</sup> M. E. LÓPEZ MORA, *Los contratos de concesión a la luz de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión: retos y novedades*. Atelier 2019, pág. 193-196. ISBN: 9788417466404

<sup>305</sup> “El mayor problema jurídico estriba en distinguir este «riesgo de disponibilidad», que en las normas SEC-2010 es suficiente para que un contrato de colaboración público-privado (PPP) no compute como

Un motivo para justificar su desaparición, podría ser la intención de crear un concepto de riesgo que exceda el recogido en estos documentos, ya que este riesgo es característico de las concesiones “*frías*”, en las que la Administración concedente versa un canon al concesionario en función del rendimiento del mismo, en base a unas condiciones pactadas<sup>306</sup>.

El riesgo de disponibilidad se refiere a estándares o requisitos de calidad de la obra o de los servicios prestados, estipulados en el contrato de concesión. Para considerar que el concesionario asumía este riesgo, los pagos realizados por la Administración debían depender del efectivo cumplimiento por el contratista de las condiciones establecidas en el contrato<sup>307</sup>. Parece claro que el cumplimiento de los requisitos de calidad y cantidad, que es un riesgo interno de la concesión, vinculado a la gestión de la misma, sí está en manos del concesionario, y por lo tanto, su transferencia, que es un elemento inherente a cualquier tipo de contrato, no ayudaría a distinguir un contrato de una concesión ya que es dudosa su concepción como riesgo<sup>308</sup>. Es

---

*déficit y deuda públicos (siempre que el contratista asuma también el riesgo de construcción), del normal «riesgo y ventura» que afecta a todo empresario y que en la contratación pública está expresamente colocado a cargo del contratista.”* A. HUERGO LORA, “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, Documentación Administrativa: Nueva Época nº 4, 2017, pág. 43. ISSN-e 1989-8983

<sup>306</sup> M. RICCHI, “I contratti di concessione 2.€.” en libro col. *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato - Temi europei, istituti nazionali e operatività* (dir.) G.F. CARTEI, M. RICCHI, Editoriale Scientifica Napoli, 2015, págs. 49-77.

<sup>307</sup> “Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho nº 74, Iustel, marzo 2018, págs. 58-59. ISSN 1889-0016.

<sup>308</sup> Como dice A. HUERGO LORA, “Digamos que, si aceptáramos «riesgo de disponibilidad» como equivalente a «riesgo de suministro» y, por tanto, como una forma de asunción de riesgos suficiente para que el contrato sea una auténtica concesión, estaríamos al límite del concepto de concesión. ¿Por qué? Porque **si alguna diferencia ha de existir entre el contrato de concesión y los contratos de obra o servicio, ésta consiste en que al concesionario, a diferencia de lo que sucede con los contratistas de obras o de servicios, no le basta, para cobrar, con ejecutar bien su prestación. El cobro de la prestación requiere algo más, que no depende de su voluntad sino de hechos ajenos a la misma. El ejemplo más claro es el riesgo de demanda: no basta construir y gestionar bien la autopista, hace falta que los usuarios quieran circular por ella. En cambio, el «riesgo de disponibilidad» supone que basta tener la autopista en condiciones de ser usada (con las características fijadas en el contrato). Parecería que, en el riesgo de disponibilidad, el único riesgo que asume el concesionario es el de que el contrato no sea rentable porque no le permita cubrir costes, pero ese riesgo lo asume cualquier contratista, público o privado (en el contrato de obra, pero también en el de servicios, por ejemplo).**” “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, Documentación Administrativa: Nueva Época nº 4, 2017, pág. 46. ISSN-e 1989-8983. Véase también L. MÍGUEZ MACHO, “La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la directiva 2014/23/UE: repercusiones para el derecho español” en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015., págs. 395 - 408. ISBN 978-84-9098-454-3. Y en libro col. *Las nuevas Directivas de contratación pública* (dir.) S. RODRÍGUEZ-CAMPOS, Marcial Pons (Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo), 2016, págs. 217-232. ISBN 978-84-9123-089-2.

más, en España, la normativa permite penalizar a un contratista que no cumple con las condiciones pactadas en contrato, si así está previsto en los pliegos<sup>309</sup>.

Como bien dice P.VALCÁRCEL: *“Digamos que si la retribución de la concesión se basa exclusivamente en pagos por disponibilidad por parte de la Administración contratante, el concesionario asume un riesgo muy semejante al que asumiría un contratista de obras o servicios. Y precisamente ahí radicaría el problema para entenderlo integrado en la idea de “riesgo operacional”, pues tal como se ha presentado, el riesgo de disponibilidad sería un riesgo sobre el que el adjudicatario tendría el control y no parece que esto case bien con las previsiones de la Directiva”*<sup>310</sup>.

En efecto, a priori, alcanzar unos determinados niveles en la prestación, es un factor perfectamente controlable por el operador económico, y por ello, si atendemos a la lógica de que el riesgo debe quedar en manos de quien lo controla, siempre debería transferirse al concesionario<sup>311</sup>. Pero es que además, si es un factor controlado, podría dudarse de su calificación como riesgo y esta podría ser la causa de su eliminación en el texto definitivo de la Directiva.

En cualquier caso, para que este “discutible” riesgo se considere en manos del concesionario, es preciso que se fijen en contrato los parámetros “medibles”, entre los que deberá situarse la calidad y cantidad de la prestación, así como la periodicidad de estas valoraciones. En el contrato se deberán determinar también las penalizaciones automáticas y considerables en relación con los ingresos del concesionario, si no mantiene estos parámetros<sup>312</sup>.

---

<sup>309</sup> Véase el artículo 192. *Incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso* de la LCSP (anteriormente recogido en el artículo 212. *Ejecución defectuosa y demora* del TRLCSP).

<sup>310</sup> P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 74, Iustel, marzo 2018, pág. 58. ISSN 1889-0016.

<sup>311</sup> Como dice R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, *“Así las cosas no será fácil que la transferencia del riesgo de disponibilidad, tal y como se define en el citado SEC-2010, pueda considerarse por sí solo suficiente como para entender que hay verdadera transferencia de un riesgo operacional en la explotación derivado de factores ajenos al contratista en el sentido de la Directiva de concesiones. Construir, gestionar y explotar una obra o servicio con mayores o menores estándares o requisitos de calidad es algo que el contratista sí puede controlar, y es, a su vez, un elemento inherente a cualquier contrato público.”* “En torno a la controvertida compatibilidad del concepto de concesión con la responsabilidad patrimonial de la Administración en caso de resolución”, *Ius Publicum. Network Review* nº 2, 2017, pág. 13. ISSN20392540.

<sup>312</sup> Véase R. MARTÍNEZ MANZANEDO, “La contabilidad de la colaboración público-privada en el contexto del Sistema Europeo de Cuentas (SEC 95)”, *Presupuesto y gasto público* nº 45, 2006, págs. 187-198. ISSN 0210-5977.



En España, especialmente durante los años de profunda recesión económica, se articularon gran número de “concesiones” (entre paréntesis, porque a tenor de la nueva Directiva ya no podían considerarse como tales, aunque sí desde el punto de vista del SEC 2010, si los riesgos están correctamente transferidos) en las que el riesgo que se transfería era precisamente el de disponibilidad. Y ello porque así, el operador económico, al no deber soportar el riesgo de demanda especialmente incierto durante las crisis, se avenía a participar en un proyecto y la Administración podía ofrecer infraestructuras o servicios para los que no contaba con presupuesto suficiente o para los que no podía endeudarse. La operación así se contabilizaba fuera del balance público.

En la actualidad, como hemos visto en este mismo capítulo en el epígrafe **2. Clasificación de las concesiones en función del tipo de riesgo y del número de participantes**, la nueva LCSP reconoce expresamente este riesgo en las concesiones de obra<sup>313</sup>. Sin embargo, la posibilidad de transferir este riesgo queda excluida en las concesiones exclusivamente de servicios, lo que resultará problemático en sectores donde el riesgo de demanda sea muy reducido<sup>314</sup>.

El control sobre este riesgo es real cuando nos referimos a indicadores de calidad que sean fácilmente comprobables por la Administración concedente. El problema llega cuando la información que tienen concesionario y concedente es asimétrica, en un claro caso de problema agente-principal, cuya complejidad aumenta a la par que la del contrato. Esta asimetría impide a la Administración verificar todos los parámetros de calidad, algunos de los cuales sólo serán observables por los usuarios. Con esto no queremos decir que esta contingencia se convierta en caso de información asimétrica en riesgo *real* de disponibilidad, sino que es el poder o entidad

---

<sup>313</sup> Véase el apartado 4 del artículo 267 de la LCSP. La cuestión es porque no se ha extendido esta posibilidad a los contratos de concesión de servicio. Como dice A. HUERGO LORA: “*puede que el origen de esta diferencia normativa se encuentre en las reglas del SEC 2010, que, (...) están pensando siempre en contratos con un “activo” (una obra) que es necesario financiar y en los que el concesionario está asumiendo también el riesgo de construcción. (...) Parece que la Ley, sin duda no por casualidad ha querido terciar en la cuestión discutida sobre la relación entre “riesgo de suministro” y “riesgo de disponibilidad”, admitiendo expresamente las concesiones de obra con pagos por disponibilidad (es decir, sin riesgo de demanda), que es probablemente el supuesto más discutible y el que tendría más acogida en el mercado, lo que ya ha sido objeto de crítica*”. “Skin the game: Riesgo Operacional y Responsabilidad Patrimonial Administrativa”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho nº 74, Iustel, marzo 2018. Pág. 30. ISSN 1889-0016

<sup>314</sup> Véase X. LAZO VITORIA, “El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión” en libro col. *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público*. (coord.) J.M. GIMENO FELIÚ, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, págs. 517-543. ISBN: 9788491776277 9788491776253 y P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho nº 74, Iustel, marzo 2018, págs. 59-60. ISSN 1889-0016.

concedente el que se encontrará en mayor riesgo de que las condiciones pactadas no se cumplan y de que no se apliquen las penalizaciones, con el perjuicio al interés público que ello supone. Pero el concesionario seguirá teniendo el control del cumplimiento.

Lo que ocurre es que, en el negocio concesional, el concesionario (privado/agente) y el concedente (público/principal) tienen intereses contrapuestos. El privado persigue maximizar los beneficios y la Administración, el cumplimiento del interés público, que implica la mejor prestación del servicio conteniendo el gasto público. Si la Administración tiene toda la información, el privado seguirá actuando con fin de lucro, pero no perjudicará los intereses generales. Sin embargo, esta es una situación que se da en raras ocasiones. De ahí que los momentos críticos en este contrato sean tres<sup>315</sup>:

1. La elección de la oferta económicamente más ventajosa y del concesionario que puede ejecutarla. Para ello, es preciso utilizar un procedimiento competitivo adecuado, por lo que la Administración deberá estar convenientemente informada.

En caso contrario, la administración concedente es susceptible de sufrir los efectos de la selección negativa o "*adverse selection*", que consiste en que los operadores que presentan la peor oferta o que carecen en mayor medida de los requisitos deseados, tienen mayores probabilidades de conseguir el contrato. Esta paradoja se da cuando una de las partes contratantes no puede controlar el tipo o la calidad de los bienes en el mercado por asimetría de la información. Como la entidad no conoce el mercado ni las características del producto que compra, en sus pliegos hace especial hincapié en criterios que sí puede controlar pero que no llevan necesariamente al mejor resultado, como es el precio. Así, los vendedores que ofrecen bienes de mayor calidad, y por tanto más caros, no tienen incentivos a participar, mientras que aquellos, que por ofrecer productos de peor calidad rebajan sus precios, se ven muy motivados a competir por el contrato. Se selecciona la oferta de peor calidad que sólo resulta competitiva en precios.

El problema no es sólo a corto plazo en una única concesión, si no que esta selección basada en el único criterio precio, llevará a que los vendedores que ofrecen los mejores bienes se retiren del mercado por falta de demanda y a que se reduzca la calidad general. Para contrarrestar este problema hay algunas medidas colectivas como ofrecer determinadas garantías, sellos de calidad, etc.

---

<sup>315</sup> G. FIDONI, "Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della Direttiva 2014/23/UE", Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario nº 1. A. 25. (Dir.) M. P. CHITI, G. GRECO. GIUFFRÈ 2015, págs. 101-193.

Lo cierto es que la Directiva 2014/23/UE se anticipa al problema, advirtiendo que, en la adjudicación de las concesiones, es preciso buscar la ventaja económica *global*. En este sentido, el considerando 73 afirma que:

*“El poder adjudicador o la entidad adjudicadora debe examinar las ofertas atendiendo a uno o más criterios de adjudicación. Con el fin de garantizar la transparencia e igualdad de trato, los criterios de adjudicación de concesiones deben siempre ajustarse a una serie de normas generales. **Estas normas pueden referirse a factores que no sean de índole puramente económica pero que incidan en el valor de una licitación desde el punto de vista del poder adjudicador y permitan al poder o entidad adjudicadores determinar que existe una ventaja económica global.** Tales criterios han de hacerse públicos de antemano a todos los posibles candidatos o licitadores, **deben estar relacionados con el contenido del contrato** y no conferir al poder adjudicador o la entidad adjudicadora una libertad de elección sin restricciones. **Deben garantizar la posibilidad de competencia efectiva** e ir acompañados de requisitos que permitan que la información proporcionada por los licitadores se verifique efectivamente.*

*Debe ser posible **incluir en los criterios de adjudicación, entre otros, criterios medioambientales, sociales o relacionados con la innovación.** Los poderes o entidades adjudicadores deben asimismo indicar los criterios de adjudicación en orden descendente de importancia, a fin de garantizar la igualdad de trato de los licitadores potenciales permitiéndoles conocer, a la hora de preparar sus ofertas, todos los elementos que se han de tomarse en consideración.”*

Como cada concesión es diferente, no existe una regla general para determinar cuál es el mejor procedimiento para determinar qué oferta presenta un mayor *Value For Money*. Se debe atender al caso concreto. Por ejemplo, si la asimetría de la información es grande, por desconocer la administración concedente el mercado, recurrir a procedimientos rígidos, como el abierto o el restringido, puede presentar más desventajas que ventajas. El diálogo competitivo estaría plenamente justificado en este caso, si además se dan las notas de complejidad y largo plazo del contrato, constantes en casi todos los negocios concesionales. De hecho, ya el *Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* de 2004 recomendaba este procedimiento para su adjudicación, ya que disminuye la asimetría informativa.

Como además, la nueva Directiva 2014/23/UE no obliga al concedente a utilizar uno de los procedimientos de adjudicación de contratos, sino que les da libertad para utilizar procedimientos flexibles y negociados, a fin de aumentar su conocimiento del mercado,

parece que un procedimiento con las notas del diálogo competitivo podría ser la solución para reducir la asimetría informativa.

2. La ejecución del contrato. Para eliminar la asimetría informativa en este momento existen figuras como el director de obras, el responsable del procedimiento y los Building Information System (BIM), que estudiaremos con detenimiento en el **CAPÍTULO VI: LA GESTIÓN DEL RIESGO**, dentro de su **epígrafe 5. Proceso de gestión de riesgos**. Sin embargo, esto no basta y el clausulado del contrato, que debe contener sanciones e incentivos, es clave.
3. Las eventuales renegociaciones del contrato, especialmente en el caso de contratos de larga duración, ya que no se conocen de antemano todos los elementos y circunstancias de la fase de ejecución. Además, como consecuencia del desarrollo y la innovación, las condiciones cambian y no están perfectamente determinadas desde el principio.

Una monitorización constante por parte de la Administración, que tal vez podría incluirse entre las funciones del Responsable de Contrato, ayudaría a reducir, sino eliminar, la asimetría de la información. Esta monitorización, que debería tener lugar tanto en la fase de construcción, si nos encontramos en una concesión de obras (con especial incidencia en la fase de redacción del proyecto); como en la fase de ejecución, si es una concesión de obras o de servicios, debería llevarse a cabo mediante sistemas informáticos (como los BIM), y permitiría saber cuándo hay retrasos de ejecución, lo que supondría la aplicación automática de las penalidades previstas en contrato; o si se han producido alguno de los riesgos asumidos por el concesionario, lo que implicaría que debería hacer frente a los costes suplementarios. Lo más interesante es que este sistema informático de control puede estar incluido dentro del contrato a cargo del operador económico, que deberá incluirlo en su propuesta, y vendrá valorado a la hora de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa.

Como ejemplo de establecimiento de un sistema de monitorización como criterio de adjudicación, tenemos el *“progetto pilota di Bolzano per la realizzazione del primo Istituto Penitenziario in PPP”* (modalidad prototípica de concesión *“fría”*<sup>316</sup>).

La provincia autónoma de Bolzano publicó en 2013 un anuncio de concesión por valor de 72 millones de euros, referido a la financiación, diseño y planificación, construcción y gestión de

---

<sup>316</sup> M. RICCHI, “Webinar Partenariato Pubblico Privato (PPP) per infrastrutture materiali e immateriali: esperienze e strumenti”, Formazione IFEL per i Comuni. 3 Novembre 2017. <http://www.fondazioneifel.it/documenti-e-pubblicazioni/item/9054-slide-partenariato-pubblico-privato-ppp-per-infrastrutture-materiali-e-immateriali-esperienze-e-strumenti> (Consultado el 12.12.2017)

la nueva institución penitencia. La adjudicataria es la empresa Inso, controlada por la sociedad Condotte SPA con sede en Roma. Que este proyecto se lleve a cabo a través de una CPP con *Project Finance* se debe principalmente al grave déficit de estructuras carcelarias de Italia<sup>317</sup>.

Del estudio de viabilidad se desprende que la provincia pagará al operador económico de tres maneras diferentes. En primer lugar, durante la fase de la construcción, con una subvención de capital del 45% de los costes de planificación y ejecución de las obras. Esta cantidad, que no podrá superar el importe de 26 millones de euros, se pagará en función de la realización de las obras<sup>318</sup>.

En segundo lugar, se pagará anualmente un canon de servicios, que coincidirá exactamente con el coste que estos suponen para el concesionario. Es decir, serán los prestadores de servicios, subcontratados por el operador económico, los que obtengan un margen de beneficio por este canon, no el operador en sí. Se hace así para evitar que haya un doble margen de beneficios, reduciendo así los costes para la Administración concedente y para que esta pueda también controlar mejor los precios.

En tercer lugar, se pagará el canon de disponibilidad, en función de unos criterios previamente fijados, que es el que paga la deuda contraída y el capital invertido<sup>319</sup>. Esta subdivisión entre canon de servicios y canon de disponibilidad es una verdadera novedad dentro de los contratos de CPP.

En esta Colaboración Público-Privada (categoría amplia que incluye, como ya hemos visto, la concesión y que se caracteriza por la transferencia del riesgo de disponibilidad y no el de oferta) de obra y posterior gestión, cuya duración, debido a un límite legal específico del sector carcelario, es de máximo 20 años, los pliegos dan únicamente 12 puntos al criterio precio y enumeran hasta 7 criterios referidos a la calidad, con sus correspondientes subcriterios, que permiten identificar la oferta económicamente más ventajosa. Uno de ellos es precisamente el establecimiento de un sistema de monitorización, tanto en la fase de construcción (al que se asignan 5 puntos) como en la de gestión posterior (con otros tantos puntos)<sup>320</sup>. Es también de

---

<sup>317</sup> D. ALIPRANDI, "Bolzano: primo caso di project financing riferito all'edilizia carceraria", Il Dubbio, 20.10.2016 <http://www.ristretti.org/Le-Notizie-di-Ristretti/bolzano-primo-caso-di-project-financing-riferito-alledilizia-carceraria> (Consultado el 12.12.017)

<sup>318</sup> A. LERBINI, "A Bolzano bando da 72 milioni per il carcere in project financing", Quotidiano del Sole 24 Ore. Edilizia e Territorio. 16.07.2013 [http://www.ediliziaeterritorio.ilsole24ore.com/art/bandi/2013-07-16/bolzano-gara-milioni-primo-103827.php?uid=AbblqdeI&refresh\\_ce=1](http://www.ediliziaeterritorio.ilsole24ore.com/art/bandi/2013-07-16/bolzano-gara-milioni-primo-103827.php?uid=AbblqdeI&refresh_ce=1) (Consultado el 12.12.2017)

<sup>319</sup> G. FERRANTE, "Il Project Finance nel PPP per la realizzazione di opere pubbliche: Il caso del carcere di Bolzano", Conferencia del 28 de Noviembre de 2017 en la Universidad de Bolzano.

<sup>320</sup> Para más información véase

interés la asignación de 5 puntos a la elaboración de una matriz de riesgo y de 18 al VAN de las fuentes públicas de financiación, así como 12 al canon por servicios.

Otro ejemplo al respecto lo encontramos en Reino Unido, donde la normativa de contratación impone desde 2016 la utilización de sistemas de monitorización en los proyectos de infraestructuras públicas. De hecho están publicados estándares especiales que se deben utilizar: son el PAS 1192-2 y el PAS 1192-3-4<sup>321</sup>.

Para concluir este apartado dentro del epígrafe **3. El riesgo en la Directiva 2014/23/UE**, diremos que este riesgo de disponibilidad no se puede equiparar al riesgo de suministro u oferta que es el actualmente recogido en el texto definitivo de la Directiva. Entre otras cosas porque el riesgo de oferta sí que supone una incertidumbre real, y el de disponibilidad no.

Aunque en algunos Estados Miembros de la UE (por ejemplo en España nuestra nueva LCSP reconoce los pagos por disponibilidad en concesiones de obras), veremos en el capítulo dedicado al sistema concesional en Italia, que la doctrina critica muy duramente el mantenimiento de este riesgo en las figuras paraconcesionales, porque genera inseguridad jurídica, por un lado, el no saber cuál es el riesgo que conviene aplicar según nos encontremos ante figuras reguladas por las Directivas y en umbrales comunitarios o no; y por otro, el hecho de que el riesgo de oferta es más amplio que el de disponibilidad y lo abarca.

Por otro lado, en España hasta ahora, muchos contratos concesionales se basaban en la transferencia del riesgo de disponibilidad, ya que la crisis había aumentado la aversión al riesgo de demanda de los concesionarios, haciendo muy costosa su transferencia. La problemática se dará porque estos contratos de larga duración, no casan con el concepto de concesión de la nueva Directiva, ya que no se ha producido la transferencia del riesgo operacional, según su tenor literal.

### **3.4. Riesgo de construcción**

Según EUROSTAT, el riesgo de construcción será asumido por el concesionario si la administración concedente no debe hacerse cargo de los costes por fallos en la gestión del concesionario. Por ello, son indicadores de que el riesgo de construcción no ha sido efectivamente transferido, tanto la obligación de la administración de efectuar pagos regulares

---

[https://www.ristretti.it/commenti/2014/febbraio/pdf2/carcere\\_bolzano.pdf](https://www.ristretti.it/commenti/2014/febbraio/pdf2/carcere_bolzano.pdf) y <http://www.bandialtoadige.it/> (Consultadas el 12.12.2017)

<sup>321</sup> Para más información véase

<http://www.bimtaskgroup.org/pas1192-3/> y [http://shop.bsigroup.com/upload/Construction\\_downloads/PAS1192-3%20final%20bookmarked.pdf](http://shop.bsigroup.com/upload/Construction_downloads/PAS1192-3%20final%20bookmarked.pdf) (Consultadas el 12.12.2017)

al concesionario, sin tener en cuenta el estado efectivo de la infraestructura en construcción y el pago sistemático por costes adicionales que se deriven de la construcción sin justificación. Al igual que el riesgo de demanda y el de disponibilidad, no tiene por qué ser asumido por una de las partes en su totalidad, pudiendo ser compartido.

A pesar de la importancia que da el *Reglamento (UE) Nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea* (el SEC 2010) a este riesgo, éste no aparece expresamente recogido en la Directiva de Concesiones. Este texto hace referencia únicamente al riesgo de demanda y al de oferta o suministro, pareciendo incluir el de construcción en caso de construcciones de obras dentro del primero.

Esta inclusión del riesgo de construcción dentro del riesgo de demanda, nos parece cuanto menos discutible ya que, si bien es cierto que, si la explotación de la infraestructura beneficia directamente a los usuarios, se estará transfiriendo el riesgo de construcción y de demanda (con lo que se podría decir genéricamente que se transfiere el riesgo de demanda); si beneficia a la Administración, se transmitirá el de construcción y de oferta (y no de demanda), ya que supone que la obra no cumple las características fijadas previamente<sup>322</sup>.

Ésta no es una cuestión menor, ya que es en esta relativamente corta fase, en relación con toda la vida de la concesión, donde se destina la mayor parte de la inversión. Lo que implica que, si el reparto de riesgos está mal hecho y, consecuentemente, surgen imprevistos que disparan los costes y no se sabe quien debe asumirlos, el equilibrio futuro de la concesión se verá amenazado.

¿Cuál es el motivo de esta exclusión? A. ROMÁN MARQUEZ afirma que no se trata de un descuido del legislador europeo, sino que, al igual que el riesgo de disponibilidad, el riesgo de construcción ha sido excluido motivadamente, siendo la justificación la misma que en el caso del primero. Y es que, ambos son riesgos internos al contrato, referido este último además a una fase anterior a la explotación de la infraestructura o servicio, por lo que no podría identificarse con el riesgo operacional íntimamente relacionado con la explotación.

Según este autor, tal y como está configurado el riesgo operacional en la Directiva de Concesiones, sería posible encontrar una concesión de obra en la que el riesgo de construcción fuera completamente asumido por la Administración, siempre que en la fase de explotación

---

<sup>322</sup> F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ opina que “de acuerdo con la doctrina económica el riesgo comercial o de mercado comprende tanto el riesgo de demanda como el riesgo de oferta, y que este último está compuesto, a su vez, por los riesgos de construcción y de disponibilidad” *La nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Aranzadi, Navarra 2018, pág. 378. ISBN: 978-84-9197-030-9

quedase efectivamente transferido el riesgo operacional<sup>323</sup>. Esto es una interesante posibilidad, de cara a generar interés por este tipo de contratación entre el sector privado, que deberá asumir menos riesgos.

Otra explicación, por la que nos inclinamos, es que el SEC 2010 se refiere a concesiones de obras y de servicios en las que la ejecución de obras es una parte vital del contrato es decir, exige la inversión en un activo, cosa que no sucede con la Directiva, que incluye entre su ámbito objetivo de aplicación concesiones donde, o bien o no hay obra e inversión, o bien se explota una infraestructura ya existente<sup>324</sup>.

### **3.5. La tarifa y el canon frente a la tasa y el precio público. La potestad tarifaria y la potestad tributaria de la Administración**

En el marco de la transferencia del riesgo operativo es importante hacer una serie de precisiones terminológicas<sup>325</sup>.

En primer lugar, es importante distinguir el término tarifa, que es el pago en una concesión cuando lo que se transfiere es el riesgo de demanda, del término canon, que es el pago que hace la Administración cuando lo que se transfiere es el riesgo de disponibilidad/oferta en concesiones “frías”, cuando el tercero es usuario indirecto, o cuando es la misma Administración concedente la usuaria.

Ambos derivan de la “potestad tarifaria” de la Administración, o más bien, de la transferencia del riesgo al concesionario y su consecuente remuneración por la explotación. En la fijación de la tarifa o canon, y para garantizar la independencia en la gestión, el concesionario debe disponer un cierto margen de actuación<sup>326</sup>.

Estos términos no deben confundirse con aquellos derivados de la potestad tributaria, como son las tasas y los precios públicos y que son ingresos de derecho público<sup>327</sup>. Y no deben

---

<sup>323</sup> A. ROMÁN MÁRQUEZ, “El riesgo en las concesiones de obras y servicios públicos: orígenes, evolución y situación actual en el ordenamiento jurídico comunitario”, *Revista Española de Derecho Comunitario* nº 182. Enero-Marzo 2017, págs. 464-467.

<sup>324</sup> A. HUERGO LORA, “Skin the game: Riesgo Operacional y Responsabilidad Patrimonial Administrativa”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 74, Iustel, marzo 2018, págs. 20-33. ISSN 1889-0016. Del mismo autor “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Documentación Administrativa: Nueva Época* nº 4, 2017, págs. 31-51. ISSN-e 1989-8983.

<sup>325</sup> F.J. VILLAR ROJAS, *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos (estudio de su naturaleza y régimen jurídico)*, Comares, 2000. ISBN: 84-8444-052-4

<sup>326</sup> STJUE de 28 de febrero de 2013 (C-483/10 Comisión-Reino de España) ECLI:EU:C:2013:114.

<sup>327</sup> En cuanto al debate doctrinal entre tasa, precio público, precio privado, y finalmente tarifa, es de interés F. CACHARRO GOSENDE, “La concesión de servicios en la LCSP/2017” en libro col. *La nueva contratación pública en el ámbito local claves para una contratación electrónica y transparente* (dir.) M<sup>a</sup>



confundirse porque, siguiendo la tesis de TORNOS MAS, al ser recaudación para un gasto público, una tasa puede computar a efectos del déficit de acuerdo con los criterios EUROSTAT<sup>328</sup>. De hecho, la configuración de la retribución como tasa (que en la actualidad queda fuera de las posibilidades de la entidad contratante) implicaría que no nos encontraríamos ante una concesión de servicios, porque al ser un ingreso tributario se elimina la transferencia del riesgo operacional<sup>329</sup>:

*“Así, se aclara la naturaleza jurídica de las tarifas que abonan los usuarios por la utilización de las obras o la recepción de los servicios, tanto en los casos de gestión directa de estos, a través de la propia Administración, como en los supuestos de gestión indirecta, a través de concesionarios, como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario”<sup>330</sup>.*

En este sentido es muy explícita la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2001 en su fundamento jurídico octavo<sup>331</sup>:

*“(…) las prestaciones que los usuarios abonan al concesionario de un servicio, no son tasas ni prestaciones patrimoniales de carácter público en el sentido del artículo 31.3 de la Constitución, sino contraprestaciones al servicio prestado por el concesionario que este hace suyas por título de derecho privado, sin perjuicio de la intervención que la Administración concedente puede tener en su fijación en ejercicio de la potestad tarifaria que le corresponde distinto de la potestad tributaria; y así la sentencia de 29 de Enero de 1998, (Sección 2ª de esta Sala Tercera de este Tribunal Supremo), ratificada en la de 4 de Marzo siguiente, afirma que “ la tarifa (o precio o contraprestación), como se indica en la doctrina más generalizada, se ordena y analiza abstractamente en la normativa de gestión de los servicios públicos, se establece y fija al formalizar un contrato (de gestión de servicios), no puede exigirse generalmente por vía de apremio y es*

---

C. CAMPOS ACUÑA, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 1099-1103. ISBN: 9788470527531

<sup>328</sup> J. TORNOS MAS, “La tarifa como forma de retribución de los concesionarios: una figura constitucional y necesaria”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho nº 24, 2011, págs. 22-29. E “Informe sobre la contraprestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua: La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 (RI§1151068)”, Revista Derecho Municipal, lustel nº 10, marzo de 2016. Sin embargo, este mismo autor afirma que sería posible configurar una concesión en la que los usuarios abonen una cantidad, en forma de tasa a la Administración, pero la cantidad que esta Administración abona al prestador del servicio dependa del volumen del mismo, transfiriéndose así el riesgo operacional. Véase J. TORNOS MAS, “La tarifa como forma de retribución de los concesionarios de servicios en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho nº 74, lustel, marzo 2018, págs. 14-19. ISSN 1889-0016

<sup>329</sup> Véase J. GARCÍA HERNÁNDEZ, “El fin de las concesiones administrativas de gestión de servicios públicos en los supuestos en los que la retribución que abonan los usuarios tengan naturaleza de tasa: ¿y ahora qué?”, Revista Derecho Local nº 38, febrero de 2016.

<sup>330</sup> Preámbulo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Véase S. MUÑOZ MACHADO, Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo XIII. Contratos del sector público. BOE, Madrid, 2018, págs. 111-114. ISBN 978-84-340-2496-0

<sup>331</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2001 (STS 3530/2001). Número de recurso: 618/1998. ECLI: ES:TS:2001:3530

susceptible de discutirse, incluso, ante la Jurisdicción Civil. Y, por otro lado, **la tasa propiamente dicha, el precio público** o, después de la sentencia del Tribunal Constitucional 185/1985, la prestación patrimonial de carácter público del artículo 31.3 de la Constitución se regulan abstractamente en la **normativa propia de los ingresos de derecho público**, se imponen, ordenan y especifican de acuerdo con dicho régimen jurídico, **pueden exigirse por vía de apremio y se impugnan a tenor de lo expuesto en las reglas tributarias [...]** puede concluirse, pues ya, que **la tarifa es el producto del ejercicio de la potestad tarifaria de la Administración (y no de la potestad tributaria)** y es, por ello, **diferenciable de la tasa y del precio público**, pues estas dos últimas contraprestaciones constituyen, más bien **ingresos de derecho público que, como tales, conforman la Hacienda Pública** (en este caso, Local), **y las tarifas son el precio fijado por la Administración para remunerar a quien, en régimen de derecho privado presta el servicio. En los supuestos del concesionario [...] la tarifa adopta una conformación contractual**, en cuanto a pesar de ser fijada unilateralmente por la Administración su importe de vincula al objeto del servicio y **puede verse afectada en su cuantificación por la alteración del equilibrio financiero del contrato o negocio por el que se confiere la actividad prestacional**".

No es una cuestión sin efectos prácticos pues, como bien advierte TORNOS MAS, "la tasa supone recaudación para un gasto público. Esto determinará que el servicio se convierte en un gasto que puede computar a efectos del déficit municipal. De acuerdo con los criterios EUROSTAT en relación con el tratamiento contable de los modelos concesionales, un cambio de modelo como el que se plantea (unido a otros datos adicionales como el compromiso de reversión de las instalaciones a la finalización del contrato), puede implicar que los compromisos de pago adquiridos por el Ayuntamiento por la duración total del contrato consoliden en su contabilidad, a efectos del cálculo del déficit y la deuda".

De ahí que la LCSP, ya en su parte dispositiva, se ratifique en el término tarifa y aclare que "tendrá la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario"<sup>332</sup>.

Al tratarse de una prestación patrimonial, a tenor del apartado 3 del artículo 31 de la Constitución española, tendrá que regularse por ley: "Sólo podrán establecerse **prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley**". De ahí que el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales afirme que se deben regular mediante ordenanza, dando la base legal para ello<sup>333</sup>.

---

<sup>332</sup> Véase el artículo 267. *Retribución por la utilización de las obras*, el artículo 285. *Pliegos y anteproyecto de obra y explotación*, el artículo 289. *Prestaciones económicas* y la Disposición adicional cuadragésima tercera. *Naturaleza jurídica de las contraprestaciones económicas por la explotación de obras públicas o la prestación de servicios públicos en régimen de Derecho privado*.

<sup>333</sup> En concreto el apartado 6: "Las **contraprestaciones económicas establecidas coactivamente que se perciban por la prestación de los servicios públicos** a que se refiere el apartado 4 de este artículo, **realizada de forma directa mediante personificación privada o mediante gestión indirecta, tendrán la condición de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario** conforme a lo previsto en el artículo 31.3 de la Constitución.

La cuestión es que, si se trata de un precio coactivo, pues se trata de una prestación necesaria que no viene ofertada por el sector privado, se tratará de una prestación patrimonial pública de naturaleza no tributaria, regulada por ley. Si por el contrario este bien o servicio, sí viene ofertado por el sector privado, la tarifa dejará de ser una prestación patrimonial pública, para pasar a ser un precio privado, que no tendrá que ser regulado mediante ley<sup>334</sup>.

### 3.6. Conclusión

Teniendo en cuenta los riesgos descritos en este capítulo, podemos concluir que las concesiones se dividen en cuatro categorías<sup>335</sup>:

1. Cuando es el usuario final el que paga una tarifa por la prestación de un servicio en lo que se conoce también como *peaje duro* o *user charges*. Por ejemplo, el pago por el uso de un parking o de una autopista
2. El peaje en sombra o *shadow-toll*, por el cual la Administración concedente paga la tarifa en base al uso que hacen los usuarios terceros distintos. Sería cuando en los casos anteriores la propia administración paga en función del uso que hagan los terceros de la infraestructura o servicio. Un ejemplo prototípico sería, cuando en una autopista se cuenta el número efectivo de vehículos que circulan en un plazo de tiempo determinado en contrato y la Administración concedente paga en función de esta cantidad. Como curiosidad, es un sistema utilizado en Portugal, Reino Unido y España, pero no está extendido en Italia.

Estas dos categorías son lo que se conoce como concesiones “calientes”, donde la remuneración se hace depender del uso efectivo y *directo* por parte de los usuarios.

3. Cuando la Administración paga un canon (¡atención no una tarifa!), cuyo valor no se hace depender del uso por parte de terceros, que sí se benefician *indirectamente* de

---

*En concreto, tendrán tal consideración aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión, sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de Derecho privado.*

*Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 103 de la Ley de Contratos del Sector Público, las contraprestaciones económicas a que se refiere este apartado se regularán mediante ordenanza. Durante el procedimiento de aprobación de dicha ordenanza las entidades locales solicitarán informe preceptivo de aquellas Administraciones Públicas a las que el ordenamiento jurídico les atribuyera alguna facultad de intervención sobre las mismas.”*

<sup>334</sup> J. TORNOS MAS, “La tarifa como forma de retribución de los concesionarios de servicios en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho nº 74, lustel, marzo 2018, págs. 14-19. ISSN 1889-0016

<sup>335</sup> M. RICCHI, “I contratti di concessione 2.€.” en libro col. *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato - Temi europei, istituti nazionali e operatività* (dir.) G.F. CARTEI, M. RICCHI, Editoriale Scientifica Napoli, 2015, págs. 49-77.

la explotación de la concesión (véase hospitales, cárceles, colegios, edificios de justicia), sino que depende de unos criterios de volumen y calidad fijados previamente. Concepto de concesión muy asumido por la legislación italiana, pero más discutido en España.

4. Cuando es la Administración concedente la usuaria final y la remuneración depende del pago de un canon. Los ejemplos son la gestión de energía, de la informática o incluso de un completo edificio de oficinas públicas. Son el caso más dudoso de concesión.

Estas dos últimas categorías representan lo que hemos analizado previamente como concesiones “*frías*”, que son las que más debate generan en torno a su consideración como tal. En nuestra opinión, las concesiones “*frías*” estrictas (serían el cuarto punto), no son concesiones. Y ello porque, al ser un contrato en que una Administración licita una obra o servicio y va a ser el único usuario final, por mucho que se intente argumentar que se transfiere el riesgo de oferta o suministro (que en realidad sigue siendo el riesgo de disponibilidad), no se traslada una posible contingencia incontrolable por el concesionario. Sí que se puede argumentar la transferencia del riesgo de oferta o suministro en el caso de una concesión “*fría*” no estricta, porque la relación ya no es bilateral, sino que hay un ciudadano que se beneficia, aun de manera indirecta, de la obra o servicio.

La conclusión es que para encontrarnos ante una concesión, no es tan importante que la relación sea a tres bandas (entre concedente, concesionario y usuario final) o a dos bandas (entre concedente y concesionario), sino que se transfiera efectivamente el riesgo operacional.

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. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable<sup>336</sup>. Por ello, para que se considere transferido el riesgo operativo, se deberá asignar al concesionario, además del riesgo de construcción en su caso, el riesgo de demanda, el de oferta, o ambos.

---

<sup>336</sup> Véase el considerando 18 de la Directiva 2014/23/UE.



Gráfico de elaboración propia

Si el concedente asegura al concesionario unos ingresos mínimos que cubran las inversiones necesarias y los gastos, nos encontraremos ante otro tipo de contrato<sup>337</sup>. Por ello, dentro del riesgo operacional debe entenderse la no existencia de Responsabilidad Patrimonial de la Administración (RPA) por incumplimientos o causas imputables al concesionario.

Ejemplos de no transferencia del riesgo operacional, serían cláusulas que no permiten la reducción o el no pago del canon en los casos en que el operador económico no se ajuste a la demanda, que introduzcan mecanismos capaces de mitigar el riesgo de demanda y garanticen unos ingresos mínimos capaces de compensar las inversiones hechas en caso de su disminución por debajo de un mínimo, si las penalidades por incumplimiento son irrisorias, cuando la Administración concedente paga por servicios del operador económico que no están sometidos a ningún tipo de riesgo, o cuando la Administración garantiza los créditos asumidos por el concesionario, o asume las contingencias vinculadas a la construcción o a la prestación del servicio. Expresamente lo aclara el considerando 19 de la Directiva de Concesiones:

*“Cuando la reglamentación específica del sector elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato, este último no debería considerarse concesión a*

<sup>337</sup> J. WOLWINKEL, “Aggregate purchasing: public contracts and beyond” en libro col. *Compra Conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público. Un análisis jurídico y económico*, (coord.) P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor 2016, págs. 478-479.

*efectos de la presente Directiva. (...)* Sin embargo, recordemos que la Directiva 2014/23/UE sí que permite la transferencia no total del riesgo operacional.

Por otra parte, esta Directiva no regula la sostenibilidad financiera de las concesiones, ni el riesgo que soporta el concesionario en cuanto a los préstamos recibidos (riesgo financiero). Así, quedaría excluido del riesgo operativo, el riesgo financiero sistémico o macroeconómico que es el que hace referencia al mercado al completo y no a compartimentos estancos. De hecho, este riesgo financiero sistémico podría incluirse dentro del riesgo imprevisible que obliga a activar la técnica del equilibrio financiero del contrato y sería asumido por el concedente. Es decir, cuando se producen fluctuaciones financieras drásticas e imprevisibles, el operador económico no está obligado a asumir las consecuencias de estas variaciones. El concesionario si soportaría los riesgos financieros microeconómicos<sup>338</sup>.

La causa de la exclusión del riesgo financiero macroeconómico sería incentivar la inversión privada en contratos de larga duración donde no se pueden conocer previamente todas las variables, que si no, carecerían de interés para los inversores privados. Además, si se trasladaran los riesgos macroeconómicos al privado, los costes financieros y primas de riesgo serían muy elevados, haciendo inviables gran cantidad de proyectos. Como, si la Administración no hubiera adjudicado una concesión, hubiera tenido que prestar el servicio ella misma y, consecuentemente, se hubiera hecho cargo de estos riesgos, lo lógico es que sean asumidos por ella.

Por último, debemos resaltar las diferencias entre la regulación que la Directiva hace del riesgo operacional y sus componentes y el concepto de riesgo del SEC 2010.

En este último, además de que se contempla expresamente el riesgo de disponibilidad y no el de oferta o suministro, es de obligada transferencia el riesgo de construcción, al que no se hace mención en la Directiva.

Lo que ocurre es que son normas sin relación jerárquica entre ellas y se aplican en paralelo, porque el objetivo de una y otra regulación es completamente diverso<sup>339</sup>.

Mientras que el SEC 2010 tiene un afán contable, determinando cuando una inversión computa déficit al incluirse en el balance de la Administración; a la Directiva le interesa saber cuándo un contrato es verdaderamente una concesión (que si presenta interés transfronterizo,

---

<sup>338</sup> Paper. L'attuazione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici: problemi, prospettive, verifiche.

<sup>339</sup> A. HUERGO LORA, "El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público", Documentación Administrativa: Nueva Época nº 4, 2017, pág. 48. ISSN-e 1989-8983

debe adjudicarse de acuerdo a criterios que favorezcan la competencia en el mercado interior) o, si no se da una verdadera transferencia del riesgo, un contrato (que se deberá adjudicar con sujeción a las reglas más estrictas de la Directiva “clásica”).

No obstante, la Directiva ha tratado de seguir las normas del SEC 2010 (aunque elimine el riesgo de disponibilidad y lo sustituya por el de oferta o suministro).

En palabras de A. HUERGO LORA: *“La calificación de un contrato como concesión a efectos de la Directiva debería implicar que el mismo no computa como déficit y deuda a efectos de SEC 2010, pero tal objetivo no está completamente asegurado porque se trata de normas diferentes, aplicadas por órganos diferentes. Además, la clasificación del contrato a efectos del SEC 2010 puede variar a lo largo del tiempo, puesto que en cada ejercicio habrá que clasificar las diferentes partidas. Ha sucedido, y podría volver a suceder, que en un determinado ejercicio se exija computar como déficit y deuda el importe de un contrato celebrado años atrás, y ya en curso de ejecución, como consecuencia de un cambio de criterio sobre su clasificación en términos de SEC 2010”*<sup>340</sup>.

En efecto, el SEC 2010 contiene criterios contables para que la inversión no compute como déficit, mientras que la Directiva de concesiones regula esta figura desde el punto de vista jurídico, de manera que no pueden utilizarse los fines estadísticos del SEC 2010 para definir los contratos de concesión, pues ambas regulaciones tienen finalidades distintas.

#### **4. Principio de riesgo y ventura vs. Principio de equilibrio del contrato**

En un negocio concesional, el concesionario asumirá los riesgos propios de la gestión de la concesión, respetando el principio *pacta sunt servanda*, o principio jurídico de intangibilidad, que supone la sujeción de las partes a lo pactado y el principio de *contractus lex*, es decir, el contrato es ley entre las partes, siempre que se mantengan las condiciones pactadas en el momento de celebrar el contrato<sup>341</sup>.

El motivo es que los contratos se ejecutan a riesgo y ventura del contratista o concesionario, que implica tres cosas<sup>342</sup>:

---

<sup>340</sup> “Skin the game: Riesgo Operacional y Responsabilidad Patrimonial Administrativa”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho nº 74, Iustel, marzo 2018, pág. 29. ISSN 1889-0016.

<sup>341</sup> Véase el artículo 189 de la vigente LCSP, antiguo artículo 209 del TRLCSP.

<sup>342</sup> Sobre el principio de riesgo y ventura, véase E. GARCIA DE ENTERRÍA, “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, Revista de Administración Pública nº 2, 1950, págs. 83-108. Véase también S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo XIII. Contratos*

1. La mayor o menor onerosidad sobrevenida no permite al contratista desligarse del contrato.
2. Tampoco le da derecho a una modificación correlativa del precio.
3. El contratista soporta los riesgos anteriores al pago del precio<sup>343</sup>.

Esto supone que el concesionario asumirá las consecuencias de los cambios económicos que impacten en las obligaciones iniciales pactadas<sup>344</sup>. De hecho, su justificación en la contratación pública, tiene su origen en la preocupación de la Hacienda española del siglo XIX, de conocer los gastos de antemano, dados sus escasos recursos financieros<sup>345</sup>. Una justificación adicional, es que todos los contratos administrativos deben tener un precio cierto<sup>346</sup>.

Como dice el Consejo de Estado en su dictamen 1075/2001 del 26 de Julio de 2001:

*“La regla de la explotación del servicio a riesgo y ventura del contratista comporta que éste se beneficia de las ventajas y rendimientos de la actividad que desarrolla y se perjudica con las pérdidas que pudieran derivarse de su quehacer empresarial en la gestión de la actividad pública o de interés público que tiene encomendada. La Administración permanece pues ajena a la suerte o desventura del concesionario.”*

Y añade en posteriormente:

*“El principio de riesgo y ventura es una exigencia legal de carácter imperativo, de la que no se puede prescindir”<sup>347</sup>.*

Por otra parte, en su dictamen de 13 de marzo de 2003, que se refiere a un procedimiento abierto para la adjudicación de tres licencias individuales para el establecimiento y explotación

---

*del sector público*. BOE, Madrid, 2018, págs. 181-202. ISBN 978-84-340-2496-0 y M. FUERTES, *Las desventuras del dinero público. Elegía al principio de "riesgo y ventura*. Marcial Pons, 2018. ISBN: 978-84-9123-598-9

<sup>343</sup> El antiguo artículo 277 del TRLCSP lo decía muy claramente: *La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: a) **Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.***

<sup>344</sup> Véase J.A. FUENTEAJA PASTOR, “Riesgo y ventura en la concesión de obra pública”, *Revista de Derecho de la Unión Europea* nº 7, 2004, pág. 187.

<sup>345</sup> M. A. BERNAL BLAY, *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”*, Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, págs. 42-44.

<sup>346</sup> Véase J.L. VILLAR PALASÍ, J.L. VILLAR EZCURRA, “El principio de riesgo y ventura” en libro col. *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas*, (coord.) R. GÓMEZ-FERRER MORANT, Civitas, Madrid, 2004, págs. 525-559. ISBN 84-470-2194-7.

<sup>347</sup> Dictamen del Consejo de Estado. Número de expediente: 701/2012. Fecha de aprobación: 11.10.2012.



de redes públicas fijas de radio, aclara que el fundamento del principio de riesgo y ventura es triple<sup>348</sup>:

1. La seguridad jurídica<sup>349</sup>.
2. La necesaria concurrencia y garantías en las licitaciones del el sector público, pues una erosión del principio de riesgo y ventura, podría hacer ilusorias las garantías que en la licitación se ofrecieron a aquellos licitadores que no resultaron adjudicatarios.
3. La salvaguarda de los intereses del erario público, a los que se debe necesariamente unir el principio de equidad y buena fe en la contratación pública y especialmente en las concesiones administrativas.

Lo que ocurre es que, si este principio se aplicara sin correcciones ni matices, se desincentivaría la inversión privada en este tipo de contratos de larga duración y que generalmente exigen un gran desembolso de capital en un momento inicial. Al ser un contrato de larga duración, no se pueden conocer de antemano todos aspectos del contrato, ni si se mantendrán las condiciones iniciales. Por ello, y en consonancia con el principio del derecho privado *"rebus sic stantibus intellegitur"*, se articula la técnica del equilibrio financiero del contrato, que supone en líneas generales que las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir, son equivalentes desde el punto de vista económico<sup>350</sup>. Esta técnica, que no es de libre disposición, permite ajustar las prestaciones en función de las vicisitudes que experimenta el contrato<sup>351</sup>.

---

<sup>348</sup> Dictamen del Consejo de Estado, número de expediente: 3344/2002 (ciencia y tecnología). Fecha de aprobación: 13/3/2003. En este caso, los adjudicatarios se comprometían a cumplir con ciertos requisitos recogidos en los pliegos. Sin embargo, una vez formalizadas las licencias e implementada la red, al modificarse las condiciones iniciales, en particular *"la situación actual del mercado bursátil y de obtención de capitales"*, *"la modificación del régimen fiscal aplicable a estas actividades"* y *"cierta oposición a la instalación de antenas"*, de una manera no previsible, los adjudicatarios de licencia solicitaban una modificación de las condiciones pactadas.

<sup>349</sup> Dictamen del Consejo de Estado, número de expediente: 50293 (obras públicas y urbanismo). Fecha de aprobación: 5/11/1987.

<sup>350</sup> La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de abril de 2006 dice claramente que *"(...) la cláusula "rebus" se convierte así en un instrumento que permite establecer equitativamente el equilibrio de las prestaciones que exige (...): a) una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración, b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones y c) que todo ello acontezca con la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles"*. STSJ Madrid 2924/2006. Nº de Recurso: 1264/2003. ECLI: ES:TSJM:2006:2924.

<sup>351</sup> I. ALBENDEA SOLÍS, "El reequilibrio económico de los contratos públicos" en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo III. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 2317. ISBN: 978-84-9169-926-2. Véase también M. FUERTES, "Los riesgos del riesgo de explotación" en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2012* (dir.) J.M. GIMENO FELIÚ, M.A.

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 24/2013, de 25 de noviembre<sup>352</sup>:

***“Así, si bien la asunción de riesgo y ventura en proporción sustancial por el concesionario resulta determinante para que el contrato de concesión merezca tal calificación, lo cierto es que la asunción del principio de riesgo y ventura por parte de los contratistas de la Administración no está exenta de límites. Y por ello, según dicha jurisprudencia, en ningún caso sería admisible sostener que la doctrina del riesgo y ventura a cargo de contratista sea un criterio absoluto que imponga la inmutabilidad del contenido del contrato.”***

Sin embargo, su aplicación en algunos casos injustificada, debido a estudios de viabilidad excesivamente optimistas, o a su inexistencia, ha llevado a que muchos autores afirmen que en la práctica, el principio de riesgo y ventura es realmente de aplicación en la contratación privada y que sostengan el “mito del riesgo” en los contratos públicos, ya que este principio está sometido a muchas excepciones<sup>353</sup>. Frente a esta opinión nos encontramos ahora con la obligación impuesta por la nueva Directiva de Concesiones, de transferir el riesgo operacional para que el negocio sea efectivamente concesional<sup>354</sup>.

En cualquier caso, sí que es cierto que esta transferencia del riesgo operacional y el principio de riesgo y ventura tendrán que ser en todo caso compatibles con el principio de

---

BERNAL BLAY, Aranzadi, 2013, págs. 233-234. ISBN: 9788490147344. E. VÁZQUEZ LACUNZA, *El equilibrio económico en los contratos de servicios*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2016. ISBN: 9788491353225 y F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La depuración de las técnicas de equilibrio económico aplicables a la concesión de servicios de transporte regular de viajeros (comentario de la STS 1868/2016, de 20 de julio)”, *Revista de administración pública*, nº 202, 2017, págs. 205-222. ISSN 0034-7639.

<sup>352</sup> Informe 24/2013, de 25 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. *Restablecimiento del equilibrio económico en contratos de concesión de obra pública*.

<sup>353</sup> Aunque el Cc no lo menciona expresamente, se entiende implícito en artículo 1258: “**Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley**”. Véase al respecto G. ARIÑO ORTIZ. “Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos”, ENAP, Alcalá de Henares 1968 y J.L. VILLAR PALASÍ, J.L. VILLAR EZCURRA, “El principio de riesgo y ventura” en libro col. *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas*, (coord.) R. GÓMEZ-FERRER MORANT, Civitas, Madrid, 2004, págs. 525 y ss. ISBN 84-470-2194-7, J.L. BERMEJO VERA, *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974). Estudio específico de Renfe*. TECNOS, 1975. ISBN 10: 8430905995 y ISBN 13: 9788430905997, J.C. LAGUNA DE PAZ, “Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos”, *Revista de administración pública* nº 204, 2017, págs. 41-68 ISSN 0034-7639, entre otros.

<sup>354</sup> La nueva LCSP también afirma que “*la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista (...)*” en su artículo 197.

equilibrio económico del contrato, que tiene su origen en la protección de la confianza legítima, el derecho a una buena administración y la prohibición del enriquecimiento injusto<sup>355</sup>.

Lo que ocurre es que las concesiones son un negocio a largo plazo, siendo una de sus características principales que son un negocio esencialmente incompleto en su origen, lo que lleva a que, si las condiciones cambian, para cumplir con el principio básico de remuneración suficiente u *“honesta equivalencia de prestaciones”*, entra en acción el principio de *“mantenimiento del equilibrio económico-financiero durante toda la vida del contrato”*<sup>356</sup>. Y esto es así porque *“en todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión”*<sup>357</sup>.

Es decir, la clave del contrato de concesión es que se mantenga la equivalencia de lo pactado, lo que si se modifican las circunstancias del contrato, se consigue a través de la técnica del reequilibrio. Al romperse la causa del contrato original y no mantenerse la *honesta equivalencia* de las prestaciones, la aplicación del principio *rebus sic stantibus* y de los principios de equidad y buena fe permiten el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión mediante la modificación contractual, siempre que no se afecte a los principios de contratación pública del Derecho comunitario: *“el equilibrio económico de la concesión debe entenderse como la búsqueda de una igualdad entre las ventajas concedidas al concesionario y las obligaciones que le son impuestas, compensando así los beneficios probables y las pérdidas previsibles, persiguiendo una honesta equivalencia entre lo concedido y lo exigido al mismo”*<sup>358</sup>.

---

<sup>355</sup> El Consejo de Estado hace del principio de confianza legítima un posible título de responsabilidad patrimonial: *“La confianza legítima es una creación del Derecho alemán que ha sido incorporada al Derecho Comunitario por el Tribunal de Justicia (fundamentalmente a partir de la Sentencia de 13 de julio de 1965), y recibida en nuestro ordenamiento jurídico por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así, en las Sentencias de 28 de febrero de 1989 y 1 de febrero de 1990) y por la doctrina del Consejo de Estado (dictamen 464/92, entre otros). Así, en el dictamen 1.381/96 se decía que **cuando el proceder de la Administración genera una apariencia y, confiando en ella y actuando de buena fe, un ciudadano ajusta su conducta a esa apariencia, pesa sobre la Administración la obligación de no defraudar esa confianza, y estar a las consecuencias de la apariencia por ella creada**”*. Dictamen del Consejo de Estado número 3.845/98, de 8 de octubre de 1998. Véase J.M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *Contratación pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*. El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, España, 2016. ISBN: 9788470527111.

<sup>356</sup> Término acuñado por el *Conseil d’Etat* francés.

<sup>357</sup> Arrêt C.E de 21 de marzo de 1910, Rec. 216. Compagnie générale française des tramways.

<sup>358</sup> En este sentido se manifiestan las Sentencias de Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1986 (Ar. RJ 1987, 1175), de 19 de Septiembre de 2000 (Ar. RJ 2000, 7975), de 27 de octubre de 2009, de 14 de julio de 2010 y de 17 de mayo de 2012 entre las más recientes.

Si no se aplicara esta garantía de reequilibrio del contrato, peligraría la financiación y las inversiones en este tipo de contrato. Y, en cuanto a los principios de igualdad de trato en la licitación o de uso eficiente de los recursos públicos, no quedan menoscabados porque lo que se logra es la correcta ejecución del contrato y su plan financiero, independientemente de quien haya sido adjudicatario<sup>359</sup>.

Otro motivo más para justificar este reequilibrio de las condiciones, es que una aplicación estricta del principio de riesgo y ventura en las concesiones administrativas, podría dificultar la prestación continuada y regular exigible a los servicios públicos<sup>360</sup>.

En este sentido, hay que tener en cuenta que la concesión se somete a un principio absoluto, que es el de la continuidad en la prestación del servicio público<sup>361</sup>. HAURIU lo expresó muy claramente con la máxima de “*rigidez del servicio público y flexibilidad del contrato*”, ya que la concesión es la ejecución de un servicio público que la Administración podía haber prestado directamente. Igualmente se manifiesta nuestro Tribunal Supremo:

*“Sin embargo, la realidad es que los contratos administrativos son, ordinariamente, acuerdos de larga duración y no exentos de complejidades a la hora de ejecutar lo convenido, por las circunstancias imprevisibles (de orden técnico o económico) que puedan aparecer: **de ahí que el principio fundamental «contractus lex inter partes» venga afectado, en la contratación administrativa, por otro principio: el de la «mutabilidad del contrato administrativo»**”<sup>362</sup>.*

Esta misma sentencia recoge también las tres áreas de riesgo de la contratación pública identificadas ya por ARIÑO ORTIZ: la comercial o industrial, que son los riesgos inherentes al negocio; la administrativa, que son las modificaciones que se producen unilateralmente por la administración y la económica o coyuntural, que son los factores externos que inciden en las condiciones económicas del contrato<sup>363</sup>.

---

<sup>359</sup> Para profundizar en la necesaria flexibilidad que requiere la compra pública estratégica nos remitimos a J.M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014. ISBN 978-84-9059-777-4.

<sup>360</sup> J.M. GIMENO FELIU, “Concesiones y Colaboración con el Sector Privado. El sistema de aseguramiento de riesgos mediante RPA y su incidencia en la competencia”, VIII Jornadas Nacionales de Derecho de la Competencia. Barcelona, 16 de julio de 2014.

<sup>361</sup> Véase J.M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, *La actividad de la administración. Lecciones de derecho administrativo*. Tecnos, Madrid, 1983. ISBN: 84-309-0977-X.

<sup>362</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1992, que recoge la doctrina sobre la mutabilidad de los contratos administrativos. (STS 324/1992). ECLI: ES:TS:1992:324.

<sup>363</sup> Para profundizar en los diferentes riesgos que afectan a los contratos públicos, nos remitimos a G. ARIÑO ORTIZ, “Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos”, ENAP, Alcalá de Henares 1968, pág. 72.

*“Dentro del ámbito del principio de mutabilidad del contrato, la doctrina refleja la existencia de un aleas administrativo (modificación del contrato por acción unilateral de la Administración); de un aleas empresarial (riesgos del negocio, en los que late, en buena medida, la conducta equivocada del constructor); y de un aleas económico (debido a circunstancias externas de difícil previsión que, de producirse, pueden hacer mucho más oneroso para el contratista el cumplimiento del contrato). Este último caso, es decir, el hecho de producirse circunstancias objetivas externas de no fácil previsión y no imputables a las partes contratantes justifica las cláusulas de «revisión de precios» (art. 12 de la Ley de Contratos del Estado y disposiciones complementarias) que tiende al restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, alterado por acontecimientos imprevistos”*

Así, el principio de equilibrio permite restablecer la situación inicial, si en la ejecución del contrato, falla el reparto de estos riesgos previamente pactado. Devolver a la situación inicial, implica que a pesar de esas circunstancias excepcionales, no imputables a una mala gestión del concesionario y que no pudieron ser previstas de ninguna manera, se mantenga la Tasa Interna de Rentabilidad del Contrato (TIR).

Esto puede lograrse no sólo incrementando la cuantía de la tarifa (en concesiones “calientes”) o canon (en concesiones “frías”) a percibir por el concesionario, sino también extendiendo la duración de la concesión, o mediante el pago por la Administración concedente de un precio (o más bien una indemnización), siempre que tales medidas no alteren la naturaleza de la concesión porque se vulneraría el principio de igualdad de trato en la comparación de ofertas de la licitación. Es decir, la técnica de reequilibrio, no puede conducir a una modificación de las condiciones de explotación, sino a ajustarlas a una serie de imprevistos. Y esto se debe lograr limitando el riesgo transferido (cuando por estas causas imprevisibles deviene desproporcionado para una de las partes), pero sin eliminarlo del contrato, ya que, entre otras razones y a raíz de la publicación de la Directiva de Concesiones, si no se traslada efectivamente al concesionario el riesgo operacional (consecuencia del principio de riesgo y ventura), el contrato no se puede calificar de concesión<sup>364</sup>.

---

<sup>364</sup> La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias en su informe 1/2014 sobre calificación de contratos típicos y la libertad de pactos sigue la doctrina sentada por la Junta Consultiva de Contratación del Estado, en sus informes 26/2009 y 23/2010: “Pero, tras la entrada en vigor de la LCSP, la difícil cuestión de la distinción entre contratos de servicios y de contratos de gestión de servicio público no puede resolverse atendiendo preponderantemente al destinatario de la prestación como puso de relieve la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su informe 12/2010. Hoy parece que el factor distintivo más relevante es el régimen de la prestación del servicio y de su explotación. Estaremos ante un contrato de servicios cuando el contratista no asuma los riesgos en la explotación y ante un contrato de gestión de servicio público, en su modalidad de concesión, cuando sí los asuma”.

En cualquier caso, el principio de equilibrio del contrato es un derecho del concesionario ante determinadas circunstancias y, ni debe aplicarse excepcionalmente, ni debe ser interpretado formalmente, ya que la técnica del reequilibrio guarda directa relación con los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en el respeto a los términos esenciales de lo pactado, motivo por el que, si se modifican las condiciones pactadas, se debe indemnizar por el perjuicio real ocasionado hasta equilibrar los términos de la concesión. Eso sí, para una aplicación correcta, estas circunstancias, además de obedecer a una causa imprevisible o de ordinario injustificable, deben romper el efectivo equilibrio de las prestaciones y alterar la relación contractual, generando un enriquecimiento injusto<sup>365</sup>.

Y decimos derecho del concesionario ya que en la contratación pública hay una “*garantía de equilibrio*” por la que la Administración concedente asumiría los riesgos de pérdidas por debajo de un máximo, pero también tendría la potestad de limitar beneficios extraordinarios por encima del máximo calculado. Posibilidades ambas, cuya única justificación es esta obligación de continuidad en la prestación del servicio público<sup>366</sup>.

Por todos estos motivos, es necesario hacer un balance prudente entre el principio de riesgo y ventura y el de equilibrio económico del contrato.

En la nueva Ley de Contratos del Sector Público, el principio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato aparece regulado en los artículos 270 y 290, referidos a concesiones de obras y servicios respectivamente.

El primero, en particular su apartado segundo nos dice que ***“Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes***

---

Véanse el Informe 1/2014 de la junta consultiva de contratación administrativa (de Canarias) sobre “*calificación de contratos típicos y la libertad de pactos*” y los informes de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 26/09, de 1 de febrero de 2010. *Exigencia de clasificación en los contratos de servicios cuya prestación tenga por objeto la gestión de servicios sociales. Calificación del contrato* y 23/10, de 24 de noviembre de 2010. *Contratos para el mantenimiento de aplicaciones informáticas, aplicación del procedimiento negociado en supuestos de exclusividad y duración de los contratos*.

<sup>365</sup> F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Aranzadi, Navarra 2018, págs. 43-44. ISBN: 978-84-9197-030-9

<sup>366</sup> GÓMEZ-ACEBO & POMBO ABOGADOS; S.L.P, “El restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato al amparo del principio de riesgo imprevisible”, *Revista de estudios locales* nº144. Cunal, 2011, págs. 77-80. ISSN 1578-9241. Véase también “Disminución del tipo impositivo de IVA y restablecimiento de equilibrio económico del contrato”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas* nº 110, 2011, págs. 24-25. ISSN 1579-3036.

supuestos: a) Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el artículo 262” (es decir “cuando el interés público lo exija”)<sup>367</sup>.

El segundo, recoge las modificaciones que “activan” el principio de equilibrio económico en el caso de concesiones de servicios.

*“1. La Administración podrá modificar las **características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios**, únicamente por razones de interés público y si concurren las circunstancias previstas en la Subsección 4.ª de la Sección 3.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley.”*

Nos debemos fijar aquí en dos cosas: ya el propio artículo habla de tarifa y no de tasa; y no es la tarifa el único elemento susceptible de modificación en caso de reequilibrio.

*“2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, **se deberá compensar a la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.**”*

Esto implica que el reequilibrio no es un seguro a todo riesgo a cargo de la Administración. Sólo tendrá lugar cuando se modifiquen esos requisitos que se consideraron básicos en el régimen financiero. De ahí que, aunque el apartado 3 del mismo artículo pueda parecer redundante, sirva de advertencia para evitar determinadas modificaciones.

Por otra parte, en comparación con la versión del TRLCSP, se ha producido una sustancial mejora, ya que la anterior redacción sólo permitía reestablecer el equilibrio a favor del concesionario, pero no de la administración concedente<sup>368</sup>:

*“3. En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica, el concesionario no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.”*

La Administración está obligada únicamente a indemnizar en determinados casos tasados, si las modificaciones tienen un impacto económico en la concesión.

---

<sup>367</sup> Compárese con el antiguo artículo 258 donde era la Administración la que debía reequilibrar el contrato. Lo que suponía ya que no cabía esta técnica en su favor: “La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos: a) **Cuando la Administración modifique, por razones de interés público** y de acuerdo con lo previsto en el título V del libro I, **las condiciones de explotación de la obra**”.

<sup>368</sup> 2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, **la Administración deberá compensar al contratista** de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.

*“4. Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:*

*a) Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el apartado 1 del presente artículo concurriendo las circunstancias allí establecidas.”*

Es el caso del *ius variandi*.

*“b) Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, **por su carácter obligatorio para el concesionario** determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.”*

Este apartado se refiere al *factum principis* o “hecho del príncipe”. La única modificación respecto a la versión del TRLCSP es que se incluye el carácter obligatorio de la modificación para el concesionario.

*“Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239 de la presente Ley.”*

Estos casos de fuerza mayor son incendios causados por la electricidad atmosférica; fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes y los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

La jurisprudencia ha rechazado ya que la situación económica negativa sea una causa de fuerza mayor que justifique el incumplimiento del contrato y su reequilibrio, y de hecho el propio artículo lo excluye, de manera novedosa, frente al texto del TRLCSP<sup>369</sup>:

---

<sup>369</sup> La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de junio de 2001 desestima el recurso interpuesto por OBYTEC, que alega que no cumplió el contrato de obras por la grave crisis económica que atravesaba a la fecha de la resolución del contrato, motivada por retrasos en los pagos del conjunto de las Administraciones Públicas. Su fundamento de derecho segundo hace una excelente reflexión sobre el incumplimiento como causa de resolución, así como la posibilidad de que esta no sea automática en los contratos administrativos por exigencias del interés público. (STSJ M 8076/2001) ECLI: ES:TSJM:2001:8076. Nº de Recurso: 684/1996. Véase también la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 22 de noviembre de 2011, referida a un contrato de concesión de obra pública para la construcción, conservación y explotación de un aparcamiento subterráneo para vehículos automóviles, que reproduce la anterior sentencia en cuanto al incumplimiento contractual como motivo de resolución y añade: “*si la ejecución de la obra en el plazo pactado y con los precios acordados era imposible, la recurrente no debió asumir la concesión de la obra pública en los términos acordados en el oportuno contrato, pues **no puede pretenderse con éxito, al socaire de las dificultades económicas empresariales sobrevenidas alterar lo acordado, dejar de cumplir el contrato por la***



*“En todo caso, no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario”.*

Es muy interesante este añadido que evitará problemas como el de las radiales de Madrid que estudiaremos en el epígrafe **3. Concesiones de obra y servicios en la LCSP del CAPÍTULO VII. ESPAÑA.**

*“5. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la modificación de la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo de la concesión y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en la letra b) y en el último párrafo del apartado anterior, podrá ampliarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente.”*

De nuevo se explicita que la modificación puede no ser únicamente del régimen tarifario y se alude a la posibilidad de prórroga de plazo por causas de fuerza mayor o *factum principis*. Como novedad, destacar que la prórroga contractual pasa de un 10% en el texto del TRLCSP a un 15% de la duración inicial del contrato<sup>370</sup>.

La LCSP añade un apartado nuevo a la redacción de este artículo:

*“6. El contratista tendrá derecho a desistir del contrato cuando este resulte extraordinariamente oneroso para él, como consecuencia de una de las siguientes circunstancias:*

---

*voluntad de una de las partes, o por su falta de previsión, prescindiendo del equilibrio contractual que pretende salvaguardar esta causa de resolución por incumplimiento del plazo.” (...) por cuanto la culpa en la resolución del contrato es achacable al contratista apelante, sin que haya probado que las dificultades económicas le surgieran por retrasos en el pago de otras administraciones públicas, y sin que la alegada mala situación o crisis económica que se padece con carácter general pueda considerarse causa de fuerza mayor a efectos del incumplimiento del contrato.” (STSJ AS 4288/2011) ECLI: ES:TSJAS:2011:4288. Nº de Recurso: 198/2011.*

<sup>370</sup> La redacción del artículo de la LCSP no varía respecto a la del APLCSP, que dedicaba su SECCIÓN 4ª, a la *Modificación del contrato de concesión de servicios*. De hecho, ya este anteproyecto recogía la obligatoriedad de las modificaciones del contrato para el contratista y que el restablecimiento del equilibrio fuera, no sólo a favor del concesionario, sino también de la administración concedente. También la posibilidad de alargar el contrato en un periodo que no supere el 15% del plazo inicial de duración, frente al 10% del TRLCSP.

a) *La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato. (Es el caso de factum principis)*

b) *Cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato.*

*Se entenderá que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar.*

***Cuando el contratista desistiera del contrato como consecuencia de lo establecido en este apartado la resolución no dará derecho a indemnización alguna para ninguna de las partes.”***

La conclusión es que, el principio de equilibrio de las concesiones, sólo autorizaría una intervención que devolviera a ambas partes a la situación original en casos excepcionales, que no hayan podido preverse con la diligencia debida que en este caso se traduce como una buena gestión empresarial, cuando se comprueba que existe una mayor onerosidad sobrevenida<sup>371</sup>. Estos casos excepcionales, que estudiaremos a continuación, son la potestad del ius variandi, el factum principis y la fuerza mayor.

#### **4.1. Ius variandi**

El *ius variandi*, es la potestad de la Administración Pública para modificar unilateralmente las condiciones del contrato por motivos de interés público<sup>372</sup>. Es la más clara manifestación de

---

<sup>371</sup> De acuerdo con el Consejo Consultivo de Aragón, para la aplicación de la obligación de reequilibrio “*debe existir una desproporción objetiva y evidente, además de extraordinaria y no justificada*”. Dictamen del Consejo Consultivo de Aragón. *Modificación del contrato de gestión del servicio público de eliminación y valorización de neumáticos fuera de uso suscrito por el Gobierno de Aragón*. Nº 52/2013. 30/04/2013.

<sup>372</sup> En cuanto a la potestad de modificación unilateral de la Administración, véase J.L. MEILÁN GIL, “Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión”, Revista de Administración Pública nº 191, Madrid, mayo-agosto 2013, págs. 11-41. ISSN: 0034-7639. Véase también J. AGUDO GONZÁLEZ, “El tiempo en las concesiones de servicio público. Continuidad en la prestación del servicio y potestas variandi versus libre competencia”, Revista General de Derecho Administrativo nº 26, 2011 ISSN-e 1696-9650 y I. GALLEGO CÓRCOLES, “Circunstancias externas y reequilibrio económico del contrato público ¿nuevas perspectivas?”, Revista Digital de Derecho Administrativo nº 15, Enero-Junio 2016, págs. 115-142, ISSN-e 2145-2946

las diferencias con el régimen de contratación privada, donde el principio básico es *contractus lex inter partes*, que supone la inmutabilidad del contrato<sup>373</sup>. Su origen se encuentra en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, en concreto en el asunto ya citado de en la *Compagnie Générale Française des Tramways*<sup>374</sup>.

No obstante hay que tener en cuenta que, si consideramos la potestad del *ius variandi* como una prerrogativa que sólo puede llevar a cabo una Administración pública porque se trata de ejercicio de poder público, la potestad ha desaparecido como tal<sup>375</sup>. Con otras palabras, como los poderes adjudicadores no Administración Pública pueden modificar el contrato por razones de interés general, pero sólo la Administración Pública puede ejercer el poder público, el *ius variandi* ya no es una potestad, y la modificación contractual sólo se podrá dar en casos tasados de los artículos 203 al 205 de la LCSP<sup>376</sup>.

Además, si las circunstancias en que se puede modificar el contrato vienen consignadas en el PCAP, ya no se trata de una potestad de la Administración, sino que es una condición contractual en la que ha habido acuerdo de las partes, como resulta habitual en los contratos entre particulares<sup>377</sup>.

---

<sup>373</sup> Artículos 1091 Cc: *Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos*. Artículo 1256 Cc: *La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*.

<sup>374</sup> Arrêt C.E de 21 de marzo de 1910, Rec. 216. *Compagnie générale française des tramways*.

<sup>375</sup> J.A. MORENO MOLINA, *El nuevo derecho de la Contratación Pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*. Chartridge Books Oxford, Oxford (Reino Unido), 2015. ISBN 978-1-911033-02-8. ISBN ebook: 978-1-911033-09-7.

<sup>376</sup> Los antiguos artículos 105 a 107 del TRLCSP recogían la doctrina del TJUE, pero eran más restrictivos que la Cuarta Generación de Directivas de Contratación. Véase F.J. VÁZQUEZ MATILLA, "Arts. 203-207" en libro col. *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*. (dir.) J.M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, P. BOCOS REDONDO, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 1027-1060. ISBN: 9788470527630.

<sup>377</sup> Véase J.M. GIMENO FELIÚ, "La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable. La contratación pública: problemas actuales", Consejo Consultivo de Madrid, 2013, págs. 83-140. Del mismo autor "Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público" en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2015* (dir.) J. M. GIMENO FELIÚ, Aranzadi, Cizur Menor 2016, págs. 31-138. Véase también M.A. BERNAL BLAY, "Las «leyes del contrato» (los pliegos): contenido esencial y formas de control" en libro col. *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público*. (coord.) J.M. GIMENO FELIÚ, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, págs. 957-993. ISBN: 9788491776277 9788491776253, J. VÁZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos del sector público*. Aranzadi S.A., Cizur Menor, 2015. ISBN 978-84-9098-232-7, I. GALLEGO CÓRCOLES, "Modificación de contratos públicos y legislación aplicable. Algunas consideraciones desde el Derecho de la Unión Europea", *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas* nº 109, 2011, págs. 52-58. ISSN 1579-3036 y J.M. BAÑO LEÓN, "El «modificado» de los contratos" en libro col. *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público*. (coord.) J.M. GIMENO FELIÚ, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, págs. 1345-1364. ISBN: 9788491776277 9788491776253.

En cualquier caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea recoge ya en su sentencia de 2004 *Succhi di Frutta* los requisitos que deben darse para que un modificación contractual no suponga una adjudicación directa ilegal<sup>378</sup>:

1. Que la modificación no afecte al contenido esencial del contrato, ya que el objeto debe ser cierto y reconocible. Es ahí donde en la fase de preparación del contrato cobra importancia el informe de necesidad y conveniencia<sup>379</sup>.
2. Que la modificación no sea causa de la falta de diligencia de la Administración. Imprevisible no es lo mismo que imprevisto<sup>380</sup>.
3. El pliego debe prever si va a haber o no modificaciones y cómo se llevarán a cabo<sup>381</sup>. En cualquier caso, una modificación contractual no puede servir para alterar los precios<sup>382</sup>. Sí que se podrán *revisar* los precios en determinados supuestos consignados en la *Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española* aprobada *Real Decreto 55/2017* de 5 de febrero<sup>383</sup>. En particular, en los contratos de obra, en los

---

<sup>378</sup> STJUE de 29 de abril 2004 (C-496/99 *Succhi di Frutta*) ECLI:EU:C:2004:236.

<sup>379</sup> Véase el artículo 28 de la LCSP (antiguo artículo 22 del TRLCSP).

<sup>380</sup> STG de 31 de enero de 2013 (T-235/11 Reino de España contra Comisión) ECLI:EU:T:2013:49. En esta sentencia, el TJUE afirma que los modificados por fallas en el terreno son correctas al no ser previsibles, ya que se realizaron las comprobaciones pertinentes con la diligencia prevista. No sucede lo mismo respecto al modificado por el que la línea se desvía por Tarragona, ya que ese trazado sí se pudo haber previsto en el proyecto.

<sup>381</sup> STS de 14 de abril de 1987 (STS 2062/1985). Nº de Recurso: 407884. ECLI: ES:TS:1985:2062-

<sup>382</sup> Véase el considerando 43 de la STJUE de 13 de enero de 2005 (C-84/03 Comisión contra Reino de España). Tanto la Comisión como el TJUE consideran que un aumento del 10% del precio supone una modificación sustancial de una de las condiciones originales del contrato. ECLI:EU:C:2005:14. Véase también J.F. FERNÁNDEZ GARCÍA, "Equilibrio económico y revisión de precios en los contratos administrativos", *Revista española de derecho administrativo* nº 163, 2014, págs. 145-180. ISSN 0210-8461.

<sup>383</sup> BOE nº 77 de 31 de marzo de 2015. Págs. 27244–27258. BOE-A-2015-3443 y *Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española*. BOE nº 30 de 4 de febrero de 2017. Págs. 8113 – 8126. BOE-A-2017-1150. Hasta ese momento, los precios de los contratos del sector público se venían actualizando según el IPC. La Ley 2/2015 obligó a modificar el artículo 89 del TRLCSP, cuya redacción se encuentra ahora en el artículo 103 de la LCSP. Sin embargo, su efectiva aplicación quedó demorada hasta la aparición de este Real Decreto que aprueba la ley. También modificó el artículo 131.1.d) referente a pliegos de cláusulas administrativas particulares en concesión de obra pública (actual artículo 250.1. d) de la LCSP), el artículo 133.1 sobre pliegos y anteproyecto de obra y explotación en contrato de gestión de servicios públicos (actual artículo 285.1. b) de la LCSP referido a las concesiones de servicios) y el artículo 255.3 de retribución por la utilización de la obra dentro del régimen económico-financiero de la concesión (actual artículo 267 de la LCSP).

Es curioso estudiar este artículo 89 del TRLCSP (que se traslada al 103 de la LCSP de manera literal), antes y después de la Ley de Desindexación de 2015, ya que el cambio es radical. Podríamos decir que se invierte la filosofía de la revisión de precios: "2. **Previa justificación en el expediente y de conformidad con lo previsto en el real decreto al que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015, de desindexación de la economía española, la revisión periódica y predeterminada de precios solo se podrá llevar a cabo en los**

contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. Para poder revisar los precios de éstos últimos, el artículo 9 de la Ley enumera los requisitos exigibles, que son tres. Así, sólo podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada si:

1. Han transcurrido dos años desde la formalización del contrato y se ha ejecutado en mínimo el 20% de su importe.
2. El plazo de recuperación de las inversiones del contrato debe ser igual o superior a cinco años. Este plazo se hace coincidir con la previsión de la Directiva de Concesiones sobre su duración máxima, a no ser que se justifique un periodo de recuperación más largo.

---

***contratos de obra, en los contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. Dicho período se calculará conforme a lo dispuesto en el real decreto anteriormente citado. No se considerarán revisables en ningún caso los costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial. Los costes de mano de obra de los contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, se revisarán cuando el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa, de acuerdo con los supuestos y límites establecidos en el real decreto.***

En cambio, en la anterior redacción, la revisión de los precios de *todos los contratos de las Administraciones Públicas* era la tónica general, a no ser que estuviera expresamente prohibida por los pliegos o el contrato. Tampoco se prohibía la revisión de costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura, ni el beneficio industrial: “3. ***En los supuestos en que proceda, el órgano de contratación podrá establecer el derecho a revisión periódica y predeterminada de precios y fijará la fórmula de revisión que deba aplicarse, atendiendo a la naturaleza de cada contrato y la estructura y evolución de los costes de las prestaciones del mismo***”. Sí que es cierto que, con anterioridad, también era el pliego el que fijaba la fórmula de revisión. Pero no sólo para estos supuestos tasados y no únicamente la revisión periódica y predeterminada.

Es también novedad que se mantiene en la LCSP, la posibilidad de que el Consejo de Ministros pueda aprobar formulas tipo de revisión periódica. Esta es en realidad una forma más de limitar las revisiones de precios, ya que elaborar fórmulas de revisión es una tarea muy difícil para los órganos de contratación, que en general se abstendrán de aplicar este mecanismo sino cuenta con ellas de antemano. Mediante este Real Decreto, que forzó a aplicar este ya derogado artículo 89, se terminó finalmente con esta práctica en los contratos del sector público incluidos en el ámbito de aplicación del TRLCSP. La finalidad era limitar la revisión de precios en los contratos públicos, reduciendo los tipos contractuales en que el mecanismo es legal y extendiendo su aplicación a todos los entes del sector público (al optar la ley por definir el sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del TRLCSP). La justificación es, a tenor del preámbulo de la ley de desindexación que, “*Cuando el precio de un bien o servicio aumenta, los índices de precios como el IPC suben, y esto supone un aumento automático en el precio de otros bienes simplemente porque están indexados a este índice. (...) La indexación, por tanto, tiende a generar una inflación más elevada y favorece su persistencia en el tiempo, aun cuando desaparece la causa inicial que generó el incremento de precios. Una inflación elevada y persistente genera costes económicos: entre otros, desvirtúa la información que deben transmitir los precios, dificulta la concertación de contratos a largo plazo y deteriora la competitividad.*”

De esta manera, la obligación que tenía el órgano de reequilibrar el contrato de acuerdo con el IPC desaparece y deja de ser un derecho legal del contratista.

3. La revisión no podrá tener lugar transcurrido el período de recuperación de la inversión del contrato.

En cualquier caso, los pliegos del contrato deben contener la fórmula aplicable a la revisión.

Por otra parte, y en base al principio de equivalencia de las prestaciones, no se puede obligar al contratista a hacerse cargo del coste de un modificado. En este sentido se manifiesta muy claramente el Acuerdo 76/2015, de 20 de julio de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón<sup>384</sup>:

***“Es ilegal que un licitador asuma el impacto de una modificación contractual, porque se rompe con el principio esencial de equivalencia del contrato, sin que se pueda encajar en los parámetros del riesgo empresarial (o riesgo y ventura). La incertidumbre del mayor costo de un contrato público de obra resulta contraria al propio sistema de retribución que el TRLCSP establece de forma obligatoria.***

***(...)La denominada «honesta equivalencia de prestaciones» entre lo que el contratista da y lo que recibe a cambio, (formulación doctrinal perfectamente interiorizada por la jurisprudencia), se quiebra con la cláusula objeto de impugnación, ya que en todo contrato público debe garantizarse, durante su ejecución, el respeto de las reglas de retribución, como un deber del poder adjudicador concedente y un derecho del contratista.”***

El informe sigue argumentando que además de la ilegalidad, un problema añadido es que el contratista repercutirá este coste en el precio y, se lleve a cabo o no la modificación, la Administración pagará un precio más elevado, lo que es contrario al principio de eficiencia en los fondos públicos:

***“En la gestión de la contratación pública no basta con realizar una tramitación que sea, aparentemente, conforme al principio de legalidad. Además, es necesario que se respete, junto al principio de estabilidad presupuestaria, el principio de eficiencia.”***

---

<sup>384</sup> Acuerdo 76/2015, de 20 de julio de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN frente al procedimiento de licitación denominado «Obras de construcción de un nuevo hospital en la ciudad de Teruel, su urbanización y conexiones con sistemas generales (excepto movimiento de tierras)», promovido por el Servicio Aragonés de Salud. RE 068/2015.

Como ya hemos dicho, la vigente LCSP recoge de manera genérica en el artículo 203 la “Potestad de modificación del contrato”<sup>385</sup>. La potestad se podrá ejercitar únicamente “por razones de interés público en los casos y en la forma previstos (...) En estos casos, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas.”

Pero esta importante prerrogativa de la Administración (que ya no lo es) justificada en el interés público del contrato, no puede entenderse como una potestad sin límite alguno, que permita ajustar las ofertas a la baja de los adjudicatarios, o la adaptación del contrato al presupuesto disponible<sup>386</sup>. Así lo afirma el considerando 107 de la Directiva 2014/24/UE:

***“Es preciso aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”<sup>387</sup>. Es obligatorio un nuevo procedimiento de contratación cuando se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar***

---

<sup>385</sup> Antiguo artículo 219 del TRLCSP, que ha sufrido un gran cambio, no sólo en la sistemática, ya que ahora se sitúa, con gran acierto, en la sección referida a las modificaciones contractuales, mientras que en el TRLCSP las modificaciones se regulaban en los artículos 105 a 108, en otro título diferente.

<sup>386</sup> En cuanto a la modificación contractual, véase J.M. GIMENO FELIÚ, “El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio”, REDA nº 149, 2010, págs. 29-54. Del mismo autor, “La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable. La contratación pública: problemas actuales”, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, págs. 83-140

<sup>387</sup> Véase en particular la Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2013 (T-235/11 Reino de España contra Comisión) ya mencionada en este mismo apartado. En particular su apartados 63: “En efecto, procede recordar que, como puso de manifiesto el Tribunal de Justicia en la sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 47 supra (apartados 116, 118 y 125), **se prohíbe a la entidad adjudicadora modificar, en cualquier fase del procedimiento, las condiciones de licitación, so pena de vulnerar el principio de igualdad de trato entre todos los licitadores y el principio de transparencia, o alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente más tarde una de sus condiciones esenciales. Si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación elaborado por ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta.**” ECLI:EU:T:2013:49. En defensa del principio de la igualdad de trato y de su corolario, que es el principio de transparencia véanse también las sentencias del TJUE de 18 de noviembre de 1999 (C-275/98 Unitron Scandinavia y 3-S) ECLI:EU:C:1999:567 y de de 12 de diciembre de 2002 (C-470/99 Universale-Bau) ECLI:EU:C:2002:746.

**condiciones esenciales de dicho contrato**<sup>388</sup>. En concreto, así sucede si las condiciones modificadas habrían influido en el resultado del procedimiento, en caso de que hubieran formado parte del procedimiento inicial.

**En todo momento debe ser posible introducir modificaciones en el contrato que representen un cambio menor de su valor hasta un determinado valor sin que sea necesario seguir un nuevo procedimiento de contratación. Para ello, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, la presente Directiva debe disponer umbrales de minimis, por debajo de los cuales no sea necesario un nuevo procedimiento de contratación. Las modificaciones del contrato por encima de dichos umbrales deberían ser posibles sin la necesidad de seguir un nuevo procedimiento de contratación, en la medida en que cumplan las correspondientes condiciones establecidas en la presente Directiva.”**

El uso de esta potestad se justifica en la satisfacción del interés público, pero está limitado por los principios de publicidad y concurrencia. En virtud del principio “*contractus lex*”, el interés público debe conjugarse en los contratos administrativos con el principio establecido en el artículo 1091 del Código Civil de acuerdo con el cual “*las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y deben cumplirse al tenor de los mismos*”<sup>389</sup>. El interés público es, tanto el presupuesto habilitante, como el límite a esta prerrogativa, que deberá ser justificada y motivada en todo caso, ya que es una manifestación de la potestad expropiatoria general porque supone el sacrificio de derechos e intereses del particular, el contratista en este caso, en aras del interés general<sup>390</sup>.

Eso sí, en el caso de que se den los motivos que justifican el interés general, la Administración se verá obligada a ejercer estas prerrogativas<sup>391</sup>. Lo que la doctrina discute es si

---

<sup>388</sup> De la misma Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2013 (T-235/11 Reino de España contra Comisión), es de interés el apartado 70: “**La modificación de un contrato público en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. Asimismo, una modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a obras inicialmente no previstas. Una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato en favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial (véase, por analogía, la sentencia Pressetext Nachrichtenagentur, citada en el apartado 60 supra, apartados 35 a 37).**” ECLI:EU:T:2013:49.

<sup>389</sup> Dictamen del Consejo de Estado, número de expediente: 1598/2002 (Ciencia y tecnología). Fecha de aprobación: 31.10.2002.

<sup>390</sup> J.L. MEILÁN GIL, “Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión”, Revista de Administración Pública nº 191, Madrid, mayo-agosto 2013, págs. 11-41. ISSN: 0034-7639.

<sup>391</sup> Véase F. SAINZ MORENO, “Prerrogativas de la administración en la contratación administrativa” en el libro col. *Derecho de los contratos públicos: estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de*



son regladas o discrecionales. Si atendemos al texto de la LCSP, parecería que se trata de una potestad del segundo tipo, que deberá ser motivada a tenor del artículo 35 de la *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*<sup>392</sup>.

En cualquier caso, lo que se limitaría no es la potestad, sino su “intensidad”, ya que si resulta excesiva, ya no es en aras del interés general, al ser este en último término el mantenimiento del orden jurídico establecido y de la legalidad vigente.

De ahí que cuando esta modificación es de especial entidad y supera unos determinados umbrales, el objeto del contrato inicial se desdibuja y lo procedente sería resolver el contrato. No obstante, si aun alterando los supuestos económicos básicos del contrato, las modificaciones son obligatorias para el contratista, éste tiene derecho a ser indemnizado<sup>393</sup>. Esta indemnización debe incluir, tanto el daño emergente, como el beneficio industrial. La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1986 lo deja muy claro en su fundamento jurídico tercero en que distingue la indemnización debida al “*ius variandi*” y al “*factum principis*”, de aquella causada por fuerza mayor:

***“(…) distinción entre la alteración concesional por modificaciones introducidas por el ejercicio del «ius variandi» de la Administración, o «factum principis» (...) en cuyo caso, debe ésta (la Administración) indemnizar al contratista el daño emergente como el lucro cesante, lo cual supone restituir la retribución del concesionario a las condiciones inicialmente pactadas en atención al coste del establecimiento, los gastos de explotación y el beneficio industrial-, y el desequilibrio producido por causas sobrevenidas e imprevisibles ajenas a la conducta de las partes, que ponen en peligro la supervivencia del servicio público por ruptura de la economía de la concesión, en cuyo caso la compensación debida al concesionario debe ir dirigida al mantenimiento del servicio mediante la distribución proporcional y razonable de las pérdidas entre ambos contratantes, de tal modo que la cuantía de la compensación no sea tan escasa que la haga ineficaz para impedir la ruina de la concesión ni tan excesiva que desplace el riesgo***

---

*contratos de las Administraciones Públicas 1995*, B. PENDÁS GARCÍA (coord.), Ciss Praxis, 1995, págs. 425-464. ISBN 84-7197-348-0.

<sup>392</sup> En palabras de J.L. MEILÁN GIL, “*implica la elección por la Administración de la solución que estima es la justa y no una entre varias igualmente justas, como es corriente sostener*”. En “Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión”, *Revista de Administración Pública* nº 191, Madrid, mayo-agosto 2013, pág. 29. ISSN: 0034-7639.

<sup>393</sup> “*El mantenimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión constituye una exigencia insoslayable para la Administración concedente, cuando la novación haya producido una subversión de la economía de la concesión*”. Dictamen del Consejo de Estado en su dictamen número 2.228/98 (Fomento). Fecha de aprobación: 25.06.1998.

normal de la Empresa a la Administración concedente, imponiendo a ésta un auténtico seguro de beneficios mínimos o un resarcimiento de todos los perjuicios sufridos”<sup>394</sup>.

Sin embargo, como denuncia la Abogacía del Estado en la circular n° 1/2011, la práctica en España no seguía estos derroteros<sup>395</sup>:

*“Dado que la modificación no tenía, en sentido estricto, un límite cuantitativo, pues el umbral del 20% (en más o en menos) del precio del contrato sólo actuaba como causa de resolución a voluntad del contratista, han venido siendo muy frecuentes las modificaciones que rebasaban ese límite y a las que los contratistas no se oponían, resultado al que contribuía especialmente la práctica habitual de efectuar bajas considerables en las ofertas que luego eran compensadas con las modificaciones.”*

De hecho, la reforma de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos de Sector Público efectuada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES) en materia de modificación de contratos, tuvo lugar por las diferencias sustanciales en el régimen de modificados contractuales entre el Derecho europeo y el español.

En cualquier caso, estos supuestos *legales* son excepcionales y tasados, y por tanto, de interpretación restrictiva. No cabe la modificación contractual si se altera el objeto del contrato haciéndolo irreconocible. Es decir, la alteración del contrato siempre constituye una excepción al régimen normal de su ejecución. Un ejemplo de ello es que ni una situación de crisis económica es justificación suficiente en todos los casos, a no ser que pudiera considerarse como riesgo imprevisible<sup>396</sup>. Y esto no sólo en España.

En Italia, la modificación contractual no estaría incondicionalmente permitida en casos de crisis financiera, sino sólo hasta el punto de que se trate de causas totalmente ajenas al concesionario que no pudieron ser previstas con la diligencia cualificada, no la de un buen padre de familia, sino la que se presupone a un profesional. Y esto es así porque si no se desdibuja la naturaleza del contrato (o de la institución concesional).

---

<sup>394</sup> STS de 25 de abril de 1986 (STS 2081/1986) ECLI: ES:TS:1986:2081.

<sup>395</sup> Abogacía General del Estado, Circular n° 1/2011: *Régimen de Modificación de los Contratos del Sector Público*.

<sup>396</sup> Véase la ya analizada Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2001 (STS 3530/2001). Número de recurso: 618/1998. ECLI: ES:TS:2001:3530. Véase también F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La modificación de los contratos públicos en la encrucijada: la crisis como causa de reequilibrio económico” en el libro col. *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia, Francia*, F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (coord.), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, págs. 191-261. ISBN 978-84-9098-933-3

*“Por lo tanto, será necesario evaluar en casos similares, en qué medida la causa de la dificultad en la ejecución del plan **depende únicamente de sucesos objetivos no relacionados con el concesionario (por ejemplo, la crisis económica nacional), manteniendo las potenciales modificaciones en estos límites.***

*En dicha evaluación, será también necesario respetar la naturaleza de las instituciones jurídicas involucradas, con especial atención al elemento caracterizador de la concesión y de la CPP, como es la **asunción de un riesgo económico**, sin perjuicio del interés público en que se realice el objeto del contrato, que no puede verse comprometido por cambios en las condiciones contractuales originales<sup>397</sup>.”*

El problema es que en la práctica, la modificación contractual depende mucho del libre albedrío del órgano de contratación y de nuevas orientaciones políticas, lo cual conlleva un daño a las arcas públicas, al menoscabarse el principio de la eficiencia en el gasto y de buena administración; así como un fraude en la contratación, al ignorar los principios que la rigen, como son, entre otros, la igualdad de los licitadores y la selección objetiva del contratista.

De ahí que los requisitos para que la Administración concedente pueda aplicar la potestad del *ius variandi* sean muy precisos:

1. *“Que se produzca necesariamente dentro de los límites que establece la Ley”* debido a su naturaleza singular y privilegiada<sup>398</sup>. Este requisito es una garantía de los principios de publicidad y libre concurrencia en la licitación, porque si la modificación es sustancial y la potestad del *ius variandi* se utiliza de forma arbitraria, podríamos encontrarnos ante un fraude de ley, ya que se cierra el mercado a otros potenciales contratistas. Otro perjuicio añadido es que los recursos públicos no se habrán utilizado de la manera más eficiente<sup>399</sup>.

---

<sup>397</sup> Traducido de Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici (AVCP), [Ag 39/2012 del 6 marzo 2013](#). En original: *“Occorrerà quindi valutare, in simili casi, sino a che punto la causa della situazione di difficoltà nell’attuazione del piano dipenda unicamente da eventi oggettivi ed estranei al concessionario (es. crisi economica nazionale), contenendo le eventuali modifiche in questi limiti. Nella suddetta valutazione, appare altresì necessario rispettare la natura degli istituti giuridici coinvolti, con particolare riguardo all’elemento caratterizzante di la concessione e l’affidamento a contraente generale, che si estrinseca nell’assunzione del rischio economico, ferma restando la coltivazione del primario interesse pubblico alla globale realizzazione dell’opera che non può venir compromesso da modifiche alle originarie condizioni contrattuali.”*

<sup>398</sup> Dictamen del Consejo de Estado. Número de expediente: 42179. Fecha de aprobación: 17.05.1979.

<sup>399</sup> Dictamen del Consejo de Estado. Número de expediente: 3344/2002 (Ciencia y Tecnología). Fecha de aprobación: 13.03.2003.

2. Que la modificación contractual esté *"respaldada o legitimada por un interés público claro, patente e indubitado"*<sup>400</sup>.
3. *"Tal razón aparezca debidamente justificada en el expediente"*<sup>401</sup>.
4. Que la modificación se deba a que aparezcan nuevas necesidades o a causas técnicas imprevistas. Pero este requisito no puede entenderse como *"una atribución legal indiscriminada que le permita a su libre criterio la novación del contenido de los pliegos que sirvieron de base a la licitación, sino una facultad reglada que solo puede ejercitarse cuando la aparición de nuevas necesidades materiales, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio del interés público"*.

Si no se justifican estas nuevas necesidades o causas en el expediente, por aplicación del principio *ne varietur*, no se podrá alterar el contrato o sus pliegos<sup>402</sup>. Este principio, reconocido por la doctrina del tribunal Supremo, implica que lo pactado por las partes debe permanecer inalterado, salvo excepciones interpretadas de manera restrictiva<sup>403</sup>.

5. Es además la parte que reclama la que debe probar el desequilibrio del contrato debido al ejercicio de la potestad<sup>404</sup>.

A nivel europeo, la potestad del *ius variandi* depende de la regulación de cada Estado miembro, dentro de los límites establecidos por las Directivas de contratación y la abundante jurisprudencia del TJUE. En este sentido, las nuevas Directivas de cuarta generación, que suponen la positivización de esta jurisprudencia, imponen para algunos países límites más

---

<sup>400</sup> "El "interés público" de la modificación propuesta ha sido apreciado por el órgano de contratación en base a las nuevas funciones que al mismo han de competir, y el tenor de las modificaciones previstas es coherente con la justificación pretendida. Por consiguiente, la modificación parece pertinente". Dictamen del Consejo de Estado. Número de expediente: 55586 (Economía y Hacienda). Fecha de aprobación: 10.01.1991.

<sup>401</sup> Dictamen del Consejo de Estado. Número de expediente: 3062/1998 (Interior). Fecha de aprobación: 10.09.1998.

<sup>402</sup> Dictamen del Consejo de Estado. Número de expediente: 41.914. Fecha de aprobación: 24.05.1979.

<sup>403</sup> STS de 3 de mayo de 2001. En este mismo sentido se manifiesta el dictamen nº 363/10 de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid que se refiere al contrato de concesión del servicio de limpieza municipal, y que hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1984 (RJ 1984/1920): *"La Administración consultante pretende hacer uso de una facultad exorbitante como es la modificación contractual, admitida legalmente cuando se produzcan necesidades nuevas o circunstancias imprevisibles, con la finalidad de continuar con el vínculo contractual y en salvaguarda del interés general"*. Este dictamen hace hincapié en los pasos procedimentales para que la modificación sea legal. Contratación Administrativa. 27.10.10.

<sup>404</sup> Dictamen del Consejo de Estado. Número de expediente: 1598/2002 (Ciencia y Tecnología). Fecha de aprobación: 31.10.2002.

estrictos que aquellos contemplados por la normativa nacional, países entre los que se encuentra España; mientras que en otros, como por ejemplo Italia, suponen un mayor margen de modificación que el recogido en su regulación<sup>405</sup>.

#### 4.2. Factum Principis

O *hecho del príncipe*. En este supuesto se incluye cualquier decisión administrativa (o legislativa) posterior al contrato que, aunque no lo modifique directamente, incide sobre él y altera de forma significativa el reparto de riesgos y beneficios pactado, haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa por su parte<sup>406</sup>. En efecto:

*“Tradicionalmente, para considerar que nos encontramos ante un supuesto de “factum principis” se exige que concurren una serie de requisitos, cuales son una medida administrativa de carácter obligatorio y general de la que se derive un perjuicio para el contratista. Caracteriza de modo trascendental esta figura el hecho de que la medida de que se trate ha de ser adoptada fuera del ámbito propio de la relación contractual”<sup>407</sup>.*”

En ocasiones puede ser difícil distinguir el “*factum principis*” de la potestad del “*ius variandi*”. El primero requiere que la medida administrativa se haya adoptado fuera del contrato, pero que incida directa o indirectamente en él. En cambio, el segundo supone la facultad de la Administración de modificar el contrato en función del interés público. Esta potestad tiene su correlativo en el derecho del contratista a la resolución del contrato si la alteración es sustancial.

Es por ello que la acción para obtener una compensación nacida del *factum principis*, a diferencia de la del *ius variandi*, tiene naturaleza y fundamento extracontractual, aun cuando la compensación deba liquidarse en el seno del contrato en el que el *factum principis* ha incidido. Al ser una causa indirecta de modificación del contrato, el quantum de la compensación que se establece para el concesionario suele ser menor que en los casos de *ius variandi*, ya que la jurisprudencia tiende a repartir el perjuicio entre éste y la Administración.

Este mecanismo se activa únicamente en el supuesto de que una ley no haya previsto ya mecanismos de restablecimiento del equilibrio en atención a estas medidas:

---

<sup>405</sup> M. COZZIO. “Modifiche in corso di esecuzione, tra regole europee convergenti e interpretazioni nazionali divergenti”, en libro col. *Appalti pubblici, in house providing e grande infrastrutture*, (dir.) M. AGOSTINA CABIDDU, M. CRISTINA COLOMBO. Dossier Appalti. Pubblica amministrazione 24. Febrero 2015.

<sup>406</sup> Sus orígenes se remontan al Arrêt C.E de 10 de febrero de 1943, Aurran.

<sup>407</sup> Informe 61/08, de 31 de marzo de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. *Consulta sobre términos de un contrato de concesión del servicio público de tratamiento de residuos urbanos*.

*“En efecto, el principio «factum príncipis» se asocia (...) a aquellos supuestos en que la adopción por la Administración de medidas de carácter económico o social, acordadas al margen del contrato, que tienen una repercusión negativa en su ejecución por hacerlo más oneroso para una de las partes, causando perjuicios concretos para el contratista o el concesionario, determina el reconocimiento judicial de la obligación de la Administración, con base a razones de equidad, con independencia de la aplicación del procedimiento contractual de revisión de precios o tarifas, de mantener indemne el equilibrio de las prestaciones económicas, compensando o indemnizando por los daños y perjuicios ocasionados, de donde se deduce que este principio deviene inaplicable cuando la Ley establece directamente un mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato concesional (...)<sup>408</sup>.”*

En palabras del Dictamen del Consejo de Estado número 3.725, de 12 de noviembre de 1948, el *factum principis* es una serie de “intervenciones administrativas de tipo general no exclusivamente referibles a un contrato, pero que implican un cambio en las condiciones externas de la ejecución del contrato. **Se excluye el supuesto de que la actuación de la Administración haya venido determinada por circunstancias ajenas a su poder de decisión, en cuyo caso no concurrirá un factum principis, sino una mera alteración del equilibrio económico-financiero del contrato por causas ajenas a la voluntad de las partes**”<sup>409</sup>.

En la LCSP, el supuesto queda recogido en el segundo apartado del artículo 270.2<sup>410</sup>:

*“Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos: b) **Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.**”*

Y en el 290.4<sup>411</sup>:

*“Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos: b) **Cuando actuaciones de la Administración Pública***

---

<sup>408</sup> STS de 29 de mayo de 2007 (STS 4079/2007). Nº de Recurso: 8202/2004. ECLI: ES:TS:2007:4079.

<sup>409</sup> Dictamen del Consejo de Estado. Número de expediente: 3725. Fecha de aprobación: 12.10.1948. Véase también F. FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO, “El factum principis en la doctrina del Consejo de Estado. Estudio concreto de los dictámenes 31/92 de 13-2-92 y 632/94 de 19-5-94”, INAP, Estudios y Comentarios. 30.04.2012.

<sup>410</sup> Casi de manera idéntica se manifestaba el TRLCSP en su artículo 258.2: “La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos: b) **Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión.**”

<sup>411</sup> Exactamente igual era el artículo 282.4 del TRLCSP: “La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos: b) **Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.**” El APLCSP lo contemplaba en su artículo 168.

*concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.”*

Según la opinión mayoritaria esta decisión puede proceder tanto de la Administración concedente como de otra distinta<sup>412</sup>. Así, J.M. GIMENO FELIÚ, “*el factum principis debe englobar cualquier decisión administrativa (o legislativa) que altere de forma imprevisible el adecuado reparto de riesgos, alterando indebidamente la TIR*”<sup>413</sup>.” Es decir, no sólo “*actuaciones de la Administración Pública concedente*”.

Sólo algún autor opina que, cuando proceda de otra Administración distinta, el supuesto se situará dentro del campo de aplicación del riesgo imprevisible<sup>414</sup>.

En cualquier caso, el “*hecho del príncipe*” obliga al reequilibrio económico del contrato. Sin embargo, previamente a reequilibrar las prestaciones, será necesario comprobar si se dan sus requisitos, que son, en primer lugar, una alteración indirecta de las condiciones de la prestación, no debida a riesgo imprevisible, sino al uso de las potestades públicas de *imperium*, que den lugar a una medida de obligado cumplimiento para el contratista. No cabe invocar el *factum principis* cuando la actuación de los poderes públicos está expresamente prevista en el contrato, y sus consecuencias determinadas en él. Es decir, se trata de una medida de carácter general que impone obligaciones “*ex novo*” y que afecta al contenido del contrato, dificultando la recuperación de las inversiones.

En segundo lugar, debe darse una relación de causalidad entre la medida y el perjuicio, ocasionando mayor onerosidad del contrato para el contratista. Es decir, un supuesto de ruptura del equilibrio económico de la concesión<sup>415</sup>. Además, el perjuicio debe tener carácter evaluable.

---

<sup>412</sup> Véase, sin ánimo exhaustivo, J.M. GIMENO FELIÚ, “La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable. La contratación pública: problemas actuales”, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, págs. 83-140, y M. SÁNCHEZ MORÓN, “La preparación del contrato en la nueva Ley de contratos del sector público” en libro col. *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público* (dir.) J. COLÁS TENAS, M. MEDINA GUERRERO, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009, págs. 167-176. ISBN 978-84-613-0017-4.

<sup>413</sup> J. M. GIMENO FELIÚ, “El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la Contratación Pública. Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las Directivas por el Estado español”, Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional/ Working Papers on European Law and Regional Integration. WP IDEIR (Universidad Complutense) nº 30, 2016. Cátedra Jean Monnet (Prof. Ricardo Alonso García)

<sup>414</sup> J.A. SANTAMARÍA PASTOR, “La invalidez de los contratos públicos” en libro col. *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas 2004*, (coord.) R. GÓMEZ-FERRER MORANT, Civitas, 2004, págs. 365-396. ISBN 84-470-2194-7.

<sup>415</sup> En este sentido, el Informe 61/08, de 31 de marzo de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa es interesante porque considera que no puede pronunciarse sobre si se ha producido o no esa alteración sustancial, al ser una “*cuestión de naturaleza esencialmente técnica y financiera*”. La

En cuarto lugar, no puede haber otros mecanismos que permitan resarcir ese daño en el seno de la relación contractual existente.

El último requisito es la ausencia de culpa del contratista<sup>416</sup>.

Si se dan todas estas condiciones, el equilibrio del contrato de concesión quedará efectivamente roto y la Administración concedente estará obligada a restablecerlo<sup>417</sup>. Pero eso sí, sólo si la legislación aplicable al contrato vigente en el momento en que fue concedida así lo dice. Es decir, para saber si en el caso del *factum principis* la Administración está obligada a restablecer el equilibrio, hay que remontarse a la normativa en vigor en el momento de la adjudicación del contrato de concesión.

Una cuestión muy debatida es si se debería incluir dentro del *factum principis* las cláusulas de progreso. Es una cuestión que merecería la pena regular, ya que la evolución técnica puede hacer obsoleto el reparto de riesgos y beneficios, y se hará entonces necesaria la aplicación del equilibrio contractual para mantener la equivalencia de las prestaciones en las concesiones (que recordemos, al ser a largo plazo, sí se ven muy afectadas por el progreso técnico). Es decir, en aras de la innovación tecnológica, una determinada inversión que afecta al plan económico-financiero de la concesión debería conllevar un ajuste de la TIR<sup>418</sup>.

### 4.3. Riesgo imprevisible o doctrina de la imprevisión vs. fuerza mayor

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1998 explica en que consiste el “riesgo imprevisible” que autoriza a un reequilibrio del contrato<sup>419</sup>:

*“Pero también es cierto que cuando dicha figura de la revisión de precios deviene ineficaz, por concurrir otros hechos que escapan a las previsiones normativas establecidas al efecto, produciendo con ello en la relación jurídico-contractual que vincula a las partes, un desequilibrio económico de tal entidad y naturaleza, que el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones derivadas de ella, sea excesivamente oneroso para el mismo, el cual razonablemente no pudo prever, incluso empleando una diligencia fuera de las normas en este tipo de contrataciones,*

---

pregunta aquí sería: ¿Y quién puede entrar entonces a valorarlo? : *Consulta sobre términos de un contrato de concesión del servicio público de tratamiento de residuos urbanos*

<sup>416</sup> Véase a modo de ejemplo el *Acuerdo 51/2014, de 4 de septiembre de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por AUTOBUSES TERUEL ZARAGOZA, S.A, frente al procedimiento de licitación denominado «Gestión y explotación del servicio municipal de transporte colectivo urbano de viajeros de la ciudad de Teruel, en su modalidad de concesión administrativa», promovido por el Ayuntamiento de Teruel. RE 088/2014.*

<sup>417</sup> Para profundizar, T. QUINTANA LÓPEZ, “El anacronismo del *factum principis* en la legislación de contratos”, *Revista española de derecho administrativo* nº 50, 1986, págs. 269-274. ISSN 0210-8461.

<sup>418</sup> J. M. GIMENO FELIÚ, “Hacia una nueva ley de contratos del sector público. ¿Una nueva oportunidad perdida?”, *Revista Española de Derecho Administrativo* nº182, Enero – Marzo 2017, págs. 181-221.

<sup>419</sup> STS de 19 de enero de 1998 (STS 160/1998). Nº de Recurso: 1290/1990. ECLI: ES:TS:1998:160.



***entonces y en éste último supuesto ha de acudir a la aplicación de la doctrina de "riesgo razonablemente imprevisible" como medio extraordinario, como extraordinarias son sus causas, para restablecer el equilibrio económico del contrato. Es decir, para que sea aplicable dicha doctrina a fin de producir los efectos pretendidos, como fórmula compensatoria de perjuicios experimentados por el contratista en cuanto no hayan sido cubiertos a través de la figura jurídica de la "revisión de precios", es menester que las circunstancias concurrentes desencadenantes del desequilibrio contractual, además de ser imprevisibles, sean producidas sin culpa en los contratantes<sup>420</sup>.***

Esta teoría del riesgo imprevisible fue ya introducida en el Derecho administrativo mediante el *Real Decreto Sentencia de 20 de junio de 1840*, recaído en el asunto de Portazgo de Soncillo, y se consolidó a través del *Arrêt del Conseil d'État de 24 de marzo de 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*<sup>421</sup>.

La sociedad concesionaria tenía con el municipio de Burdeos un pacto formal que aunque fijaba una correlación entre el precio del gas y el del carbón, establecía un precio máximo para el gas. La guerra de 1914-1918 supuso un crecimiento desmesurado del precio del carbón, que hizo imposible a la compañía seguir prestando el servicio. No obstante el Consejo de Estado obligó a la compañía a seguir prestándolo al precio máximo fijado, no sin antes aclarar que el municipio no podía rescindir el contrato, sino que debía continuar la relación contractual con la concesionaria e indemnizarla en la cuantía del aumento del precio el carbón. La opción alternativa era celebrar un nuevo convenio que elevara el precio cobrado a los usuarios.

El *Conseil d'État* expresó muy claramente que los acontecimientos que alteran el equilibrio deben ser ajenos a la voluntad del concesionario, realmente imprevisibles y alterar de manera extraordinaria los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación, ya que el restablecimiento del equilibrio y la teoría del riesgo imprevisible no se configuran como una garantía del beneficio, ni un seguro a todo riesgo para el concesionario<sup>422</sup>. El objetivo de esta técnica es *"evitar conclusiones radicalmente injustas que se pudieran seguir*

---

<sup>420</sup> En palabras de F.L HERNÁNDEZ, *"la inclusión de una cláusula de revisión de precios en el contrato de concesión de servicios públicos es perfectamente compatible con el reconocimiento de otro tipo de compensaciones económicas, cuando la aplicación de fórmulas de revisión no prevea la circunstancia –sobrevenida e imprevisible– determinante del desequilibrio o sea insuficiente para reequilibrar la mayor onerosidad del contrato"*. *La nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Aranzadi, Navarra 2018, pág. 145. ISBN: 978-84-9197-030-9

<sup>421</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo XIII. Contratos del sector público*. BOE, Madrid, 2018, págs. 196-202. ISBN 978-84-340-2496-0

<sup>422</sup> Así mismo se manifiesta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de abril de 2006. *"En este sentido, es una constante en la Jurisprudencia que aplica la teoría del riesgo imprevisible la exigencia de que la ruptura de equilibrio financiero del contrato se deba a circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afecten grandemente a éste"* (STSJ M 2924/2006) Nº de Recurso: 1264/2003. ECLI: ES:TSJM:2006:2924.

de una aplicación literalista de la Ley, o de las cláusulas contractuales, que vienen a ser Ley entre las partes contratantes”<sup>423</sup>.

Sin embargo, al romper el principio de *ne varietur* y *pacta sunt servanda*, no cabe la aplicación analógica o su extensión, ciñéndose a los casos excepcionales para los que está previsto:

**“Existe un principio general de inalterabilidad de los contratos, salvo las excepciones admitidas que son, eso, excepciones a un régimen general de mantenimiento de las condiciones establecidas en los correspondientes Pliegos, y que, en cuanto tales, exigen una interpretación restrictiva cuyas únicas salvedades vienen constituidas porque hayan sido inicialmente previstas o porque ocasionen una ruptura del equilibrio económico financiero claramente acreditada o porque resulte evidentemente producida por la superveniencia de hechos que alteren dicho equilibrio”<sup>424</sup>.**

En efecto, en el respeto del principio de riesgo y ventura y de no falsear las garantías de concurrencia en la licitación, y con el objetivo de mantener la seguridad jurídica, deben tenerse en cuenta los principios de equidad (art. 3.2 C.Civil) y de buena fe (art. 7.1 C.Civil), amén de darse unos requisitos muy estrictos, tanto de orden cualitativo, es decir, que se trate de situaciones realmente insólitas e inesperadas, como de orden cuantitativo, que vendría a significar que la alteración rebasa los límites razonables de aleatoriedad que todo contrato conlleva<sup>425</sup>.

El primero de estos requisitos es la alteración imprevisible y extraordinaria de las circunstancias que llevaron a firmar el contrato, que producirá un enriquecimiento en perjuicio del contratista. Este enriquecimiento injusto se caracteriza por varias notas:

En primer lugar, en un aumento del patrimonio del enriquecido, que conlleva un correlativo empobrecimiento de la parte actora, representado por un daño emergente o por un lucro cesante. Además, faltará una causa que justifique este enriquecimiento. Por último, ningún precepto legal debe excluir la aplicación del principio de equilibrio del contrato.

El segundo requisito sería que la alteración de circunstancias sea tal, que supere los riesgos económicos razonables que todo contratante se ve obligado a soportar, quebrando las obligaciones sinalagmáticas establecidas.

*“La doctrina del riesgo imprevisible, enlazada a la de la cláusula rebus sic stantibus, exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al*

---

<sup>423</sup> Dictamen del Consejo de Estado. Número de expediente: 3344/2002 (ciencia y tecnología). Fecha de aprobación: 13.03.2003.

<sup>424</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 3629/2001 de 30 de Mayo de 2001. (ECLI: ES:TS:2001:3629). Nº de Recurso: 8919/1995.

<sup>425</sup> Dictamen del Consejo de Estado. Número de expediente: 50293 (OBRAS PUBLICAS Y URBANISMO). Fecha de aprobación: 5.11.1987.

*tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de modo que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente podía preverse*<sup>426</sup>.

Si en algún caso se alteraran fuertemente las condiciones, por ejemplo, se elevaran radicalmente los precios, pero sin afectar en exceso al presupuesto total del contrato, prevalece el requisito de la imprevisibilidad, siempre que la incidencia sobre la economía del contrato rebase un cierto mínimo<sup>427</sup>.

Es por ello que, no se puede entender con carácter general, que la crisis económica sea uno de los supuestos que motivan la obligación del restablecimiento económico de la concesión y que haya que estudiar el caso concreto, porque también es cierto que, aplicado con excesiva rigidez puede impedir la realización de los intereses públicos perseguidos.

La alteración debe quedar lo suficientemente acreditada por la parte que pretenda el reequilibrio<sup>428</sup>. Por eso, si el concesionario demostrase que la crisis ha impactado efectivamente y de forma desproporcionada en la concesión, alterando su equilibrio en favor de la Administración concedente, a pesar del correcto estudio de viabilidad y de la diligencia del concesionario, sí resultaría posible un reajuste de las condiciones financieras de la concesión. En otras palabras, la aplicación prudente del principio de riesgo y ventura no puede suponer la aplicación excesivamente restrictiva del derecho del concesionario al mantenimiento del equilibrio económico<sup>429</sup>.

Por otra parte, en caso de contrato de obras, estas circunstancias sobrevenidas se han tenido en cuenta regulando la posibilidad de revisión de precios. No obstante, esta figura puede devenir ineficaz si concurren circunstancias que no entraban dentro de una previsión diligente

---

<sup>426</sup> STS de 18 de abril de 2008 (STS 1807/2008) Nº de Recurso: 5033/2006. ECLI: ES:TS:2008:1807

<sup>427</sup> Véanse entre otros muchos los dictámenes del Consejo de Estado: Número de expediente: 1075/2001 (fomento). Fecha de aprobación: 26.07.2001; número de expediente: 50293 (obras públicas y urbanismo). Fecha de aprobación: 5.11.1987; número de expediente: 50295 (obras públicas y urbanismo). Fecha de aprobación: 5.11.1987; número de expediente: 50299 (obras públicas y urbanismo). Fecha de aprobación: 5.11.1987.

<sup>428</sup> STS de 30 de abril de 2001 (STS 3525/2001). Nº de Recurso: 8534/1995. ECLI: ES:TS:2001:3525

<sup>429</sup> Véase a modo de ejemplos los informes 18/2012 de 19 de septiembre: *Posibilidad de mantener el equilibrio económico de un contrato de gestión de servicios públicos mediante la modificación del precio del mismo. La crisis económica como causa de modificación del contrato* y 24/2013 de 25 de noviembre: *Restablecimiento del equilibrio económico en contratos de concesión de obra pública*, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

en el momento de formalizar el contrato. Sería este un caso claro de aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible, como medio extraordinario para restablecer el equilibrio<sup>430</sup>.

En resumen: ***“La regla de que el contratista de obras tiene derecho a que se le indemnicen los daños sufridos a consecuencia de la fuerza mayor constituye una excepción al régimen general y, como tal, debe ser objeto de interpretación estricta, de tal suerte que no es susceptible ni de aplicación analógica, ni de interpretación extensiva. Y, de otro lado, el reconocimiento de tal derecho en favor del concesionario de los servicios públicos, llevaría a una conclusión contraria a la propia naturaleza de la institución concesional; se trataría de una conclusión de las llamadas apagógicas, en la que la regla básica de la concesión -la del riesgo y ventura del concesionario- se vería desvirtuada, desnaturalizando no ya uno de los aspectos del negocio jurídico sino la institución misma, con menoscabo de la voluntad legal<sup>431</sup>.***

Por ello, para que sea adecuado el reequilibrio financiero en casos de imprevisibilidad, se deben dar necesariamente todos los requisitos explicados<sup>432</sup>.

En cuanto al riesgo imprevisible y las causas de fuerza mayor, se plantea la duda de si son asimilables. Si así fuera, el artículo 270.2 *in fine* y 290.4 *in fine* en concesiones de obras y de servicios respectivamente, lo incluirían junto a las causas de fuerza mayor<sup>433</sup>. Y no es así<sup>434</sup>.

---

<sup>430</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 4302/2008 de 4 de Junio 2008 (ECLI: ES:TS:2008:4302). Nº de Recurso: 5093/2006.

<sup>431</sup> Dictamen del Consejo de Estado. Número de expediente: 1075/2001 (fomento). Fecha de aprobación: 26.7.2001.

<sup>432</sup> Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1985 y 14 de marzo de 1985, entre otras muchas.

<sup>433</sup> Que eran los artículos 258.2.b y 282.4.c del TRLCSP (regulado este último en el 288 del APLCSP que por el efecto directo de las Directivas desplazó la regulación del 282 en el caso de los contratos de gestión de servicios público en España.

<sup>434</sup> Determinada legislación local sí regula expresamente esta causa, librándonos de la duda. *“En cualquier caso, en la legislación del régimen local español, se contempla como causa de restablecimiento económico de la concesión de servicios públicos -artículo 127.2.2 b) del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales- cuando, aun sin mediar modificación en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión.*

*En el mismo sentido, y en la regulación del régimen local aragonés, el artículo 278 RBASO, al regular los deberes de la entidad concedente, obliga a la entidad local, titular del servicio objeto de concesión, a "mantener el equilibrio financiero de la concesión, a cuyo efecto tendrá que compensar económicamente al concesionario, por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio que incrementen los costes o disminuyan la retribución, y tendrá que revisar las tarifas y subvenciones cuando, aunque no hubiera modificaciones en el servicio, circunstancias anormales e imprevisibles sobrevenidas determinaren, en cualquier sentido, la ruptura del equilibrio económico".*

Informe 18/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón: *Posibilidad de mantener el equilibrio económico de un contrato de*

De esta opinión es BERNAL BLAY, que considera que el riesgo imprevisible y la fuerza mayor dos causas distintas, una contemplada por la legislación de contratos y otra no<sup>435</sup>. Un argumento a favor de que son causas distintas es que cuando la causa del desequilibrio es la fuerza mayor, corresponde la *restitutio in integrum*, mientras que si se trata de riesgo imprevisible, supone el reparto entre la Administración y el concesionario de las consecuencias desfavorables. Además, el Tribunal Supremo se cuida mucho de diferenciar el riesgo imprevisible de la fuerza mayor, aunque, con no mucho acierto, añade en ocasiones el término *imprevisible* a continuación<sup>436</sup>.

Sería en el clausulado del contrato donde debería articularse el riesgo imprevisible como una causa de reequilibrio contractual a fin de poder accionarla durante la ejecución. En otras palabras, si otras normas (específicas, ya que hemos visto que no se encuentra en la LCSP) que resulten aplicables a la entidad adjudicadora, recogen el supuesto, no deberá configurarse necesariamente en los pliegos. Estas mismas normas podrán, por supuesto, establecer otras causas en las que procede el reequilibrio. Pero si no es así, para poder reequilibrar el contrato en la ejecución en caso de riesgo imprevisible, será necesario que se incluya explícitamente esta causa<sup>437</sup>.

Por otra parte, para distinguir estas dos causas, y una vez analizado el riesgo imprevisible, es preciso detenerse a estudiar qué debemos entender por fuerza mayor<sup>438</sup>. Según la circular de la Abogacía del Estado nº 1/2011, previamente comentada en el **CAPÍTULO III: DIRECTIVA**

---

*gestión de servicios públicos mediante la modificación del precio del mismo. La crisis económica como causa de modificación del contrato.*

<sup>435</sup> M.A. BERNAL BLAY, *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas "paraconcesionales"*, Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pág. 366. Opinión compartida por J.M. GIMENO FELIÚ: "Por último, aunque se entienda ahora excluido bien podría regularse los efectos del riesgo imprevisible (lo que evitaría la posterior «judicialización», con las incertidumbres que comporta)" "Hacia una nueva ley de contratos del sector público. ¿Una nueva oportunidad perdida?", Revista Española de Derecho Administrativo nº182, Enero – Marzo 2017, págs. 181-221.

<sup>436</sup> Véase a modo de ejemplo la STS 3485/1999 de 20 de Mayo de 1999.

<sup>437</sup> Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1999 (STS 3747/1999), que afirma el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 acoge la concepción amplia del principio de la teoría del equilibrio financiero de la concesión administrativa, comprensivo tanto del hecho del príncipe, como de la teoría de la imprevisión. En particular los artículos 126.2.b), 127.2.2º.b), 128.3.2º y 152.3 de dicho reglamento. Nº de Recurso: 2220/1993. ECLI: ES:TS:1999:3747

<sup>438</sup> Véase I. ALBENDEA SOLÍS, "El reequilibrio económico de los contratos públicos" en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo III. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGÓ CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2350-2353. ISBN: 978-84-9169-926-2.

**2014/23/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN, epígrafe 3.2. Modificación contractual en fase de ejecución<sup>439</sup>:**

*“Hay que entender que el concepto de fuerza mayor a que se refiere el precepto transcrito no es el que establece descriptivamente el artículo 214 de la LCSP (se refiere al texto previo al TRLCSP y no a la actual LCSP), ya que este precepto se refiere en concreto al contrato de obras (y a la fase de ejecución de las obras en el contrato de concesión de obra pública), siendo así que la regla del artículo 92 quáter, apartado 1 c), de la LCSP es aplicable a todos los contratos que regula este texto legal. Es por ello por lo que el concepto de fuerza mayor que ha de tenerse en cuenta a los efectos del precepto legal últimamente citado no es el del artículo 214, sino el que resulta del artículo 1105 del Código Civil”.*

Y este nos dice que:

*“Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”.*

Es decir, es una causa irresistible, imprevisible y extraña al funcionamiento de la concesión. E incluso en el caso de que se hubiera podido prever, era inevitable. Así lo manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Noviembre de 1988 cuando afirma que<sup>440</sup>:

*“Conforme tiene reiteradamente declarado el Tribunal Supremo el concepto de fuerza mayor debe quedar ceñido al suceso que esté fuera del círculo de actuación obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuese inevitable, pero aquellos eventos internos intrínsecos, ínsitos en el funcionamiento de los servicios públicos, (...) es un supuesto previsible y evitable con una adecuada inspección”.*

Por eso, la fuerza mayor no debe confundirse con el caso fortuito, que siendo *ínsito en el funcionamiento* de la concesión y, pudiendo ser imprevisible o no, sí es evitable.

Para concluir, es preciso hacer una puntualización más.

A tenor de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Mayo de 1999 ya mencionada, a pesar de que tanto estas causas imprevisibles, como la potestad del *ius variandi* de la Administración configurada en contrato o dentro de los límites de los artículos 203 al 205 de la

---

<sup>439</sup> Abogacía General del Estado, Circular nº 1/2011: Régimen de Modificación de los Contratos del Sector Público.

<sup>440</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Noviembre de 1988 (STS 7685/1988) (ECLI: ES:TS:1988:7685).

LCSP, permiten recurrir a la técnica del reequilibrio del contrato; eso no quiere decir que sean equiparables<sup>441</sup>.

Es más, si incluimos los motivos en que se puede reequilibrar el contrato en las propias cláusulas, dejando aparte el hecho de que ya no será riesgo imprevisible, sino potestad de *ius variandi* configurada en el contrato, nos estamos adelantando a lo imprevisible, lo que es de por sí una contradicción en sus términos. Lo que da lugar a esta potencial confusión, es que si no se recoge el riesgo imprevisible en los pliegos, con la legislación actual, a excepción de que haya ley especial que sea de aplicación al contrato concreto, no podrá ser una causa de reequilibrio del contrato.

En resumen, para aplicar la teoría del riesgo imprevisible y lograr así la equivalencia de las prestaciones, que sólo podrá darse si hay ley especial que lo regule, no podemos confundir el clausulado del contrato (que será *ius variandi*) con esta teoría. No podemos más que compartir la opinión de GIMENO FELIÚ: *“aunque se entienda ahora excluido bien podría regularse los efectos del riesgo imprevisible (lo que evitaría la posterior «judicialización», con las incertidumbres que comporta)”*<sup>442</sup>. Regulación que no se ha introducido en la LCSP.

Se evitaría así, aparte de incesante debate, la inseguridad jurídica que tanto perjudica a estos contratos complejos y de larga duración. Ningún inversor razonable está interesado en un contrato donde haya de prever lo imprevisible para recibir una prestación honesta y equivalente.

#### 4.4. Mecanismos de restablecimiento del equilibrio

Elaboramos en este epígrafe un listado no exhaustivo de técnicas de reequilibrio autorizadas<sup>443</sup>.

---

<sup>441</sup> *“Invoca la parte recurrente infracción por la sentencia de instancia de los artículos 126.2.b), 127 y 128 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Sin embargo, estos preceptos aluden a los supuestos en que se hayan producido circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en la ejecución del contrato que hayan determinado la ruptura del equilibrio económico del mismo, obligando a la Administración a indemnizar los perjuicios sufridos por el contratista, en aplicación de la doctrina denominada del riesgo imprevisible. En el presente caso no se han producido tales circunstancias imprevisibles. La cuestión se plantea en torno a la aplicación de una cláusula del Pliego de Condiciones (artículo 9), que ha previsto en ciertos casos una revisión del canon anual, cuando se cumplan determinados requisitos, que, como hemos expuesto, no han tenido lugar. No se trata de un supuesto de aparición de circunstancias imprevisibles, sino de revisión del canon por causas “previstas” en el Pliego de Condiciones del Contrato, por lo que los preceptos mencionados no son de aplicación para resolver la controversia objeto del proceso.”* Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1999 (STS 3747/1999) Recurso: 2220/1993. ECLI: ES:TS:1999:3747.

<sup>442</sup> J. M. GIMENO FELIÚ, “Hacia una nueva ley de contratos del sector público. ¿Una nueva oportunidad perdida?”, Revista Española de Derecho Administrativo nº182, Enero – Marzo 2017, pág. 211.

<sup>443</sup> Véase el artículo 250 de la LCSP, que se refiere al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP). Idéntico el antiguo 131 del TRLCSP.

La primera sería mantener la equivalencia de lo pactado, mediante un pago único que compense en todo o en parte, el desequilibrio existente, evitando la transferencia completa del riesgo operativo a la Administración, lo que supondría una mutación del tipo contractual. Esta opción, que deberá ser adecuadamente motivada, porque si no se puede incurrir en ayuda estatal ilegal, prohibida por el artículo 107 del TFUE, es la más adecuada, cuando por diferentes motivos la revisión de tarifas no es posible y no se quiere diferir la compensación del concesionario<sup>444</sup>.

Una opción alternativa y especialmente recomendable en caso de que se demuestre que las condiciones sobre las que se fijó la demanda eran incorrectas, bien por causas verdaderamente imprevisibles, que no imprevistas, o bien, si se prevé que la solución del desequilibrio se mantendrá en el tiempo, o se va a prolongar indefinidamente, es ajustar las tarifas de la concesión. Esto se podrá hacer únicamente si la modificación no altera la TIR<sup>445</sup>.

Lo que en ningún caso se puede hacer para lograr el equilibrio de las prestaciones es una modificación que, no estando prevista en el clausulado del contrato de concesión, exceda de los supuestos recogidos por el artículo 205 de la LCSP<sup>446</sup>. Es por ello que, en principio, la prórroga del contrato está vetada, al alterar el valor estimado del contrato y conculcar así los principios de publicidad, concurrencia e igualdad en las licitaciones. Sin embargo, hay una excepción<sup>447</sup>.

Cuando la fuerza mayor o el *“factum principis”*, modifiquen el régimen financiero del contrato, la Administración concedente podrá prorrogar el contrato *“por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial y siempre que la retribución del concesionario provenga en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios”* en contratos de concesión de obras, *“o por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial”* en contratos de concesiones de servicios<sup>448</sup>.

---

<sup>444</sup> Véase F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*. Editorial Civitas (7ª ed). Madrid, 2008. ISBN: 9788447029013

<sup>445</sup> Informe 24/2013, de 25 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. *Restablecimiento del equilibrio económico en contratos de concesión de obra pública*.

<sup>446</sup> Véase J.M. GIMENO FELIÚ, *“Liderazgo y gestión de los contratos públicos en la Colaboración Público-Privada: hacia la buena Gobernanza”*, Asesoría Jurídica para la Cámara Comercio de Barcelona a requerimiento OTRI. Julio 2018.

<sup>447</sup> Véase V. AGUADO I CUDOLÀ, *“Efectos de la invalidez y prórroga de los contratos públicos”*, El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, 2017, págs. 223-272. ISBN 978-84-7351-589-4.

<sup>448</sup> Véanse respectivamente los artículos 270 y 290 de la LCSP para concesiones de obras y de servicios.



#### 4.5. Conclusión

Actuaciones administrativas propias o *factum principis*, modificaciones contractuales o *ius variandi*, imprevisibilidad (que no imprevisión y únicamente cuando esta opción se contemple expresamente en el clausulado del contrato o en ley especial) y fuerza mayor, son los requisitos para la aplicación correcta de la técnica del reequilibrio del contrato, que se apoya, en caso de resolución anticipada, en la Responsabilidad Patrimonial de la Administración<sup>449</sup>. Esta responsabilidad de la administración resulta atractiva para los operadores económicos, porque garantiza parte del negocio que escapa a los riesgos incluidos en cualquier contrato<sup>450</sup>.

En el caso de riesgo imprevisible (con los matices explicados) o de fuerza mayor, no quiere decir que el concesionario tenga una especie de seguro a cargo de la Administración que cubra todos los riesgos del servicio o de la infraestructura, ya que entonces desaparece el riesgo operacional, clave en los negocios concesionales<sup>451</sup>.

En cuanto a la potestad del *ius variandi*, se impone el límite de que las modificaciones contractuales no afecten a sus condiciones esenciales<sup>452</sup>.

---

<sup>449</sup> G. ARIÑO ORTIZ, "Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos", ENAP, Alcalá de Henares 1968.

<sup>450</sup> J.M. GIMENO FELIU, "Remunicipalización de servicios locales y derecho comunitario", El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho nº. 58-59, 2016, págs. 50-71. ISSN 1889-0016.

<sup>451</sup> "(...) la alteración de la economía del contrato por la "potestas variandi" de la Administración y por el llamado "factum principis", que en los casos de autos está claro que no se han producido, **los demás supuestos de alteración acontecidos por hechos imprevisibles y ajenos a las partes contratantes dan lugar al restablecimiento del equilibrio económico cuando, fundamentalmente, lo que está en juego es la prestación indirecta de un servicio público mediante la técnica de la concesión, y ello por cuanto si se admite la posibilidad de mantener el equilibrio financiero del contrato mediante la coparticipación en los riesgos de ambas partes, es porque de este modo se garantiza la continuidad y buena prestación del servicio, en el que la Administración está directamente interesada**, y en este fundamento insiste siempre tanto la doctrina como la jurisprudencia, que dejan bien claro que **no se trata de salvar al contratista privado a toda costa de los riesgos que no son imputables directa o indirectamente a la Administración, sino de velar por el mantenimiento del servicio, de manera que cuando éste no está en juego rige el principio del riesgo y ventura para el contratista**, principio que aún propio del contrato de obra se extiende al resto de la contratación administrativa, **de modo que el contratista no tiene una especie de seguro a cargo de la Administración que le cubra de todos los riesgos de su actividad, pues la actividad empresarial es por esencia imprevisible**, y del mismo modo que la marcha de los acontecimientos puede determinar ganancias para el empresario, esta misma marcha puede hacer que sufra pérdidas y no por ello tales pérdidas ha de compartirlas siempre y en todo caso la otra parte contratante - **pues el que arriesga su dinero en un negocio asume como premisa que determinadas actividades son de suyo una apuesta en la que se puede ganar o perder** -, en este caso la Administración, y es por esta razón por la que el Tribunal Supremo acude en casos como el presente a la aplicación del más tradicional principio propio de la contratación privada de la cláusula "rebus sic stantibus", que desde luego no garantiza tampoco y en todo caso las eventuales pérdidas que pueda padecer uno de los contratantes". Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de abril de 2006. (STSJ M 2924/2006) Nº de Recurso: 1264/2003. ECLI: ES:TSJM:2006:2924

<sup>452</sup> Véanse artículos 107 del TRLCSP, 203 del APLCSP y 205 de la LCSP.

Pero, ¿qué debemos entender por condiciones esenciales? El criterio general vino determinado por el TJUE en la sentencia *Succhi di Frutta*, afirmando que es aquella que, “*si hubiese figurado en el anuncio de licitación, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente*”<sup>453</sup>. Sin embargo, al ser un término jurídico indeterminado es necesario atender al caso concreto<sup>454</sup>.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 43/2008 afirma que podrían utilizarse dos procedimientos para concretar el concepto, consistiendo el primero en dar una serie de criterios de carácter generalista como “*la alteración de condiciones del contrato que de haber figurado en el anuncio de la licitación habrían permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente distinta o las que hacen referencia a las que supongan alteración de la naturaleza de la prestación que constituye el objeto del contrato*”, que en realidad trasladan el problema de definir las susodichas condiciones a una fase posterior<sup>455</sup>.

Por ello, la Junta apuesta como segundo método, por enunciar una serie de supuestos que se pueden considerar como elementos esenciales “*y resolver las dudas que se planteen respecto de otros supuestos diferentes*”. Sin embargo, no deja de recalcar que el método no es perfecto ya que estas condiciones varían, no sólo en función del tipo contractual ante el que nos encontremos, sino incluso dentro de un mismo tipo contractual:

*“La determinación apriorística de en qué supuestos debe considerarse que una modificación contractual afecta a condiciones esenciales de la contratación sólo puede hacerse a la vista de las circunstancias propias de cada caso. Ello debe entenderse sin perjuicio de que se deba tener en consideración el principio de que son esenciales “aquellas estipulaciones que de haber figurado en el anuncio de licitación o en los pliegos, hubieran permitido presentar a los licitadores una oferta sustancialmente diferente”.*

Fuera de estos casos es cuando estaríamos vulnerando el principio de igualdad de trato de los licitadores, porque se modifica el contenido del contrato, incluyendo como costes cuestiones distintas a las ofertadas que debieran ser asumidas como riesgo del concesionario.

---

<sup>453</sup> STJUE de 29 de abril 2004 (C-496/99 *Succhi di Fruta*) ECLI:EU:C:2004:236.

<sup>454</sup> Informe 4/2012, de 1 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Comunidad Autónoma de Aragón. *Condiciones contractuales que tienen carácter esencial a efectos de la modificación de los contratos.*

<sup>455</sup> Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 43/08, de 28 de julio de 2008. *Modificaciones de los contratos, interpretación del artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público. Régimen Jurídico aplicable a los contratos cuya convocatoria de licitación hubiese sido objeto de un anuncio publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y su adjudicación se hubiese producido con posterioridad.*

Podemos concluir, a grandes rasgos, que la Administración concedente se verá obligada a activar el mecanismo de reequilibrio financiero en los casos en que, por motivos de interés general justificados, haga uso de su potestad de “*ius variandi*” y estos cambios sean obligados para el concesionario; en los casos de “*hecho del príncipe*” o “*factum principis*” ya explicados; en los casos de riesgo imprevisible, pero teniendo en cuenta que únicamente sería posible si así lo prevé, o el clausulado de contrato, o la legislación específica del sector, (ya que no se pueden equiparar la fuerza mayor y el riesgo imprevisible y este no viene recogido en la LCSP) y por causas de fuerza mayor<sup>456</sup>. También se podría reequilibrar el contrato si así lo recogen normas específicas.

Por su parte, hemos de resaltar que las modificaciones previstas en la documentación contractual, se incluyen en el valor estimado del contrato, no conculcan los principios de la contratación pública y no suponen realmente el reequilibrio de la concesión, sino la ejecución de las cláusulas del contrato.

La activación de la técnica del reequilibrio, que es obligatoria para la Administración, no es una cuestión baladí, ya que fuera de estos casos, además de eliminarse el riesgo operacional a cargo del concesionario, con todas las consecuencias para el cómputo de la operación como déficit en las cuentas de la Administración y el cambio de calificación de concesión a contrato que ello conlleva, podríamos estar incurriendo en ayuda estatal prohibida por el TFUE<sup>457</sup>.

Una vez determinadas las situaciones que permitirán activar la técnica de reequilibrio, es preciso saber cuándo nos encontramos ante una grave alteración del equilibrio económico del contrato.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo la cuantifica en un 2,5% del precio del contrato. Pero siempre habrá que estar al caso concreto. En este sentido, es muy ejemplificativa la Sentencia del Tribunal Supremo 25 de abril de 2008 recaída en el recurso de casación 5038/2006, que afirma que<sup>458</sup>:

*"(...) Debe atenderse a las circunstancias de cada contrato en discusión para concluir si se ha alterado o no de modo irrazonable ese equilibrio contractual a que más arriba hemos hecho mención. La incidencia del incremento ha de examinarse sobre la globalidad del contrato pues un determinado incremento puede tener mayor o menor*

---

<sup>456</sup> F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Aranzadi, Navarra 2018. ISBN: 978-84-9197-030-9. En particular el Capítulo III. La especial consideración de las técnicas de equilibrio financiero en la concesión de servicios públicos.

<sup>457</sup> Véase el artículo 107 del TFUE.

<sup>458</sup> STS 25 de abril de 2008 (STS 5038/2006)

***relevancia en función de la mayor o menor importancia económica del contrato y de los distintos aspectos contemplados en el mismo.***”

Como hemos visto, que el beneficio del contratista sea menor de lo esperado entra en la lógica del principio de riesgo y ventura y no altera siempre el equilibrio económico financiero del contrato. Es por ello que, quien exige la aplicación de la técnica del reequilibrio debe demostrar efectivamente el desequilibrio y perjuicio causados.

Por todo ello, en la contratación pública, y especialmente en el caso de concesiones, es vital el estudio económico de viabilidad, que permita justificar en la documentación preparatoria, la necesidad e idoneidad del contrato y la eficiencia en la contratación<sup>459</sup>. Es más, un estudio de viabilidad incorrecto o directamente inexistente, debería conducir de forma ineludible a que no se pudiera articular la técnica del equilibrio financiero del contrato, porque la Administración concedente no habrá conocido desde un momento inicial ni los costes de explotación, ni las inversiones realizadas ni cualquier otro dato necesario para saber si la explotación es rentable o no.

A efectos de ejemplificar la importancia de este estudio de viabilidad económico-financiera, nos encontramos con que, la normativa italiana, ya en su antiguo Código de 2006, en el primer apartado del artículo 153 referido a la *finanza di progetto*, reconocía a los poderes adjudicadores la posibilidad de otorgar, en vez de una concesión de obras públicas siguiendo el procedimiento recogido en el mismo Código en el artículo 143, una concesión que tuviera como base un estudio de viabilidad. Es decir, la administración pública concedente emite un anuncio de licitación, donde publica este estudio de viabilidad previamente realizado (también podría encargarlo) y es este estudio el que sirve de base a las ofertas posteriores. Según la AVCP (que ahora ha sido sustituida por la ANAC), este estudio de viabilidad debe contener como elementos esenciales: la demanda y la oferta, actual y prevista; los costes del proyecto y la viabilidad financiera y el reparto del riesgo<sup>460</sup>.

Por otra parte, hay que aclarar que esta técnica del reequilibrio financiero del contrato, que no es de libre disposición al arbitrio de las partes, configurada como un deber de la Administración Pública concedente y un derecho del concesionario privado, y que lleva a pensar (erróneamente) que sólo se aplica para restituir al concesionario a su posición inicial si las circunstancias imprevisibles han sido negativas para él, funciona en ambos sentidos: también hay que velar por el mantenimiento del equilibrio económico del concedente. Así lo positivizan

---

<sup>459</sup> Véase el artículo 28 de la LCSP (antiguo artículo 22 del TRLCSP).

<sup>460</sup> C. GIAN FRANCO. *Le varie forme di partenariato pubblico-privato*. Il quadro generale. Urbanistica e appalti nº 8, 2011, págs. 888 y ss.

los artículos 270 y 290 en concesiones de obras y de servicios respectivamente: “Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda”.

Por último, no hay que olvidar que las causas que obligarán al restablecimiento del equilibrio serán las previstas en la legislación vigente al momento de celebrar el contrato.

En definitiva, la justificación del equilibrio económico-financiero de las prestaciones se basa en la habitualmente larga duración y complejidad jurídico-financiera de estos contratos, que dificulta el control por el concesionario de todas las variables que pueden afectar a la ejecución del contrato, aunque la planificación sea correcta o su diligencia sea la debida.

## **5. Riesgo por extinción anticipada de la concesión: la Responsabilidad Patrimonial de la Administración**

Junto a la técnica de reequilibrio económico, que acabamos de analizar en profundidad, la normativa española contempla la Responsabilidad Patrimonial Administrativa (RPA), que se “activa” cuando la concesión finaliza antes de plazo<sup>461</sup>.

Esta causa de terminación anticipada del contrato encuentra su origen, en muchos casos, en el riesgo político por cambios en las estrategias del gobierno, descensos en la demanda esperada (lo que sucedió en no pocos casos durante la crisis iniciada en 2008) o en costes adicionales que no se tuvieron en cuenta y que podríamos encuadrar en la categoría de riesgo externo o “incontrolable” y que estudiaremos en el **CAPÍTULO VI: LA GESTIÓN DEL RIESGO** en su epígrafe **4. Gestión en función de tipos de riesgo**<sup>462</sup>.

Al igual que el reequilibrio de la concesión, la RPA es una garantía adicional para el concesionario en los negocios concesionales, pero como tal, no puede asegurar todos los riesgos de la concesión, ya que se eliminaría así la transferencia del riesgo operacional<sup>463</sup>.

---

<sup>461</sup> J.L. VILLAR PALASÍ, J.L. VILLAR EZCURRA, “El principio de riesgo y ventura” en libro col. *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas*, (coord.) R. GÓMEZ-FERRER MORANT, Civitas, Madrid, 2004, págs. 525 y ss. ISBN 84-470-2194-7.

<sup>462</sup> Ejemplos de estos costes adicionales se analizan en A. ORTEGA, M.A. BAEZA, “Asignación de Riesgos en las Concesiones de Autopistas de Peaje españolas: ¿qué debemos mejorar?”, *Gestión Joven Revista de la Agrupación Joven Iberoamericana de Contabilidad y Administración de Empresas (AJOICA)* nº 9, 2012. ISSN 1988-9011.

<sup>463</sup> Responsabilidad patrimonial que no hay que confundir con la responsabilidad extracontractual de la Administración y que se regula en la *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público* y en la *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*.

En palabras de P. VALCÁRCEL: “La RPA se refiere a la obligación que incumbe a la Administración de indemnizar al concesionario por la extinción anticipada o resolución de la concesión y desempeña un papel fundamental en el reparto de riesgos y, con ello, en los incentivos que puede tener una empresa para participar en una licitación, así como para diseñar la oferta que formule”<sup>464</sup>.

Es decir, es importante como se configura la RPA en el caso concreto, porque si elimina la transferencia del riesgo al concesionario, dificultará, sino imposibilitará, la calificación del negocio como concesional, tanto desde el punto de vista de la Directiva de Concesiones (lo que supone un cambio del régimen jurídico a aplicar al contrato), como desde el punto de vista del SEC 2010 (lo que supone importantes alteraciones en la contabilidad nacional)<sup>465</sup>.

Sin embargo, eliminar la RPA radicalmente es contraproducente porque favorece la inversión privada en proyectos necesarios para satisfacer los intereses generales, en los que pueden darse determinadas contingencias y, más en momentos en que la inversión pública se encuentra restringida.

En España, hasta la promulgación de la nueva LCSP (que recoge los cambios ya introducidos por la disposición final novena de la *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*), el TRLCSP permitía una limitación excesiva del riesgo operacional a través de la RPA, ya que si el proyecto se revelaba como poco rentable, bastaba con que el concesionario renunciara unilateralmente al mismo para que, perdiendo eso sí, la garantía y con posibles indemnizaciones adicionales, recuperarse las inversiones no amortizadas mediante el abono de la Administración concedente<sup>466</sup>.

---

<sup>464</sup> P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 74, 2018, pág. 60. ISSN 1889-0016

<sup>465</sup> R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, “En torno a la controvertida compatibilidad del concepto de concesión con la responsabilidad patrimonial de la Administración en caso de resolución”, *Ius Publicum. Network Review* nº 2, 2017, págs. 17-34. ISSN20392540. Véase también J.J. LAVILLA RUBIRA, “Régimen jurídico de la concesión de obras” en libro col. *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público* (coord.) J.M. GIMENO FELIÚ, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, págs. 1415-1445. ISBN: 9788491776277 9788491776253

<sup>466</sup> A. HUERGO LORA, “Skin the game: Riesgo Operacional y Responsabilidad Patrimonial Administrativa”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 74, *Iustel*, marzo 2018, págs. 20-33. ISSN 1889-0016, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo XIII. Contratos del sector público*. BOE, Madrid, 2018, págs. 220-223. ISBN 978-84-340-2496-0

En cualquier caso, tanto el ya derogado TRLCSP, como la vigente LCSP, aclaran que “*Los contratos se extinguirán por su cumplimiento o por resolución*”<sup>467</sup>. La RPA entrará en funcionamiento en este segundo caso<sup>468</sup>.

Es por ello preciso estudiar cuales pueden ser estas causas de resolución, que activan este mecanismo de garantía del concesionario<sup>469</sup>.

La respuesta la tenemos en el artículo 211 de la LCSP, que añade dos novedades a las causas ya recogidas por el artículo 223 del derogado TRLCSP:

*“a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, (...)”*

Se abren aquí varias posibilidades: En caso de muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual, se puede continuar la concesión con sus herederos. Si se da la extinción de la personalidad jurídica de la empresa contratista, en caso de fusión, la entidad absorbente o la sociedad resultante de la fusión se harán cargo del contrato. En caso de escisión o transmisión, la entidad resultante se subrogará en la relación contractual, siempre que reúna las condiciones de solvencia.

*b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.*

La resolución aquí es potestativa para la Administración concedente, en función del interés público.

*c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.*

Esta causa es excepcional y se basa estrictamente en el interés público<sup>470</sup>.

*d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.*

---

<sup>467</sup> Véanse los artículos 221 y 209 del TRLCSP y de la LCSP respectivamente. En cuanto a la resolución de las concesiones de servicios, véase “La concesión de servicios en la LCSP/2017” en libro col. *La nueva contratación pública en el ámbito local claves para una contratación electrónica y transparente* (M<sup>a</sup> C. CAMPOS ACUÑA), El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 1118-1120. ISBN: 9788470527531

<sup>468</sup> J.F. MESTRE DELGADO, “La extinción del contrato de concesión de servicios en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho nº 74, lustel, marzo 2018, págs. 44-51. ISSN 1889-0016.

<sup>469</sup> J. JIMÉNEZ LÓPEZ, “El contrato de concesión de obras” en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo III. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2561-2564. ISBN: 978-84-9169-926-2

<sup>470</sup> Véase el artículo 212.4 de la LCSP.

e) *La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 198 (6 meses) o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8.*

f) *El incumplimiento de la obligación principal del contrato. Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes: 1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos. 2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general.*

g) *La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido.*

h) *Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley.*

Como decíamos, la LCSP añade un inciso más y una aclaración en cuanto a la aplicación de las causas de resolución:

*“i) El impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato.*

*2. En los casos en que concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo.”*

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que todas estas causas son formas de terminación anormal, ya que un contrato habitualmente concluirá por su cumplimiento y una concesión, por el transcurso de su plazo de explotación.

Hasta la nueva LCSP, la Responsabilidad Patrimonial de la Administración funcionaba a favor del concesionario, al que la Administración concedente debía abonar las inversiones realizadas por la expropiación de terrenos, por la ejecución de obras de construcción y por la adquisición de los bienes necesarios para la explotación de la concesión, teniendo en cuenta el



grado de amortización en base al plan económico financiero, en función del plazo de ejecución y explotación (no el valor de mercado aunque la causa de resolución no fuera imputable a la Administración), a lo que se sumaban indemnizaciones por daños y perjuicios en caso de “rescate de la explotación de la obra pública por el órgano de contratación”, “supresión de la explotación de la obra pública por razones de interés público” e “imposibilidad de la explotación de la obra pública como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato”<sup>471</sup>. Teniendo en cuenta que la resolución de la concesión en cualquiera de estos últimos casos no tiene carácter sancionador, pues no penaliza ningún incumplimiento previo<sup>472</sup>.

En efecto, el artículo 271 del ya derogado TRLCSP, afirmaba que, *“En los supuestos de resolución, la Administración abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión. Al efecto, se tendrá en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que restara para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares”*.

Como vemos, el artículo no distinguía entre causa de resolución imputable a la Administración y causa de resolución imputable al concesionario, lo que suponía que el mecanismo favorecía a este último en cualquier caso, lo que tiene sentido desde el punto de vista de fomento de este tipo de contratación, al proveer de una garantía adicional al concesionario y a la entidad financiera que lo sostiene, pero no desde el punto de vista de la eficiente utilización de los recursos públicos.

Sí que es cierto que el TRLCSP contemplaba la posibilidad de culpa del concesionario, pero además de que no aclaraba expresamente cuando se daba esta culpabilidad, no difería la forma de calcular el importe a devolverle.

Es decir, hubiera éste renunciado unilateralmente al contrato, incumplido obligaciones esenciales del mismo, se encontrara en concurso de acreedores o en procedimientos de insolvencia, entre otras posibilidades, sólo se establecía la incautación de la fianza y el

---

<sup>471</sup> Véanse las causas de resolución de los apartados g), h) e i) del artículo 269 del antiguo TRLCSP.

<sup>472</sup> J.M. GIMENO FELIÚ, P. SALA SÁNCHEZ, G. QUINTERO OLIVARES, *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*. Cámara de Comercio de Barcelona, 2017, pág. 81

resarcimiento por daños y perjuicios en lo que a esta excediera, medida que se sigue manteniendo en el nuevo texto legal. Pero el concesionario no soportaba los costes de las inversiones realizadas y no amortizadas, que abonaba la Administración en cualquier caso<sup>473</sup>.

Lógicamente, este mecanismo era muy apreciado tanto por los concesionarios, como por las entidades financieras que lo sostenían, porque al pignorarse este derecho al reembolso en contratos financieros implicaba una garantía adicional de cobro<sup>474</sup>. Sin embargo, llevaba a que, desde el punto de vista de la Administración, fuera siempre preferible renegociar los términos de la concesión, aún en condiciones muy desventajosas, que rescindir las antes de tiempo<sup>475</sup>.

No obstante lo dicho, el problema, además de la ineficiente utilización de los recursos públicos, es que la RPA limitaba (si no eliminaba) *de facto* la transferencia del riesgo al concesionario, porque si el proyecto se revelaba como poco rentable, bastaba con que renunciara unilateralmente al mismo para que, perdiendo eso sí, la garantía y con posibles indemnizaciones adicionales, recuperarse las inversiones no amortizadas mediante el abono de la Administración concedente.

La nueva LCSP se hace eco de este problema, distinguiendo dos causas de resolución en función de a quién sea imputable y regulando diferentes consecuencias<sup>476</sup>.

Si la resolución es causada por la Administración *“esta abonará en todo caso al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión, atendiendo a su grado de amortización”*. Vemos que se mantiene el criterio del TRLCSP.

Además deberá resarcir al concesionario por los daños y perjuicios que se le irroguen, lo que incluye tanto el daño emergente, como el lucro cesante. La LCSP aporta respecto al TRLCSP

---

<sup>473</sup> R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, “En torno a la controvertida compatibilidad del concepto de concesión con la responsabilidad patrimonial de la Administración en caso de resolución”, *Ius Publicum. Network Review* nº 2, 2017, págs. 17-35. ISSN20392540.

<sup>474</sup> P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 74, *Iustel*, marzo 2018, pág. 59. ISSN 1889-0016

<sup>475</sup> Es lo que ocurría en las radiales de Madrid, por ejemplo. Véase A. ORTEGA HORTELANO, “Pago por uso de las infraestructuras viarias: Estudio de los accesos a Madrid”, *Cuaderno tecnológico de la Plataforma Tecnológica Española de la Carretera (PTC)* nº 4, 2011. ISBN: 978-84-615-3967-3.

<sup>476</sup> Véase I. CALATAYUD PRATS, “Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista de las concesiones de obra y servicio público: la liquidación del contrato (RPA) y la indemnización de daños y perjuicios”, *Revista General de Derecho Administrativo* nº 44, *Iustel*, enero 2017, ISSN-e 1696-9650.

la manera de calcular esta indemnización, teniéndose en cuenta “los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir” y “la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a la Administración concedente, considerando su grado de amortización”<sup>477</sup>.

Por otro lado, se entiende que la resolución no es imputable a la Administración (y entonces es indiferente la culpabilidad del concesionario, lo que se relaciona directamente con el principio de riesgo y ventura) si se debe a “la muerte o incapacidad sobrevinida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista”, “la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento”, “el incumplimiento de la obligación principal del contrato”, “la ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello” y “el secuestro o intervención de la concesión por un plazo superior a tres años, sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones”<sup>478</sup>.

Estas causas, por quedar así establecido en la ley, nunca se podrán imputar a la Administración. Es una presunción *iuris et de iure*<sup>479</sup>. Pero esto no quiere decir que no pueda haber otras causas de resolución no enumeradas, que no puedan imputársele a la entidad concedente. Sólo que la presunción será *iuris tantum*.

En estos casos, la LCSP prevé un método para valorar la concesión, importe que será el que habrá de devolverse al concesionario, y que teóricamente podría aproximarse a cero<sup>480</sup>.

La Administración concedente deberá convocar una licitación, lo que podrá hacerse una vez incoado el expediente de resolución, aunque no esté concluso. No obstante, la adjudicación sólo podrá efectuarse cuando éste haya finalizado. El procedimiento consistirá en una subasta al alza, siendo el único criterio de adjudicación el precio ofertado. No puede dejar de sorprender la utilización de este término, sustituido en nuestro ordenamiento por el procedimiento abierto con único criterio de adjudicación precio<sup>481</sup>.

---

<sup>477</sup> Véase apartado 3 del artículo 280.

<sup>478</sup> Causas a), b) y f) de resolución del contrato del artículo 211 y causas a) y f) de resolución del contrato de concesión de obras del artículo 279.

<sup>479</sup> R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, “En torno a la controvertida compatibilidad del concepto de concesión con la responsabilidad patrimonial de la Administración en caso de resolución”, *Ius Publicum. Network Review* nº 2, 2017, págs. 26-27. ISSN20392540.

<sup>480</sup> Véanse artículo 281,282 y 283 de la LCSP.

<sup>481</sup> Véase R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, “Los criterios para adjudicar los contratos y el nuevo derecho europeo de la contratación pública”, *Revista Contratación Administrativa Práctica* nº 131, mayo-junio 2014, págs. 26-46. ISSN 1579-3036

Sin embargo, creemos que el término subasta no ha sido una decisión tomada al azar con vistas a resucitar la figura. A tenor de la LCSP, el contrato resultante de la misma, no sólo tiene obligatoriamente naturaleza concesional, sino que mantiene las mismas condiciones del anterior contrato, incluyendo su plazo de explotación. La conclusión lógica es que no estamos ante un nuevo contrato, sino ante una novación subjetiva del anterior.

Y este nuevo concesionario no debe pujar al alza más que en base a un criterio, que es el precio, ya que todos los demás están previamente establecidos y no son negociables. Tal vez el legislador, para ahorrarse palabras (procedimiento abierto en base a un único criterio: precio) optó por el término ya conocido de subasta.

Si la primera subasta quedara desierta, se efectuará una segunda al 50% del tipo de licitación de la primera. Y este será el importe a devolver al concesionario. Si también la segunda licitación quedara desierta, el valor de la concesión se mantendrá en el 50% del tipo de la primera licitación.

Cuestión importante es la fijación del tipo de licitación de la subasta, cuya determinación se regula paso por paso en el artículo 283 y se basa en *“los flujos futuros de caja que se prevea obtener por la sociedad concesionaria, por la explotación de la concesión, en el periodo que resta desde la resolución del contrato hasta su reversión, actualizados al tipo de descuento del interés de las obligaciones del Tesoro a diez años incrementado en 300 puntos básicos”*.

Estos flujos, donde no se computarán *“en ningún caso los pagos y cobros de intereses, los cobros de dividendos y los cobros o pagos por impuesto sobre beneficios”* *“se cuantificarán en la media aritmética de los flujos de caja obtenidos por la entidad durante un período de tiempo equivalente a los años que restan hasta la terminación.”*

Este método podrá ser alterado por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, únicamente *“para adaptarlo a las condiciones de riesgo y rentabilidad observadas en los contratos del sector público”*. Es decir, aunque sea un concepto jurídico indeterminado, la Administración no puede alterar los parámetros arbitrariamente.

Por último, si nos encontramos en una concesión de obras, *“Si la resolución del contrato se produjera antes de la terminación de la construcción de la infraestructura, el tipo de la licitación será el 70 por cien del importe equivalente a la inversión ejecutada”*.

Es decir, si la resolución de la concesión no es imputable a la Administración, no se reembolsa al concesionario por la inversión realizada (en función de la amortización, sino de lo que vale en el momento de la terminación anticipada. Se trata de hacer la mejor aproximación al valor de mercado de la concesión en cuestión.

Esta nueva forma de configurar la RPA, distinguiendo en función de si la causa es imputable a la Administración o al contratista, independientemente de que éste sea culpable, evitará renegociaciones desventajosas por parte de la Administración con la intención de evitar a toda costa una terminación anticipada y costosa de la concesión, así como proyectos poco rentables, porque el concesionario sabe que no recuperará las inversiones realizadas en todo caso.

Sin embargo, la motivación principal detrás de esta reforma, no es el evitar la renegociaciones y la asunción de costosos rescates por parte de la Administración, sino, más bien, potenciar la utilización de las concesiones, puesto que, sin esta modificación, al no quedar clara la transferencia del riesgo operacional exigida desde instancias comunitarias, los contratos de concesión hubieran quedado como meros contratos, con las consecuencias de contabilización de la operación en el déficit público y licitación menos flexible<sup>482</sup>.

Obviamente la reforma no ha sido del gusto de todos, porque la normativa de contratación pasa de una regulación, a nuestro modo de ver, excesivamente garante con el concesionario (más si se tiene en cuenta que la concesión se ejecuta a riesgo y ventura del concesionario en base al principio de *pacta sunt servanda*, de donde se deduce que el riesgo por las inversiones realizadas no debería hacerse depender de la culpabilidad del concesionario, sino de las incertidumbres que puede atravesar el mercado), a una regulación en que la RPA queda limitada, especialmente en los casos en que no es imputable a la Administración por presunción legal *iuris et de iure*.

Sin embargo, esta profunda modificación de este instrumento, no era opcional para el legislador español, sino que venía dado desde instancias comunitarias, al tratarse, por un lado, de una exigencia de la nueva Directiva de Concesiones (porque si no difícilmente se podría considerar transferido el riesgo operacional, con lo que nos encontraríamos ante un simple contrato) y por otro lado del SEC 2010 (a efectos de la operación no compute como déficit en las cuentas nacionales).

---

<sup>482</sup> A. HUERGO LORA, "Skin the game: Riesgo Operacional y Responsabilidad Patrimonial Administrativa", El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho nº 74, Iustel, marzo 2018, págs. 20-33. ISSN 1889-0016

## 6. Resolución: el rescate de la concesión

En el quinto epígrafe de este capítulo hemos visto que, hasta la entrada en vigor de la nueva LCSP, cuando la concesión terminaba antes de tiempo, además de las inversiones realizadas en las obras y explotación, teniendo en cuenta el grado de amortización en base al plan económico financiero, en función del plazo de ejecución y explotación (no el valor de mercado aunque la culpa fuera del contratista), la Administración concedente debía abonar en determinados supuestos indemnizaciones por daños y perjuicios. Uno de estos supuestos era el “rescate de la explotación de la obra pública por el órgano de contratación”<sup>483</sup>.

El rescate se entendía, de acuerdo con el TRLCSP, como “**la declaración unilateral del órgano contratante, discrecionalmente adoptada, por la que dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular**”<sup>484</sup>.

Esta forma de terminación del contrato no se contempla entre las causas de resolución del contrato<sup>485</sup>. Hemos de buscarla entre las causas de resolución de los contratos de concesiones de obra y de servicios<sup>486</sup>. Es decir, en los artículos 279.c) y 294.c) respectivamente<sup>487</sup>.

---

<sup>483</sup> Véanse las causas de resolución de los apartados g), h) e i) del artículo 269 del antiguo TRLCSP.

<sup>484</sup> Véase D.V. BLANQUER CRIADO, *La concesión de servicio público*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. ISBN 978-84-9004-723-1, pág. 1377

<sup>485</sup> Véase C. BARRERO RODRÍGUEZ, “Las causas generales de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público” en libro col. *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público* (coord.) J.M. GIMENO FELIÚ, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, págs. 1365-1391. ISBN: 9788491776277 9788491776253 y J.F. MESTRE DELGADO, “La extinción de la concesión de servicio público”, *La Ley*, Madrid, 1992. A. FORTES MARTÍN, *La gestión contractual del servicio de recogida de residuos domésticos*, lustel Publicaciones, Madrid, 2018, págs. 440-451. ISBN: 9788498903553.

<sup>486</sup> Según J.F. MESTRE DELGADO, la LCSP regula por un lado la extinción de todos los contratos, y por otro, da disposiciones concretas para determinados tipos de contratos, entre otros las concesiones de obras y de servicios. Esta sería una causa específica de resolución del contrato de concesión. “La extinción del contrato de concesión de servicios en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 74, lustel, marzo 2018, pág. 47. ISSN 1889-0016. Véase también J. ALEMANY GARCÍAS, *La recuperación de los servicios públicos locales. (Texto actualizado a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público)* Editorial Civitas, Madrid, 2018, págs. 36-47 ISBN: 9788491977261.

<sup>487</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo XIII. Contratos del sector público*. BOE, Madrid, 2018, págs. 216-219. ISBN 978-84-340-2496-0

El rescate de la concesión exigirá que se demuestre con carácter previo que una gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesión en ejecución<sup>488</sup>. De ahí que, una vez rescatada la concesión no se pueda volver a adjudicar la gestión de la misma.

Aquí se deberán necesariamente valorar, no sólo los costes directamente relacionados con esta gestión directa (y que pueden incluso suponer la subrogación del personal asociado a la concesión), sino también los costes de pagar la indemnización por el rescate, que a la postre, supone la expropiación de un derecho; así como demostrar que la medida no incurre en un mayor déficit, lo cual hace su aplicación extraordinariamente difícil.

Además, la Administración no podrá acudir a la figura del rescate arbitrariamente, sino que deberá basarse en razones de interés público, que en ningún caso se deben confundir con razones económicas o de fin de lucro<sup>489</sup>.

Es decir, tras la entrada en vigor de la nueva LCSP, al anterior requisito del interés público superior, se suma el requisito de la eficiencia<sup>490</sup>. Parece pues que, cumpliéndose estos dos requisitos, el rescate es una potestad discrecional a disposición de la Administración concedente.

El problema de esta forma de terminación anticipada en manos de la Administración concedente, es que no se enumera entre las causas de resolución que hace la Directiva de Concesiones en su artículo 44:

*“Los Estados miembros se asegurarán de que los poderes y entidades adjudicadores tengan la posibilidad, con arreglo a condiciones determinadas por la legislación nacional aplicable, de poner fin a una concesión durante su período de vigencia, siempre que se cumpla alguna de las condiciones siguientes:*

---

<sup>488</sup> Inciso novedoso respecto a la regulación del TRLCSP. Véase respectivamente el artículo 269.g) y 286.b) referidos a las concesiones de obras y al ya extinto contrato de gestión de servicios públicos.

<sup>489</sup> Véase J. MESTRE DELGADO, “La extinción de la concesión de servicio público”, La Ley, Madrid, 1992, págs. 133 y ss.

<sup>490</sup> En palabras de J.TORNOS MAS “Las notas que caracterizan la figura del rescate son las siguientes: La gestión indirecta del servicio se extingue de forma anticipada, por motivos de oportunidad organizativa, no por razones de incumplimiento del contratista, reunificando en una misma mano la titularidad y la gestión del servicio”. “Servicios públicos y remunicipalización”, Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho nº 76, 2016, págs. 51-76. ISSN 0251-3420, (ISSN-e 2305-2546). Véase también J.F. MESTRE DELGADO, “La extinción del contrato de concesión de servicios en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho nº 74, lustel, marzo 2018, págs. 44-51. ISSN 1889-0016.

a) que una modificación de la concesión suponga una nueva adjudicación, de conformidad con el artículo 43;

b) que el contratante se encuentre, en el momento de la adjudicación del contrato, en una de las situaciones contempladas en el artículo 38, apartado 4, y, por lo tanto, hubiere debido ser excluido del procedimiento de adjudicación de la concesión;

c) que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictamine, en un procedimiento conforme con el artículo 258 del TFUE, que un Estado miembro ha incumplido sus obligaciones con arreglo a los Tratados debido a que un poder adjudicador o entidad adjudicadora de dicho Estado miembro ha adjudicado una concesión sin ajustarse a las obligaciones que le imponen los Tratados o la presente Directiva<sup>491</sup>.”

En cualquier caso, aunque a nivel europeo, se respeta la posibilidad de que las Administraciones gestionen directamente los servicios e infraestructuras de su competencia, si se han licitado en forma de concesión, deberá esperarse hasta que concluyan para gestionarlos directamente, a no ser que se den las causas que expresamente recoge el artículo 44. El rescate deja de ser una prerrogativa exorbitante del poder adjudicador<sup>492</sup>. Lo mismo ocurre con la modificación del contrato durante su fase de ejecución, como ya hemos visto en el **CAPÍTULO IV: TRANSFERENCIA DEL RIESGO**. Y esto, porque a nivel europeo, lo que importa es lograr una competencia efectiva en el mercado interior, objetivo que prevalece sobre el del interés público y para el cual es preciso el cumplimiento de los principios de contratación.

Esta forma de pensar, si bien poco “nacional”, casa perfectamente con los objetivos de la Unión Europea de favorecer un entorno competitivo y garantizar la seguridad jurídica y la

---

<sup>491</sup> De ahí que I. GALLEGO CÓRCOLES manifieste que: “Así, nuestra doctrina más cualificada ha defendido de forma muy sugerente que la incorporación del Derecho de la Unión europea implica que la técnica del rescate por motivos de interés público ha dejado de ser una prerrogativa del poder adjudicador, argumentándose esta interpretación especialmente en las precisiones del art. 44 de la Directiva concesiones. A mi juicio, sin embargo, pueden compartirse las conclusiones alcanzadas, si bien el razonamiento que la sustentaría no descansaría tanto en el art. 44 de la Directiva (rubricado “resolución”, aunque técnicamente es muy discutible que regule ésta), sino el art. 43, dedicado a la modificación de las concesiones. Porque la resolución unilateral afectaría a la duración del contrato o concesión. Y esta duración constituye un elemento esencial, por lo que su alteración sólo sería posible en circunstancias muy excepcionales y siempre que no se altere la naturaleza global del contrato”. “El Derecho de la contratación pública. Evolución normativa y configuración actual” en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo I. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 145-146. ISBN: 978-84-9169-926-2

<sup>492</sup> J. M. GIMENO FELIÚ, “Remunicipalización de servicios locales y derecho comunitario”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 58/59, 2016, págs. 64-66. ISSN 1889-0016.



estabilidad en este entorno, fomentando así la inversión privada<sup>493</sup>. Frente a la idea de prerrogativa de la Administración, priman los principios de “*pacta sunt servanda*” y de confianza legítima, aspecto que ya hemos estudiado en este mismo capítulo en el epígrafe **4. Principio de riesgo y ventura vs. Principio de equilibrio del contrato**<sup>494</sup>.

Así, en opinión de J.M GIMENO FELIÚ, “*en la actualidad, con la nueva regulación de la Directiva, el rescate ejercido de manera unilateral a pesar de esta buena gestión deberá apoyarse en motivos de interés general y hacerse mediante indemnización, porque la figura debe reconducirse a la de la expropiación forzosa*”, ya que “*existe un límite –nuevo- que será un elemento de control y que condiciona la figura del rescate como prerrogativa exorbitante*”<sup>495</sup>.

Aunque así no conste expresamente, ni en el ya derogado TRLCSP, ni en la LCSP, nos encontramos ante una expropiación en toda regla, por la que se priva al concesionario de un derecho (por motivos de interés general) y por lo que deberá ser, consecuentemente, indemnizado<sup>496</sup>.

El Consejo de Estado así se ha manifestado a lo largo del tiempo en diferentes dictámenes.

*“El rescate de una concesión es una forma de extinción de ésta en la que la Administración, al concurrir una causa de interés público prevalente, acuerda poner término a su existencia, mediando indemnización a favor del concesionario por los daños que dicho acuerdo le produce. Es pues una forma de extinción anticipada de una concesión, basada en la existencia de un interés público prevalente, que justifica una singular expropiación de los derechos del concesionario, previa indemnización”*<sup>497</sup>.

Esta indemnización dependerá del plazo que quede hasta la extinción de la misma y se fijará de acuerdo a la legislación reguladora del negocio jurídico de que se trate, que en el caso

---

<sup>493</sup> Véase J.M. GIMENO FELIÚ, “Liderazgo y gestión de los contratos públicos en la Colaboración Público-Privada: hacia la buena Gobernanza”, Asesoría Jurídica para la Cámara Comercio de Barcelona a requerimiento OTRI. Julio 2018.

<sup>494</sup> J. ALEMANY GARCÍAS, *La recuperación de los servicios públicos locales. (Texto actualizado a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público)* Editorial Civitas, Madrid, 2018, págs. 36-47 ISBN: 9788491977261.

<sup>495</sup> J.M. GIMENO FELIÚ, “Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 58/59, 2016, pág. 65. ISSN 1889-0016.

<sup>496</sup> La base constitucional de este derecho se encuentra en el apartado 3 del artículo 33 de la Constitución Española de 1978: “*Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes*”.

<sup>497</sup> Dictamen del Consejo de Estado. Número de expediente: 2527/2003 (FOMENTO). Fecha de aprobación: 23/10/2003.

de concesiones de obras y concesiones de servicios es la actualmente regulada en los artículos 280 y siguientes de la LCSP (que hemos estudiado en el epígrafe **5. Riesgo por extinción anticipada de la concesión: la Responsabilidad Patrimonial de la Administración** de este mismo **CAPÍTULO IV: TRANSFERENCIA DEL RIESGO**).

En cualquier caso, cubrirá el valor de las inversiones por el plazo no amortizado y el beneficio dejado de percibir por la terminación anticipada<sup>498</sup>.

El dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid resume en un simple párrafo los tres requisitos del rescate: el interés público, la previsión de la gestión directa y la indemnización al concesionario<sup>499</sup>.

*“(…) en el supuesto que nos ocupa no concurren los presupuestos necesarios para que la Corporación Municipal proceda al rescate concesional. En efecto, el Ayuntamiento **no invoca razón de interés público** alguno para el rescate más allá del incumplimiento del concesionario, **no se prevé la gestión directa del servicio por la Administración**, y además **no está prevista ninguna indemnización para el concesionario, en virtud de la naturaleza expropiatoria de la institución**”<sup>500</sup>.*

En este contexto no podemos dejar de mencionar, aunque sea brevemente, el concepto de “remunicipalización”, que como ahora veremos, es otra manera de llamar al rescate anticipado de la concesión<sup>501</sup>.

Un servicio público puede ser gestionado directamente por la administración titular de la competencia o indirectamente por un operador económico. En la elección de esta forma de gestión, que es una manifestación de la potestad auto-organizativa de los Municipios, se debe

---

<sup>498</sup> J.M. GIMENO FELIÚ, P. SALA SÁNCHEZ, G. QUINTERO OLIVARES, *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*. Cámara de Comercio de Barcelona, 2017, págs. 56-59.

<sup>499</sup> El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid se ha eliminado y sus funciones han sido asumidas por la Comisión Jurídica Asesora, creada por la *Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de Supresión del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid*.

<sup>500</sup> Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid nº 604/11. Aprobación: 02.11.11

<sup>501</sup> F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, citando a E. GARCÍA DE ENTERRÍA en “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, *Revista de administración pública* nº 17, 1955, págs. 87-138. ISSN 0034-7639, “De esta manera, el concepto de municipalización quedaba vinculado a la declaración de servicio público (publicatio), con independencia de su forma de gestión (pudiendo operar tanto sobre servicios públicos preexistentes como sobre actividades libres)”. *La nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Aranzadi, Navarra 2018, págs. 43 y 44. ISBN: 978-84-9197-030-9

estar a la que resulte más eficiente y sostenible desde un punto de vista económico para prestar el servicio. La elección no puede ser entonces arbitraria.

Es por ello que, en aras de una prestación lo más eficiente posible y en unas circunstancias económicas desfavorables, se tendió a recurrir a fórmulas de CPP para prestar servicios. Es decir, el servicio continuaba siendo de titularidad de una administración, pero la gestión era indirecta.

En los últimos años, sin embargo, se está observando la tendencia contraria, que argumentando que esta gestión privada no es tan eficiente, propugna volver a una gestión pública<sup>502</sup>. Es lo que se ha denominado, erróneamente a juicio de J. TORNOS MAS y de J.M. GIMENO FELIÚ, como “remunicipalización”, cuando en realidad se trata de una “reinternalización” del servicio, porque la titularidad nunca dejó de ser del municipio o de la administración correspondiente. Sólo que la gestión se externalizó<sup>503</sup>. Es decir, estamos ante un rescate de la concesión en toda regla.

Esta “remunicipalización”, que tiene su origen en la potestad auto-organizativa de las Administraciones Públicas, no se basa, como vemos, en un incumplimiento del contratista o en orientaciones políticas sino en el interés general de una prestación más eficiente.

Incluso con la justificación de prestación más eficiente, esta potestad no supone que no se deba cumplir con la normativa sobre contratación pública, lo cual es importante porque, debido a la nueva articulación del recurso especial en materia de contratos, se podrá impugnar esta potencial decisión de “reinternalización” del servicio, si se asigna a organismos públicos, entidades públicas empresariales locales y sociedades mercantiles de capital local, sin cumplirse los requisitos de encargos a medios propios, ya que la justificación de la “reinternalización” (en este caso ilegal porque se estará adjudicando un nuevo contrato sin cumplir con los requisitos

---

<sup>502</sup> En este sentido se manifiestan S. THOMAS, D. HALL, J. LETHBRIDGE, E. LOBINA, V. POPOV, V. CORRAL, S. VAN NIEKERK, “Porqué el agua es un servicio público: destapando los mitos de la privatización”, Unidad internacional de investigación de los servicios públicos (PSIRU). Universidad de Greenwich, 16 de mayo de 2012 y M. PIGEON, D. A. MCDONALD, O. HOEDEMAN, S. KISHIMOTO, “Remunicipalización: El retorno del agua a manos públicas”, Transnational Institute, Amsterdam. Marzo de 2013. ISBN 978-94-6228-049-6

<sup>503</sup> J. TORNOS MAS, “Servicios públicos y remunicipalización”, Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho nº 76, 2016, págs. 51-76. ISSN 0251-3420, (ISSN-e 2305-2546). J.M. GIMENO FELIÚ, “La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo”, Cuadernos Derecho Local nº 43, 2017, págs. 50-71. Véase también J. PONCE SOLÉ, “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, Cuadernos de derecho local nº 40, 2016, págs. 68-108. ISSN 1696-0955, J. ESTEVE PARDO, “Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios”, Revista de administración pública nº 202, 2017, págs. 305-336. ISSN 0034-7639, F. FRACCHIA, “Pubblico e privato nella gestione sei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione”, Federalismo.it Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato ed Europeo nº14, 2016, págs 1-25.

de publicidad y garantías) es que el servicio se presta de una manera más eficiente por la propia Administración o sus medios propios<sup>504</sup>.

Cabe la impugnación por tratarse de una nueva adjudicación ilegal, basada en una potestad administrativa, incorrectamente utilizada en pos del interés general, lo que podría llegar a calificarse de desviación de poder<sup>505</sup>.

Por otra parte, y aunque se reinternalice correctamente, si la decisión se produce antes de que concluya el plazo fijado en el contrato, se deberá indemnizar al contratista por la pérdida de su derecho y por los daños y perjuicios causados. De ahí que sean más susceptibles de darse en la práctica las “remunicipalizaciones sucesivas”, por las que se asume la gestión directa cuando la concesión se extingue. E incluso en este caso, habrá de demostrarse que es la forma más eficiente de prestar el servicio<sup>506</sup>.

En resumen, al hablar de “remunicipalización” no se debate sobre la cuestión de servicio público y su cabida en el concepto de SIG o SIEG, sino sobre el modo más eficiente de prestar servicios competencia de la Administración Pública, que pueden ser de cualquiera de estos dos tipos, o estar liberalizados y sometidos a régimen de concurrencia.

---

<sup>504</sup> A. EZQUERRA HUERVA, “La gestión directa de servicios locales mediante personificación interpuesta: una potestad organizativa sujeta a la legislación de contratos”. Artículo de opinión en ObCP. 30.09.2018.

<sup>505</sup> Véase el artículo 44 (*Recurso especial en materia de contratación: actos recurribles*), apartado 2, letra e y f de la LCSP: *Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones: e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales. f) Los acuerdos de rescate de concesiones.* En este sentido se manifiesta J. JIMÉNEZ LÓPEZ, “El contrato de concesión de obras” en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo III. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 2516. ISBN: 978-84-9169-926-2

<sup>506</sup> Véase en este sentido las obligaciones de sostenibilidad y eficiencia que impone la *Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*. BOE nº 103, de 30 de abril de 2012. Págs. 32653 a 32675. BOE-A-2012-5730

## CAPÍTULO V. LA DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO

Cualquier contrato supone una distribución de riesgos entre las partes que lo celebran. Esta distribución se vuelve especialmente importante en los contratos de concesiones de obras y servicios ya que su horizonte temporal es a largo plazo y suelen exigir costosas inversiones para su puesta en marcha y funcionamiento<sup>507</sup>.

En este sentido, es importante tener en cuenta que el control del riesgo por una de las partes, no debe confundirse con el dominio absoluto sobre él, pues en este caso ya no tiene sentido el término riesgo. Así, el criterio para su asignación, previo análisis e identificación exhaustiva de todos los riesgos asociados al proyecto, es el de atribuirlos a quien es capaz de gestionarlos mejor a un menor coste por estar más ligados a sus actividades y funciones, de manera que se cumpla la regla de optimización de los riesgos. Y esto porque la correcta asignación de los riesgos proporciona un triple beneficio<sup>508</sup>.

Por un lado, aumenta la eficiencia en el uso de los recursos públicos, ya que quien está más preparado para asumir un riesgo, lo asume con menores costes, lo que maximiza la función de bienestar social. Es decir, para aumentar la eficiencia de la concesión y reducir los costes asociados, los riesgos deben ser asumidos por la parte que mejor pueda controlarlos.

Por el contrario, si la transferencia del riesgo es escasa, se propician los proyectos de poca utilidad social. Y esto porque, únicamente, si el concesionario asume un riesgo real se verá incentivado a investigar el mercado de la concesión en cuestión, para ver si el negocio en el sector propuesto es rentable y le conviene presentar una oferta competitiva<sup>509</sup>.

El tercer beneficio de un reparto correcto es que se evitarán renegociaciones posteriores, con los consiguientes costes, retrasos, ineficiencias e incluso litigiosidad, si un participante considera que se han alterado tanto los criterios de adjudicación de la licitación original, que se está *de facto* licitando un nuevo contrato, o incluso que el contrato en cuestión se ha

---

<sup>507</sup> En el TRLCSP se recogía el contrato de “gestión de servicios públicos”, que se asimilaba a la concesión de servicios actualmente recogida en la LCSP (de la que desaparecen). Estos contratos, a partir del 18 de abril de 2016, quedaron ya desplazados por el efecto directo de la cuarta generación de Directivas de Contratación.

<sup>508</sup> Véase A. ORTEGA, M.A. BAEZA, “Asignación de Riesgos en las Concesiones de Autopistas de Peaje españolas: ¿qué debemos mejorar?”, Gestión Joven Revista de la Agrupación Joven Iberoamericana de Contabilidad y Administración de Empresas (AJOICA) nº 9, 2012. ISSN 1988-9011

<sup>509</sup> R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, “En torno a la controvertida compatibilidad del concepto de concesión con la responsabilidad patrimonial de la Administración en caso de resolución”, *Ius Publicum. Network Review* nº 2, 2017, pág. 15. ISSN20392540.

transformado en un contrato, simple y llanamente, porque ya no hay transferencia de riesgo operacional.



Gráfico de elaboración propia

La doctrina mayoritaria es partidaria de hacer un reparto de los mismos atendiendo al caso concreto, aunque se puedan hacer algunas matizaciones al respecto<sup>510</sup>.

Es lógico que los riesgos técnicos, económicos y de mercado (riesgos de construcción en la fase inicial del contrato, variación de tipos de interés, restricciones en el crédito, riesgos de variación de los costes de operación, etc), sean asumidos por el sector privado. Además, y teniendo en cuenta que es el concesionario quien, a modo de remuneración, explota la obra o presta el servicio, será él quien asuma los riesgos inherentes a la gestión de la explotación. Es decir, asumirá el riesgo de obsolescencia (que abarca también la tecnológica) y el de depreciación del valor residual del activo.

Así ha sido habitualmente en las concesiones de autopistas en España, aunque el riesgo de demanda, principal componente de la gestión de la explotación, se ha mitigado en alguna de ellas a través de la ampliación de plazos. Con la introducción de la cláusula de progreso, se transfieren también al concesionario los riesgos medioambientales y tecnológicos.

El ente adjudicador por su parte, se hará responsable de la gestión y control de los riesgos políticos (oposición ciudadana al proyecto), los derivados de situaciones de fuerza mayor y los riesgos legales. De nuevo, en las infraestructuras de autopistas se mantiene este esquema.

---

<sup>510</sup> X. LAZO VITORIA, "El futuro del mercado concesional en Europa", Revista CEFEGAL. CEF nº 154, noviembre 2013, págs. 153 y ss.

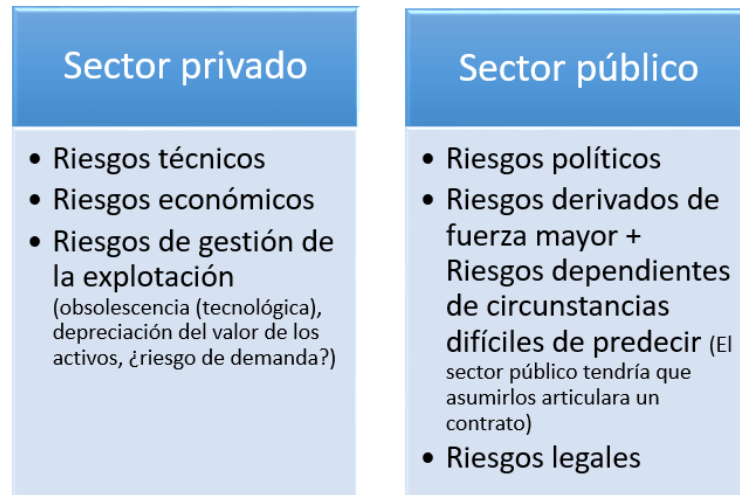


Gráfico de elaboración propia.

Es decir, los riesgos deben asignarse a las partes que se sientan capaces de asumirlos, porque los controlan mejor. El éxito de una concesión dependerá en gran medida de una adecuada asignación de riesgos. Es más, en un negocio concesional no es aceptable, desde la perspectiva del derecho a una buena administración y a una gestión eficiente de los recursos públicos, que la colectividad deba soportar los costes de un erróneo reparto de riesgos. Y decimos coste porque supone una mayor carga financiera ya que el concesionario querrá recibir una retribución mayor por la misma prestación al considerar la operación más arriesgada, lo que a la larga va en detrimento de las arcas públicas. Recordemos que en contratación pública se debe aspirar a alcanzar el *“Best Value for Money”*, que es la relación calidad – precio que debe presidir la adjudicación de los contratos a tenor del artículo 145 de la LCSP<sup>511</sup>. Este *“value for money”* se mide de acuerdo a criterios económicos y cualitativos, que pueden hacer referencia a aspectos medioambientales o sociales vinculados al objeto del contrato<sup>512</sup>.

<sup>511</sup> J.M GIMENO FELIÚ, “Compra pública estratégica” en libro col. *Contratación pública estratégica* (dir.) J. PERNAS GARCÍA, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 45-82. ISBN 978-84-9059-070-6. Véase también del mismo autor “La importancia de la valoración del criterio precio desde la óptica de la proporcionalidad lineal. El principio de transparencia e igualdad de trato como parámetros”. Artículo de opinión en ObCP. 06.01.2014

<sup>512</sup> J.M GIMENO FELIÚ, “La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente” en libro col. *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público*. (coord.) J.M. GIMENO FELIÚ, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, págs. 47-132. ISBN: 9788491776277 9788491776253.

Dicho esto, hay riesgos que no resultan sencillos de atribuir, ya que dependen de circunstancias difíciles de predecir<sup>513</sup>. En este caso, deberán ser asignados a la Administración, puesto que tendría que asumirlos en cualquier caso si la infraestructura o el servicio, en lugar de ejecutarse mediante un contrato de concesión, se ejecutara mediante un contrato de obra o servicio convencional<sup>514</sup>.

A pesar de que el reparto de riesgo se haga depender del proyecto en cuestión, la forma efectiva de asignar el riesgo depende mucho del país en que nos encontremos. Por ejemplo, en España, la Administración suele utilizar los procedimientos abiertos o restringidos, habiendo elaborado ya (por lo menos así lo exige la ley), un estudio de viabilidad en que se especificará el reparto de riesgos, el cual se consignará en los pliegos o en las bases de licitación, que deben ser asumidos por los licitadores. Esto quiere decir que, en la fase de adjudicación se ahorra tiempo y costes, amén de que se presentarán más ofertas a la licitación, pero que es muy probable, que el concesionario renegocie las condiciones en la fase de ejecución. En cambio, en Reino Unido se tiende a utilizar el procedimiento negociado para adjudicar las CPP, lo que, a pesar de suponer más costes en la fase inicial, disminuye la posibilidad de posteriores negociaciones<sup>515</sup>.

Por otra parte, si la remuneración al concesionario se hace depender en gran medida de indicadores de calidad y no sólo de la demanda, la retribución es más justa porque es un riesgo que efectivamente se puede controlar. El pago en este caso se hace depender de la calidad efectivamente alcanzada.

Este es el riesgo que EUROSTAT identifica como riesgo de disponibilidad y que las Directivas amplían y denominan riesgo de oferta o suministro. La duda que se plantea aquí, es la que ya intuíamos en el caso de las concesiones de tipo “frío”: hasta qué punto es riesgo algo que se puede controlar desde el principio. De ahí que sea preciso señalar que, si en primer lugar no se trasfiere el riesgo de demanda, porque, o bien existiendo en la concesión concreta no interesa, o bien directamente no existe este riesgo, no se incentiva al concesionario a atraer a

---

<sup>513</sup> F. BLANCO LÓPEZ, “La Directiva 23/2014 de contratos de concesión. El “riesgo operacional””. Vol. 24 Extraordinario XXIII Congreso 2014, Ponencias, pág. 93.

<sup>514</sup> J.M. VASSALLO, M.A. BAEZA, “Asignación del riesgo de demanda en concesiones de infraestructuras de transporte”, Anuario de la Movilidad, 2009, pág. 64.

<sup>515</sup> M.A. BAEZA MUÑOZ, A. ORTEGA HORTELANO, J.M. VASSALLO MAGRO, “Reparto de riesgos en concesiones de infraestructuras ante la crisis económica”, Universidad politécnica de Madrid, pág. 3.



más usuarios, ya que no se le remunera en función de su número; y en segundo lugar y no menos importante, que quedan más riesgos en manos de la Administración<sup>516</sup>.

Como ya hemos estudiado, el riesgo de demanda, junto al de oferta, configuran el riesgo operativo y son los que, a tenor de la Directiva de Concesiones, caracterizan al negocio concesional. Pero su asignación no es fácil. Esta dificultad deriva, por un lado, de la aversión al riesgo, especialmente de concedente-Administración Pública, y por otro, de la información asimétrica que se da en cualquier relación principal-agente, entre las que se encuentran las concesiones<sup>517</sup>. El problema es que con esa información imperfecta, no se puede alcanzar el óptimo en la remuneración del concesionario y en la asignación eficiente de los riesgos.

Un problema añadido, y de gran calado, es que, si el riesgo operativo no queda bien configurado, se compromete la adjudicación, ya que cualquier operador económico podrá defender que se trata, en realidad, de un contrato, solicitando su anulación y el inicio de un nuevo procedimiento, esta vez conforme a las reglas del contrato.

Otra cuestión es en qué medida debe localizarse este riesgo en el concesionario para que se considere efectivamente transferido. Asunto especialmente complejo, primero, por la diferencia existente entre el SEC 2010 y la Directiva de Concesiones, en cuanto a la definición de riesgo operacional y la medida en qué debe ser transferido, y segundo, en cuanto nos referimos a las concesiones “frías” (riesgo de oferta o suministro), donde el clausulado del contrato deberá estipular reducciones inmediatas en el canon periódico si el concesionario no se ajusta a la demanda.

La Directiva, a pesar de que en su considerando 20 da las claves para evaluar su transferencia: “A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario” y de que en su artículo 8 explica cómo se calcula el valor de la concesión, no sirve para explicar el funcionamiento en la práctica del reparto de riesgo

---

<sup>516</sup> M. FUERTES, “Los riesgos del riesgo de explotación” en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2012* (dir.) J.M. GIMENO FELIÚ, M.A. BERNAL BLAY, Aranzadi, 2013, págs. 234-236. ISBN: 9788490147344.

<sup>517</sup> Partiendo de la hipótesis que mantienen la gran mayoría de modelos económicos de que las empresas son neutras al riesgo, y por tanto, su prima de riesgo es menor. Eso sí, en la actualidad, con el escenario post-crisis, no es una hipótesis muy realista.

Por ello encontramos de utilidad la explicación de A. SÁNCHEZ SOLIÑO, que se hace eco de la teoría de agencia, para explicar los incentivos y el reparto del riesgo entre el principal-administración pública concedente y el agente-concesionario<sup>518</sup>.

Teniendo en cuenta que, de acuerdo con el SEC 2010 para que una concesión de obras o servicios se considere como tal y no compute déficit a la administración, se debe transferir al concesionario el riesgo de construcción y el de demanda y/o el de disponibilidad, que no tiene cabida en el texto de la Directiva 2014/23/UE, se trata de estudiar cómo obtener el reparto óptimo.

El autor defiende que *“en un entorno de aversión al riesgo e información asimétrica, la aplicación de incentivos contractuales al agente entra en conflicto con su aversión al riesgo. Se produce una situación de dualidad de objetivos, como son, por una parte, remunerar el trabajo productivo del agente y, por otra, asignar eficientemente los riesgos, y ello impide alcanzar el óptimo obtenido en un entorno de información perfecta”*. A partir de esa idea y de una simple función social de utilidad, desarrolla una explicación del reparto de riesgos, basados en diferentes escenarios.

Por otra parte, este reparto de riesgos ha de conjugarse con el tipo de contrato que se va a adjudicar, ya que el poder adjudicador podría optar por una concesión de obra y servicios (se licita todo conjuntamente) o por un contrato o concesión de obras y, posteriormente, una concesión de servicios. La cuestión no es baladí, porque según las características del sector y de la infraestructura o servicio que se licite, además de la información con la que cuenta la Administración concedente, posibilitarán que, optando por una u otra alternativa, se alcance la solución óptima que llevará a maximizar el beneficio social.

En este sentido, D. MARTIMORT y J. POUYET plantean un modelo económico para comprobar en qué casos una concesión o contrato de obra debe ser llevada a cabo por el mismo operador económico que realizará la gestión posterior, o cuando es más eficiente separar la construcción y la gestión<sup>519</sup>. Es un modelo simplificado, ya que en la realidad habría, en primer lugar, un proyecto de obra, seguido de la construcción y la gestión. Se basa en la teoría agente-principal y sus premisas son varias:

---

<sup>518</sup> Véase A. SÁNCHEZ SOLIÑO, “Optimización de la transferencia de riesgos en los Contratos de Infraestructuras y Servicios Públicos”, Hacienda Pública Española/Review of Public Economics nº 201. Instituto de Estudios Fiscales 2/2012, págs. 67-91.

<sup>519</sup> D. MARTIMORT, J.POUYET, “Build It or Not: Normative and Positive Theories of Private-Public Partnerships”, Journal of Economic Literature Classification Number: H11. January 11, 2006.

En primer lugar, el Poder Adjudicador/Concedente (que es además el principal) obtiene un beneficio (utilidad social) de construir la infraestructura con cierto nivel de calidad ( $q$ ).

En segundo lugar, existen externalidades, que pueden ser positivas (lo que implica que una mayor calidad reducirá los costes de gestión), o negativas (si se incrementa la calidad, paradójicamente aunque a corto plazo, se incrementarán los costes. Esto tiene sentido si pensamos que se está innovando en la tareas a realizar y hay una curva de aprendizaje).

En tercer lugar, se distinguen dos tipos de esfuerzo. El realizado por el constructor para aumentar la calidad de la infraestructura ( $e_1$ ), y el realizado por el operador económico (en caso de que se adjudiquen contratos diferentes, sino es el esfuerzo del mismo constructor, aunque serán dos esfuerzos diferentes en dos fases contractuales distintas) por reducir el coste operativo ( $e_2$ ).

Por último, los costes operativos de la gestión posterior pueden depender o no de la calidad de la infraestructura.

## **1. Escenario A: agente y principal disponen de toda la información**

En primer lugar, hemos de aclarar que es un caso muy poco probable, por no decir imposible, en la vida real. La Administración, como buen representante de los principales de la teoría de agencia, no suele disponer de mucha información<sup>520</sup>.

Sí el concesionario es averso al riesgo (condición que sí que entra dentro de lo posible), y se le transfiere el riesgo de demanda, lo repercutirá como un coste en la función de utilidad social. Por ello, y como en este escenario la Administración dispone de toda la información, el óptimo se alcanza otorgando al agente una remuneración fija, que no se hará depender de la demanda. Es decir, no cabría la transferencia de demanda que se propugna en la Directiva, si se quiere maximizar la utilidad social. La mejor opción es un contrato de obra o de servicios.

En este hipotético escenario de información perfecta, donde el poder adjudicador puede verificar, tanto el esfuerzo de maximizar la calidad, como el de minimizar los costes, se obtendrá un solo punto de equilibrio [ $e_1^*$ ,  $e_2^*$ ], en el que el óptimo de ambos esfuerzos maximizará la función de utilidad del poder adjudicador (que es el beneficio/bienestar social). El beneficio social alcanzado en este caso superará el de cualquiera de los escenarios de información imperfecta. Y esto, independientemente de si se separan o unen los contratos.

---

<sup>520</sup> De interés en este punto D. MARTIMORT, L. STOLE, "Common Agency Equilibria with Discrete Mechanisms and Discrete Types", CESifo Working Paper Series nº 572. Octubre 2001.

Si el agente fuera neutro al riesgo, no va a repercutir los costes de aversión a este, por lo que la remuneración sí se puede hacer depender de la demanda, pudiendo existir muchos óptimos. También hemos de decir que, esta situación de neutralidad al riesgo, y menos en la situación crisis y post-crisis, no es muy habitual.

## **2. Escenario B: información asimétrica del principal y del agente**

Para alcanzar el óptimo en esta situación, la Administración sí deberá trasladar, al menos una parte significativa del riesgo de demanda al concesionario. El “porcentaje” de riesgo transferido se hará depender de la aversión al riesgo del agente y de la varianza de la demanda. Es decir, a mayor variabilidad de la demanda y a mayor aversión al riesgo del agente, menos riesgo deberá ser transferido, si queremos alcanzar el óptimo de la función social e utilidad.

A esto se añade la existencia de externalidades. Si son positivas, la transferencia de riesgo será mayor, y viceversa. Esto se debe a que el óptimo se alcanzará con un mayor esfuerzo del agente, ya que lo que cambia respecto al escenario anterior es que, como la Administración no puede controlar al concesionario, es necesario incentivarlo a cumplir el contrato manteniendo los niveles de calidad y de prestación.

En este caso, serán los usuarios finales los que, utilizando el servicio o no, juzguen el grado de cumplimiento. No obstante, hay que tener en cuenta que, el incentivo que supone la transferencia del riesgo de demanda, reporta más utilidad en los servicios en que haya un nexo claro entre la calidad ofrecida (sólo observable por los usuarios finales) y el nivel de demanda.

## **3. Optimizar la función de utilidad social. La cuestión de la licitación conjunta o separada**

Por otra parte, en cuanto al tipo de contrato que optimizará la función de utilidad social en un escenario de información asimétrica, debemos distinguir entre la opción de adjudicar dos contratos separados, que pueden ser a su vez una concesión de obras y una concesión de servicios a distintos concesionarios, un contrato de obras y un posterior contrato de servicios o incluso dos contratos de obras y servicios, respectivamente; o adjudicar un concesión de obra y servicio<sup>521</sup>.

En el primer caso, donde se licitan dos contratos; uno de obras y otro de gestión de la infraestructura, el punto de equilibrio será  $[e_1^u, e_2^u]$ . Ambos esfuerzos serán positivos, pero menores que cuando la información es completa.

---

<sup>521</sup> *Nota preliminar:* Se advierte al lector que este epígrafe sigue considerando como hipótesis de partida que hay asimetría de la información.

Si se licita un solo contrato para las dos fases, denominaremos el punto de equilibrio como  $[e_1^b, e_2^b]$ .

En caso de información asimétrica, sólo interesará unir el contrato para maximizar el esfuerzo en aumentar la calidad de la infraestructura ( $e_1$ ), si esta calidad “extra” va a suponer una reducción de los costes operativos posteriores que permitirán al mismo operador económico reducirlos ( $e_2$ ) con menos esfuerzo. El operador económico al que se han adjudicado los dos contratos se ve incentivado a aumentar la calidad ( $q$ ) y reducir los costes operativos ( $c$ ). Si no se da esta especial conexión entre la calidad de la infraestructura y la estructura de costes posterior, la solución óptima en casos de información asimétrica es separar ambos contratos.

Una premisa que estamos manteniendo es que, tanto si separamos los contratos como si contratamos conjuntamente, en este escenario, el poder adjudicador puede verificar la calidad de la infraestructura *ex ante* y el contrato es completo desde un primer momento.

Pero, ¿qué pasa si la calidad ( $q$ ) no se puede comprobar y fijar previamente y es preciso esperar a la entrega de la infraestructura? En este caso el único incentivo al constructor a mejorar la calidad del activo es que la propiedad sea suya. Una vez construido, se podría negociar sobre ese activo ya existente.

Es por eso que resulta de interés saber cuál es la solución óptima en caso de que la propiedad del activo sea, o bien de la Administración concedente, o bien del constructor: ¿Separar los contratos u otorgar un contrato único? Analicemos los dos escenarios en caso de que la Administración sea la propietaria del activo.

Si se opta por dos contratos separados, es obvio que el constructor no tendrá ningún incentivo a mejorar la calidad de la infraestructura, que recordemos, no se puede comprobar *ex ante*. La función de utilidad del poder adjudicador (es decir el bienestar social) dependerá exclusivamente del esfuerzo que haga el operador económico por reducir el coste operativo de la gestión. Lo que conocemos como  $e_2$ .

Si se opta en cambio por unir los dos contratos en uno, nos encontramos ante dos situaciones diversas.

La primera, en el caso de que la calidad no esté directamente relacionada con los costes de gestión posteriores, caso en que el bienestar social también dependerá única y exclusivamente de maximizar el esfuerzo en reducir los costes operativos ( $e_2$ ), ya que el operador económico (también constructor pero no propietario) no tendrá, de nuevo, ningún incentivo a mejorar la calidad ( $q$ ).

La segunda situación, aunque el constructor-operador económico no tenga la propiedad del activo, sí que tendrá incentivos a mejorar la calidad, si ésta influye decisivamente en la reducción de costes operacionales posteriores. La función de utilidad social sí que dependerá ahora de los dos tipos de esfuerzo  $[e_1, e_2]$ .

Pasaremos ahora a estudiar qué ocurre si es el constructor el que será el propietario de la infraestructura. Hay que tener en cuenta que, para incentivar la participación del mercado en este negocio, la Administración se verá obligada a pagar al constructor una prima *ex ante* para superar su aversión al riesgo.

Este es un caso menos intuitivo, ya que, si la propiedad en sí no genera suficiente incentivo a mejorar la calidad, pero sí hay una relación directa entre esta calidad y la reducción de costes operativos posteriores, la contratación conjunta será la solución ideal, mientras que si la propiedad ya genera incentivos a mejorar la calidad, la contratación conjunta generará ineficiencias ya que se primará la construcción sobre la gestión posterior, y no se alcanzará el óptimo.

Además, cuando la propiedad queda en manos del operador económico/constructor, como hay que pagar una prima *ex ante*, independientemente de que la contratación sea conjunta o separada, es importante tener en cuenta el grado de incertidumbre acerca de la rentabilidad, así como la aversión al riesgo del contratista.

Si la incertidumbre y la aversión al riesgo son bajas, la prima a pagar será reducida, y viceversa. Si la prima es alta, la maximización del bienestar público llevará a localizar la propiedad del activo en la Administración Pública.

Al tomar la decisión de licitar uno o dos contratos, hay que tener en cuenta otro aspecto. Y es la posibilidad de que los riesgos sucedan y cuál es su probabilidad.

Debemos plantearnos en primer lugar, que sucede si la información es simétrica<sup>522</sup>. En esta situación ideal, en que la Administración conoce toda la información, podemos ir un paso más allá, y suponer que también se conocen las posibles contingencias y la probabilidad con la que suceden. Sigue siendo un escenario muy hipotético, pero lo podemos relacionar con los proyectos de *brownfield*. Pues bien, en este caso, de una manera intuitiva se aprecia que unir o separar el contrato es completamente irrelevante, ya que en cualquier caso se alcanzará el punto de equilibrio en la función de utilidad social, al poder asegurarse al operador económico todos los potenciales riesgos.

---

<sup>522</sup> Recordemos que en este epígrafe hemos partido de la hipótesis de que la información era asimétrica.

La duda aquí es en qué medida se puede hablar de negocio concesional. La lógica parece dictar que no es riesgo lo que se conoce de antemano y que, consecuentemente, no es concesión el contrato que carece de riesgos. Sin embargo, lo que ocurre aquí es muy diferente. No es que no haya riesgos: es que se conocen, se pueden medir y se puede predecir en mayor o menor medida, cómo y cuándo impactarán. Pero los riesgos existen y se pueden transferir al concesionario. Es más, la propia Directiva de Concesiones afirma que es posible articular este tipo de negocio incluso en sectores donde el riesgo es mínimo, probado eso sí, que el riesgo que se transmite no es desdeñable<sup>523</sup>.

Si volvemos a la situación más habitual de asimetría de la información, podemos decir que, en general, la contratación conjunta es recomendable cuando ambas partes conocen las posibles contingencias (lo que tiende a darse en proyectos “*brownfield*”)<sup>524</sup>. En este caso, resulta fácil introducir en el contrato cláusulas que compensen automáticamente al concesionario en caso de que suceda uno de los riesgos ya conocidos, lo que disminuye el importe de la prima de riesgo a pagar por la Administración concedente.

Cuando la información es más asimétrica, en caso de proyectos más complejos y novedosos donde la Administración (o incluso el operador económico, pensemos en proyectos verdaderamente innovadores) carece de experiencia, es decir, lo que se conoce como proyectos “*greenfield*”, la respuesta no es unívoca.

En el caso de que ninguno pueda prever la probabilidad con la que sucederá una contingencia, pero el riesgo de demanda sea bajo, los estándares de calidad sean conocidos en el sector y la tecnología utilizada sea fácilmente adaptable, es recomendable unir los contratos. Y ello porque el operador tendrá en cuenta la externalidad positiva en la explotación y gestión posterior, de un mejor diseño en la fase de construcción, llevando a un mayor desembolso inicial, ya que los costes operativos serán menores. Los incentivos para aumentar el esfuerzo en este contrato pueden derivar del pago de tarifas o cánones.

---

<sup>523</sup> Véase el considerando 19 de la misma: “(...) El hecho de que el riesgo esté limitado desde el inicio no impedirá que el contrato se considere una concesión. Lo mismo ocurre, por ejemplo, en sectores con tarifas reglamentadas, o cuando se limita el riesgo operacional mediante regímenes contractuales que prevén una compensación parcial, incluida la compensación en caso de adelantarse la caducidad de la concesión por motivos atribuibles al poder o entidad adjudicador, o por causas de fuerza mayor.” Véase R. CARANTA, “La Corte di giustizia ridimensiona la rilevanza del rischio di gestione”, *Urbanistica e appalti*, volume 16, fascicolo 3, 2012, págs. 287-298.

<sup>524</sup> E. IOSSA, D. MARTIMORT, “Risk Allocation and the Costs and Benefits of Public-Private Partnerships”, *The RAND Journal of Economics*, vol. 43, nº 3, 2012, págs. 442-474.

El ejemplo prototípico serían las infraestructuras de transporte, como las autopistas. Aunque aquí cabría cuestionarse la calificación del proyecto como *greenfield*.

Si en cambio nos encontramos ante proyectos complejos, en que ambas partes desconocen los riesgos (la demanda puede ser alta o baja, la tecnología implementada es muy novedosa y poco adaptable y no hay estándares de calidad prefijados, lo que muy bien puede relacionarse con proyectos de Compra Pública de Innovación) y su probabilidad, unir los contratos puede resultar en una solución sub-óptima. Y esto porque, aunque en la fase de construcción los riesgos y su desconocimiento puedan ser ya elevados, estos se disparan en la de gestión, porque, a los riesgos de esta fase se suman los de la anterior. Un operador económico puede entonces optar por reducir el nivel de innovación en esta primera etapa, a fin de reducir el riesgo asumido en ésta y en la siguiente. Además, la prima de riesgo será muy elevada por la imposibilidad de cubrir las contingencias.

Como vemos, si se unen los contratos, al asignarse el riesgo de forma poco eficiente, coartamos la innovación en fase de construcción, lo que llevará a una menor innovación también en fase de gestión y explotación y, además, la remuneración que hace interesante el negocio para el concesionario tendrá que ser muy elevada, ya que la Administración concedente no tiene la suficiente información como para garantizar los riesgos de otra manera.

En cualquier caso, y al margen de la calificación del proyecto como "*greenfield*" o "*brownfield*", se ve la relación directa entre una asignación eficiente de los riesgos, que es relativamente sencilla en proyectos de largo recorrido, en los que ya se tiene experiencia, y la licitación conjunta de la construcción y explotación con el fin de fomentar el esfuerzo del operador económico y disminuir los costes operativos. Pero esta relación se rompe en proyectos más complejos, lo cual resulta paradójico si se tiene en cuenta que los documentos de *soft law* estudiados en el **CAPÍTULO II. ANTECEDENTES EUROPEOS: INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS Y DE SOFT LAW QUE REGULAN LAS CONCESIONES A NIVEL EUROPEO** recomiendan recurrir a la CPP en proyectos de cierta dificultad y a largo plazo.

En resumen, la unión del contrato de construcción, gestión y explotación, es recomendable cuando ya se dispone de experiencia y conocimientos en el sector y el riesgo de demanda y oferta es bajo. Si no, la unión de contratos puede dar lugar a ineficiencias, que se traducen en primas de riesgos tan elevadas, que eliminan los potenciales beneficios del contrato. Es más, en Reino Unido se recomienda expresamente no utilizar la CPP para contratos



complejos de IT o en nuevos sectores, como el reciclaje, por no disponerse de experiencia previa y donde los riesgos son elevados por los rápidos cambios de tecnologías<sup>525</sup>.

La cuestión es que la asimetría de la información y el desconocimiento de las contingencias y sus probabilidades de impacto se reducen con el tiempo y la experiencia. Es necesario un balance entre el interés que puede tener para el bienestar social la implementación de una novedosa tecnología, una nueva infraestructura compleja o un moderno servicio, desarrollados y prestados por un operador privado (que en sectores punteros cuenta con el know-how necesario del que carece la Administración), y los costes que esto pueda suponer. Si estos superan con mucho los beneficios (que no deben limitarse a los económicos), se deberá, o bien descartar el proyecto, o bien este tipo de contratación, pero tal vez se puedan articular dos contratos separados.

Finalizamos este apartado con este esquema-resumen, que puede resultar clarificador:

**A. INFORMACIÓN PERFECTA ENTRE AGENTE (s. público) Y PRINCIPAL (s. privado)**

- Indiferente SEPARAR (concesión/contrato de obra + concesión/contrato de servicio) o UNIR (concesión de obra y servicios) contratos
  - ✓ Concesionario AVERSO al riesgo → remuneración fija = contrato
  - ✓ Concesionario NEUTRO al riesgo → transferencia riesgo demanda

**B. INFORMACIÓN ASIMÉTRICA ENTRE AGENTE (s. público) Y PRINCIPAL (s. privado)**

- Usuarios juzgan calidad mediante el uso → transferencia riesgo demanda en función de:
  - ✓ Aversión al riesgo del concesionario
  - ✓ Variabilidad de la demanda
  - ✓ Externalidades
- UNIR contratos = Concesión de obra y servicios
  - ✓ Maximización calidad infraestructura → reducción costes de gestión
  - ✓ Proyectos BROWNFIELD: Se conocen riesgos y su probabilidad
  - ✓ Proyectos "GREENFIELD": R. demanda bajo, estándares de calidad conocidos, tecnología adaptable
  - ✓ Administración PROPIETARIA del activo → Calidad de la infraestructura relacionada con costes de gestión posteriores
  - ✓ Concesionario PROPIETARIO del activo → Calidad de la infraestructura relacionada con costes de gestión posteriores + Propiedad NO genera ya suficiente incentivo a mejorar la calidad
- SEPARAR contratos = concesión/contrato de obra + concesión/contrato de servicio
  - ✓ Calidad infraestructura NO reduce los costes de gestión
  - ✓ Proyectos GREENFIELD: Se desconocen riesgos y su probabilidad. (Se limita INNOVACIÓN en fase de construcción para reducir riesgos en fase de explotación).
  - ✓ Administración PROPIETARIA del activo → Indiferente separar o unir si la calidad de la infraestructura NO está relacionada con costes de gestión posteriores
  - ✓ Concesionario PROPIETARIO del activo → Calidad de la infraestructura NO relacionada con costes de gestión posteriores + Propiedad genera YA suficiente incentivo a mejorar la calidad

---

<sup>525</sup> E. IOSSA, D. MARTIMORT, "Risk Allocation and the Costs and Benefits of Public-Private Partnerships", The RAND Journal of Economics, vol. 43, nº 3, 2012, págs. 442-474.

#### 4. El cambio climático y la remuneración del concesionario

A la hora de articular una concesión, que como ya sabemos es un contrato incompleto que se extiende a lo largo del tiempo y suele exigir grandes desembolsos en los estadios iniciales, lo que implica necesariamente someter al concesionario a una situación de bloqueo de sus capitales, es clave el impacto del cambio climático en el contrato y la remuneración.

Ya hemos estudiado anteriormente, en el **CAPÍTULO IV: LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO**, en el **epígrafe 1. Concepto de riesgo**, que el riesgo ambiental debe ser soportado por la Administración concedente porque que, en caso de no articular una concesión, pero estar obligada a prestar el servicio igualmente, habría debido asumirlo en cualquier caso.

Lo que queremos estudiar aquí, no es por tanto *quién* debe asumir ese riesgo, sino *cómo debe articularse la remuneración del concesionario* de manera que se alcance el máximo en la función de utilidad social, ya que la inseguridad actual en cuanto a las condiciones climáticas futuras de las que dependen muy especialmente las infraestructuras de servicios del agua (de las precipitaciones, de las inundaciones y las sequías), transporte y energía (ambos tipos de infraestructuras son muy sensibles a los cambios drásticos de temperatura), hacen muy difícil, por no decir imposible, asesorar el riesgo basándose en un modelo de diferentes escenarios. Esto lleva a los concesionarios a reducir sus inversiones en un primer momento, para ganar flexibilidad ante potenciales escenarios negativos en ejercicios posteriores, lo que repercute negativamente en el interés público<sup>526</sup>. A esto deben sumarse los propios costes de mitigar el impacto sobre el clima, de las nuevas infraestructuras.

Para estudiarlo, partimos del modelo en dos periodos (el primero referido a la fase de construcción y el segundo, a la fase de explotación) establecido por D. MARTIMORT y S. STRAUB, con varias premisas<sup>527</sup>.

La inversión realizada en el primer periodo (que afecta irreversiblemente al rendimiento del segundo) y el esfuerzo realizado en el segundo (que debe ser, al menos igual al del primer periodo, ya que el concesionario no puede retirar su inversión, es más ha de mantenerla, de ahí que el esfuerzo deba ser al menos equivalente al del primer periodo. Es el éxito de este segundo periodo el que se ve afectado por shocks climáticos), no son verificables por la Administración

---

<sup>526</sup> D. MARTIMORT, S. STRAUB, "How to Design Public-Private Partnerships in a Warming World? A critical appraisal of Public-Private Partnerships", I Conferencia de Investigación Anual de la Maastricht School of Management, 11-12 November 2011. 19 de abril de 2012.

<sup>527</sup> Una de las premisas es que se licita una única concesión de obra y servicio.

concedente-principal. Es un caso muy claro de información asimétrica, que perjudica el interés público perseguido.

Que la inversión sea irrecuperable y que no se conozcan previamente, con cierta probabilidad, los riesgos ambientales, que pueden repercutir de manera negativa en el rendimiento social y privado de la inversión, hacen que sea interesante para el concesionario reducir la inversión hecha en el primer periodo (con la consecuente disminución del rendimiento social) para lograr flexibilidad en el segundo y disminuir el potencial esfuerzo necesario. Y esto incluso aunque no se diera el problema de agente-principal. Así, si hay un impacto ambiental negativo, el operador económico podrá hacer un esfuerzo relativamente menor si la inversión ha sido relativamente pequeña.

**RIESGO AMBIENTAL → SOPORTADO POR ADMINISTRACIÓN CONCEDENTE**



**¿REMUNERACIÓN para MAXIMIZAR el bienestar social?**

Modelo en dos fases:



Partiendo de que el riesgo ambiental se localizará en el concedente, veremos qué tipo de remuneración hace el contrato más eficiente y aumenta el esfuerzo realizado por el concesionario, así como su inversión en la primera etapa.

Si optamos por un contrato “estacionario”, aquel donde el precio, el canon o la tarifa son constantes y en el que la remuneración sea elevada, al reducir el riesgo del agente, hacemos que su necesidad de asegurarse flexibilidad en el segundo periodo sea menor, facilitando así que su inversión sea mayor en el primero (recordemos que una de las premisas es que la Administración-principal no puede comprobar ni el esfuerzo ni la inversión, en un claro ejemplo de agente-principal) y aumentando la probabilidad de éxito de la operación. Por otra parte, no estamos alcanzando un óptimo, ya que el agente recibe una remuneración excesiva, en detrimento del bienestar social y del uso de los recursos públicos. A esto tenemos que añadir la duda de si, con una tarifa o canon “excesivos”, estamos transfiriendo de manera efectiva el riesgo operacional.

De ahí que, la mejor manera de lograr maximizar el bienestar social es a través de contratos “no estacionarios”. Es decir, aquellos en que el precio, el canon o la tarifa no se mantienen durante todo el plazo de ejecución. Se abren aquí dos posibilidades:

Por un lado, hacer que la remuneración en el primer periodo sea más elevada que en el segundo, buscando así incentivar la inversión y un compromiso real del agente en la primera etapa. Sin embargo este efecto se ve contrarrestado por el afán de flexibilidad en el segundo periodo.

La opción contraria es incrementar la remuneración en el segundo periodo, lo que, aunque reduce los incentivos a una mayor inversión y esfuerzo en el primer periodo, da mayor margen de maniobra y flexibilidad en esta segunda fase. Sin embargo, un argumento positivo a favor de esta segunda modalidad, es que también influye positivamente en el compromiso, la inversión y el esfuerzo del agente en el primer periodo.

La elección entre una y otra depende, en realidad, del sector en que nos encontremos. Aquellos que se vean más afectados por cambios climáticos, como las infraestructuras de agua y energía, obtendrán resultados más óptimos con esta segunda posibilidad, ya que se ven beneficiados por una mayor flexibilidad; mientras que las concesiones de servicios públicos locales que requieren una gran inversión inicial, pero cuyos rendimientos posteriores de inversión están más asegurados frente a cambios climáticos, podrán utilizar la primera opción. Los contratos de concesión de transportes se encuentran a medio camino.

Vemos así que la elección entre una forma de remuneración u otra se debe, en particular, a tres características: el plazo (más largo de ejecución), la posibilidad (mayor o menor) y la repercusión de potenciales cambios climáticos, así como la obligación de tener que introducir mecanismos de protección medioambiental. Cuánto mayores sean estas tres variables, más interesante será aumentar la remuneración en el segundo periodo.

Lo vemos gráficamente en este esquema resumen:

## DOS TIPOS DE CONTRATO

### 1. ESTACIONARIO

- Canon o tarifa CONSTANTES (en las dos fases) y ELEVADOS
- + Al reducir el riesgo del concesionario → ▽ necesidad de asegurar flexibilidad en la fase de explotación → ▲ inversión en fase de explotación
- — Concesionario recibe remuneración excesiva → ▽ Bienestar social + ▽ eficiencia en la utilización de los recursos públicos
- — ¿Se transfiere el RIESGO OPERACIONAL?

### 2. NO ESTACIONARIO

- Canon o tarifa NO constantes
- Dos tipos de remuneración en función de
  - 1) Remuneración en FASE DE CONSTRUCCIÓN más elevada  
Incentivar inversión vs. Afán de flexibilidad
  - 2) Remuneración en FASE DE EXPLOTACIÓN más elevada  
Flexibilidad vs. ¿Menor inversión?  
RECOMENDABLE en infraestructuras de agua y energía

✓ PLAZO DE EJECUCIÓN  
✓ PROBABILIDAD Y REPERCUSIÓN DE IMPACTOS AMBIENTALES  
✓ OBLIGATORIEDAD DE MECANISMOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL

Finalmente, hay que tener en cuenta el tipo de tecnología en que se invertirá. Partiendo de la premisa de que, la calidad y nivel de la tecnología implementada, vendrá establecida como requisito por el poder adjudicador (que lógicamente deberá asumir costes mayores por una tecnología de calidad), y considerando que un nivel tecnológico mayor reduce el impacto negativo de potenciales riesgos climáticos, permitiendo una más fácil y mejor adaptación y aumentando los rendimientos y beneficios no sólo sociales, sino también del operador económico, invertir en la tecnología que presente la mejor relación calidad-precio será siempre la solución más óptima. Aun así, aquí se podría argumentar que, si bien la Administración principal impone en contrato las condiciones que debe cumplir la tecnología utilizada, como la información es asimétrica, el agente-concesionario puede optar por una tecnología, que aun siendo más costosa, priorice la flexibilidad y la adaptabilidad frente a la eficiencia.

Como decíamos en el anterior epígrafe, la asimetría de la información, el desconocimiento de las contingencias y sus probabilidades de impacto, así como la falta de conocimientos respecto a tecnologías novedosas se reducen con el tiempo y la experiencia. De ahí que sea necesario hacer un balance entre el interés que puede tener para el bienestar social la implementación de una novedosa tecnología, una nueva infraestructura compleja o un moderno servicio, desarrollados y prestados por un operador privado y los costes que esto pueda suponer.

## 5. Conclusiones

En muchos casos, y sin evidencias empíricas que lo justifiquen, se utilizan modelos que no consideran la existencia de externalidades y que clasifican al agente como neutro al riesgo.

Podía ser este el caso de las concesiones administrativas tradicionales, de obras e infraestructuras y de las autopistas de peaje, en las que se transfiere un porcentaje del riesgo de demanda como un incentivo al agente a prestar un buen servicio, haciendo depender de este riesgo su remuneración. El problema es que, si no se efectúan ulteriores comprobaciones sobre la efectiva neutralidad al riesgo del concesionario y sobre los efectos en la función de utilidad social, se corre el riesgo de alcanzar una situación sub-óptima cuando se transfiere un porcentaje excesivo de dicho riesgo, ya que el concesionario averso repercutirá este sobrecoste en el contrato, lo que perjudicará en último lugar al erario público. Es una situación en que no se alcanza el equilibrio en el sentido de Pareto<sup>528</sup>.

En otras muchas ocasiones, se presupone que el esfuerzo de este agente en la realidad coincidirá con el del escenario A, donde la Administración concedente contaba con información completa. Como hemos visto, esta situación es altamente improbable. Es más, si esto no fuera así, no se habría desarrollado la teoría agente-principal.

Lo cierto, es que hay actividades del agente sobre las que la Administración sí tendrá un control y conocimiento efectivo (acercándonos a la situación e información perfecta), pero otras muchas se escaparán a su verificación, incluso indirecta. Son estas situaciones las que aconsejan el uso de remuneraciones que combinen estándares de calidad (para medir el esfuerzo del agente en la prestación) e incentivos basados en la transferencia de un porcentaje del riesgo de demanda. En estos contratos, si el agente es averso al riesgo y la demanda es elástica, la transferencia del riesgo de demanda tendrá que ser mayor para alcanzar el óptimo porque así

---

<sup>528</sup> “El concepto de Óptimo de Pareto define toda situación en la que no es posible beneficiar a una persona sin perjudicar a otra. (...) Fue desarrollado por el economista italiano Vilfredo Pareto y también se conoce como asignación eficiente en el sentido de Pareto o punto economía Pareto-superior.” <http://economipedia.com/definiciones/optimo-de-pareto.html> (consultado el 24.09.2018)

“Se dice que una asignación es superior a otra en el sentido de Pareto cuando se ha podido mejorar a algún agente sin perjudicar al resto. Cuando se agotan las posibilidades de mejora, se dice que estamos en un óptimo en el sentido de Pareto, y es cuando la asignación alcanzada se califica como eficiente.” [http://diccionarioempresarial.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAASmJAWSltbLUouLM\\_DxblwMDS0MDI7BAZlqIS35ySGVBqm1aYk5xKgAgFTbhNQAAAA==WKE](http://diccionarioempresarial.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAASmJAWSltbLUouLM_DxblwMDS0MDI7BAZlqIS35ySGVBqm1aYk5xKgAgFTbhNQAAAA==WKE) (consultado el 24.09.2018)

el concesionario se ve motivado a aumentar la calidad<sup>529</sup>. Pero los costes pueden verse aumentados.

El único escenario posible, donde sería recomendable no transferir en ningún grado el riesgo de demanda sería el A, donde la información es perfecta. Aparte de que es un escenario altamente improbable, la no transferencia del riesgo de demanda (incluso en ese contexto de información perfecta) tiene el efecto pernicioso de que la Administración se puede ver tentada a ofrecer servicios que no tienen una demanda real, que no son, en definitiva, necesarios para los ciudadanos. ¿Y dónde tienen cabida allí el derecho a una buena administración y el principio de gestión eficiente de los fondos públicos?

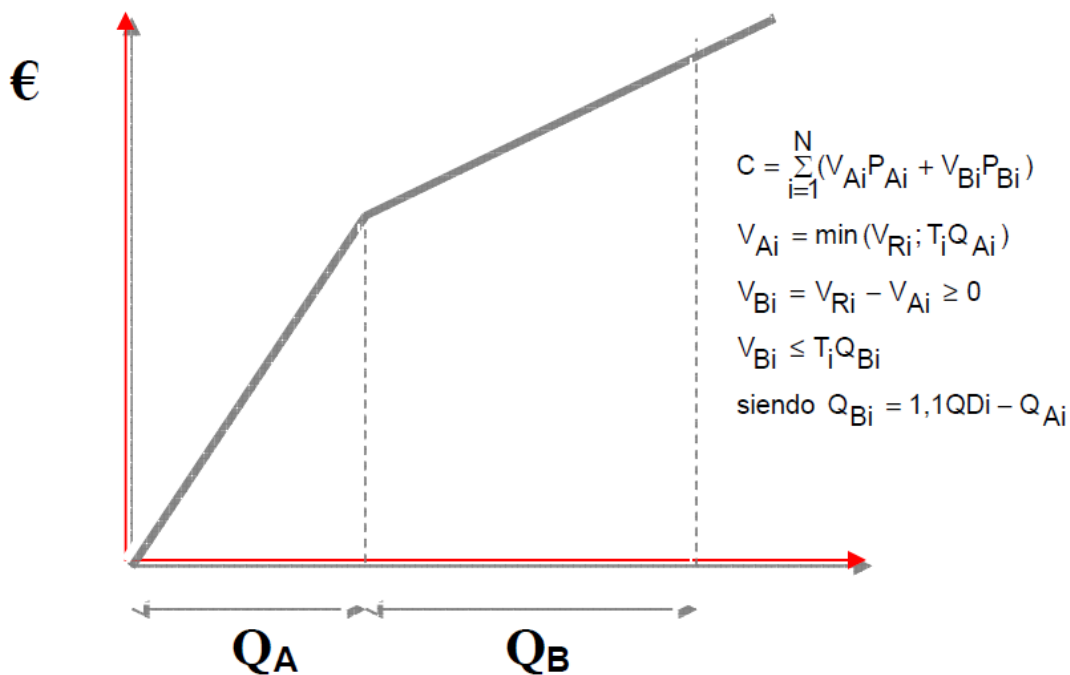
En cualquier caso, hay que tener en cuenta que, para que un contrato sea concesional, se ha de transmitir, además del riesgo de construcción, el riesgo de demanda o/y el de oferta o suministro, ya que sin riesgo operacional, no hay concesión. Por limitado que este riesgo sea, lo importante es que se transfiera al concesionario una parte significativa del mismo. Un indicador claro de que el negocio es efectivamente concesional es que la remuneración consista en el derecho a explotar el servicio o infraestructura, asumiendo el concedente el riesgo de explotación. De ahí que sea de vital importancia la fórmula de remuneración del concesionario, que debe quedar establecida en el PCAP.

En el gráfico que se muestra a continuación, se da un ejemplo ilustrativo de una tarifa en dos tramos, que no limita ni los beneficios ni las pérdidas del concesionario, asegurándose así la efectiva transferencia del riesgo operacional<sup>530</sup>:

---

<sup>529</sup> La elasticidad de la demanda indica cómo varía ésta en función de variaciones porcentuales del precio. Si una pequeña variación en el precio modifica mucho la cantidad demandada, ésta será elástica. Y viceversa, si un cambio en el precio produce una variación pequeña de la cantidad demandada, este producto tiene una demanda inelástica.

<sup>530</sup> Téngase en cuenta que esta fórmula sólo es un ejemplo ilustrativo y que no puede utilizarse en todos los contratos concesionales, donde será preciso elaborar fórmulas ad-hoc, en función de las concretas externalidades y costes para asegurar la efectiva transferencia del riesgo operacional.



Siendo:

- $C$  = retribución total a percibir por el concesionario durante el período de pago (euros)
- $N$  = número de instalaciones objeto del contrato, referida cada una por el subíndice  $i$
- $V_{Ai}$ ,  $V_{Bi}$  = volúmenes aplicables a los tramos A y B de la tarifa, para cada instalación ( $m^3$ )
- $P_{Ai}$ ,  $P_{Bi}$  = precios de los tramos A y B de la tarifa, para cada instalación (euros/ $m^3$ )
- $Q_{Ai}$  = caudal que define el límite entre los tramos A y B, para cada instalación ( $m^3/día$ )
- $V_{Ri}$  = volumen realmente tratado en el período de pago en cada instalación ( $m^3$ )
- $Q_{Di}$  = caudal medio de diseño de cada instalación, expresado en  $m^3/d$ .
- $T_i$  = tiempo de funcionamiento real de cada instalación en el período de pago (días)

La fórmula se compone de dos tramos, dependiendo del uso de las infraestructuras, y se ha configurado de tal manera que, si no hay utilización por parte de los usuarios, la remuneración es cero, lo que supone que la administración pública concedente no asegura en ningún caso unos ingresos mínimos<sup>531</sup>.

<sup>531</sup> Esta gráfica y fórmula de remuneración corresponden a los contratos concesionales del Plan Especial de Depuración y del Plan de Depuración de los Pirineos. Informe 24/2013, de 25 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón: *Restablecimiento del equilibrio económico en contratos de concesión de obra pública*.



Por otra parte, la fórmula también fija, muy correctamente a nuestro juicio, un caudal máximo (serían para cada tramo  $T_i.Q_{Ai}$  y  $T_i.Q_{Bi}$ ), para evitar enriquecimientos injustos a costa de la ciudadanía.

En cuanto a contratación conjunta o separada, sólo en caso de información asimétrica, si hay una relación positiva entre la calidad de la infraestructura y la reducción de costes operacionales posteriores, integrar los dos contratos en uno será la solución óptima. Sin embargo, si la relación es negativa, la solución es otorgar contratos separados.

La cuestión sobre la propiedad del activo, sólo debería plantearse en el caso en que no se puedan comprobar ni la calidad ni los esfuerzos *ex ante*. Es decir asimetría de la información y contrato incompleto.

Si queremos que el constructor maximice su esfuerzo en mejorar la calidad ( $e_1$ ), esta es la única opción. Pero si su aversión al riesgo es muy elevada y lo mismo sucede con la incertidumbre, la prima pagada ex ante por la Administración concedente tendrá que ser muy elevada y la maximización de la utilidad pública llevará a la propiedad pública del activo. La propiedad no puede ponerse en manos del constructor por esta elevada prima, ya que contrarresta el beneficio social que se alcanzaría mediante el incentivo de la propiedad.

Por otra parte, en caso de que asignarle la propiedad y el riesgo correlativo, sea considerado un óptimo para maximizar la función de beneficio social, no queda claro si se debe optar por la contratación conjunta o separada. La primera opción será la ideal cuando en este escenario de información y contrato incompletos, la propiedad no sea incentivo suficiente a maximizar la calidad de la infraestructura. La gestión posterior (es decir, se presupone una relación positiva entre calidad y reducción de costes operativos) será el incentivo a maximizar su esfuerzo en mejorar la calidad ( $e_1$ ).

Sin embargo, deberá separarse la construcción de la gestión cuando la propiedad suponga ya un incentivo suficiente a mejorar la calidad de la infraestructura, ya que entonces disminuirá el esfuerzo por disminuir costes en la fase de gestión ( $e_2$ ) y la solución alcanzada no será la óptima.

En definitiva, si el riesgo es muy elevado y la prima que se debe pagar al constructor es demasiado grande (y añadimos, no hay relación entre calidad de la infraestructura y reducción

de costes operativos posteriores) nos encontraremos ante un contrato de obras tradicional. La gestión de la infraestructura posterior puede ser mediante concesión o contrato de servicios.

En cambio, si los incentivos a mejorar la calidad de la infraestructura dependen de la propiedad, y hay una relación directa entre ésta y los costes, es cuando surgen los contratos de Colaboración Público Privada (donde se encuadran las concesiones).

Por otra parte, en la vida real, un Poder Adjudicador se puede ver “tentado” a esconder evidencias de que no hay interrelación que justifique la unión entre un contrato y otro. Lo que podemos traducir como “corrupción”.

Esta “tentación” tiene más probabilidades de tener lugar en casos de “*adverse selection*”, es decir, cuando, a causa de la asimetría informativa, se ha seleccionado al agente menos idóneo, que aun así conoce mejor el mercado, y podrá secuestrar rentas del contrato a costa de reducir el bienestar social.

En cualquier caso, se pueda comprobar la calidad de la infraestructura ex ante o no, y nos encontremos ante un poder adjudicador que esconda o no información, si ésta es asimétrica, el beneficio social (y en consecuencia los esfuerzos por mejorar la calidad ( $e_1$ ) y reducir los costes ( $e_2$ )) será menor que en caso de información completa.

De cara a futuro, para obtener todos los beneficios de esta figura, que son muchos, y reducir el impacto de sus aspectos negativos, no nos resistimos a proponer una serie de medidas.

En cuanto a concesiones “calientes” se refiere, mantener la demanda de los usuarios finales como la variable principal en la remuneración del concesionario.

Es cierto que en un mundo ideal, en el que no hubiera problemas de agente-principal y la Administración concedente dispusiera de toda la información, no sería un criterio adecuado, siendo de especial importancia una prestación con la calidad acordada. Pero, teniendo en cuenta que, en la mayoría de situaciones la Administración no dispone de toda la información, que sí tienen los usuarios finales, que utilizarán o no la infraestructura o el servicio en función de su calidad, el nivel de demanda como forma de remuneración es el criterio más objetivo.

Lo que no obsta a que se lleven a cabo periódicamente encuestas de calidad a los terceros y a que el riesgo de demanda transferido quede bien delimitado y definido, con el fin de trasladarlo efectivamente, pero no aumentar innecesariamente los costes de la concesión.

Cuando nos encontramos en concesiones “frías”, se deben potenciar los estándares de calidad, que, una vez fijados en el contrato, deben dar lugar a penalizaciones automáticas si no se alcanzan. Estos estándares deben hacer un balance entre el adecuado reparto de riesgos entre Administración y concesionario y el bienestar social, ya que recordemos, si aumenta la calidad de los estándares y, consecuentemente, el riesgo de no alcanzarlos, suben los costes de la concesión, que repercuten negativamente en la función e utilidad social.



## CAPÍTULO VI. LA GESTIÓN DEL RIESGO

### 1. Introducción

Cualquier tipo de organización, ya sea del sector privado o del sector público, debe gestionar sus riesgos de una manera adaptada a sus circunstancias, ya que cuando cuentan con un programa de control de riesgos saben cómo actuar para minimizar sus efectos en caso de que sucedan y son, en consecuencia, más efectivas y eficientes<sup>532</sup>.

En la actualidad, la gestión del riesgo se enfrenta a nuevos desafíos porque los riesgos aumentan al ser las interdependencias económicas cada vez mayores; porque las exigencias normativas generales y en sectores específicos (sobre todo en el financiero, sanitario, farmacéutico, de defensa, de energía, de bienes de consumo y de transporte) a nivel regional, estatal y global se complican cada vez más, generando en ocasiones duplicidades, redundancias, lagunas e incrementando la inseguridad jurídica y exigiendo una mayor coordinación; porque los ciudadanos, usuarios finales de los servicios, exigen mayores niveles de calidad en su prestación y tienen más acceso a información y control sobre el servicio y su financiación; y por el necesario control de los gastos en relación a los recursos escasos, que lleva a reflexionar sobre los modelos de financiación de las Administraciones Públicas<sup>533</sup>.

Previamente hemos definido el riesgo según la normativa europea. Pero esta definición es válida a efectos de entenderlo transferido para configurar un negocio concesional. En la gestión del riesgo, es necesario hacer precisiones ulteriores.

En este contexto, con la palabra “riesgo” nos referimos a una pérdida (económica o no) originada por un evento que afecta negativamente al logro de un objetivo prefijado, lo que incluye tanto el mantenimiento de objetivos ya alcanzados, como el logro de nuevos objetivos más ambiciosos<sup>534</sup>. La gestión del riesgo tiene entonces una dimensión negativa, evitar pérdidas y una positiva, alcanzar nuevos objetivos.

Por otra parte, la gestión del riesgo debe abarcar todo el negocio e incluir en la planificación del riesgo todos cuantos puedan suponer una contingencia, con especial hincapié en los más probables y que puedan causar una situación de mayor peligro para la viabilidad de

---

<sup>532</sup> The risk intelligent enterprise. ERM Done right Copyright © 2013 Deloitte Development LLC. Enterprise Risk Management. Véase a modo de introducción este artículo “Gestión estratégica y operativa. Gestión de riesgos: ¿Qué es? ¿Por qué emplearla? ¿Cómo emplearla?”, Gerens, Escuela de Postgrado. 26.08.2016

<sup>533</sup> The Risk Intelligence general counsel. Discard de compass and get a GPS. Copyright © 2013 Deloitte Development LLC.

<sup>534</sup> Véase T.S. COLEMAN, *A practical guide to risk management*. CFA Institute Research Foundation Volume 2011 Issue 3. 1.07.2011. En particular el capítulo 2. Risk, Uncertainty, Probability, and Luck.

la concesión, sin olvidar los que tengan una menor probabilidad de suceder, siempre y cuando su ocurrencia, la pongan en grave peligro<sup>535</sup>.

Esto no quiere decir que se deba dedicar gran parte del presupuesto a reducir el impacto de riesgos que pueden no producirse nunca, porque generalmente se refieren a los “incontrolables” como serían los desastres naturales (que recordemos deberán ser asumidos por la Administración concedente), que a pesar de una gran inversión destinada a reducir su impacto, ésta no tienen un gran efecto. A veces basta con monitorizarlos y cuando aumente su probabilidad tener disponibles, eso sí, los recursos para evitarlo o al menos mitigarlo. Para ello es necesario saber calcular la probabilidad de que ocurra un evento, algo nada fácil.

Esta planificación debe considerar la interrelación y la correlación entre riesgos (ya que la ocurrencia de una de estas situaciones, que aislada es fácilmente controlable, suele ir acompañada de otras y es lo que provoca las mayores pérdidas), además de hacer un balance de los intereses contrapuestos<sup>536</sup>. Una buena herramienta, que debería formar parte de todo estudio de viabilidad y que determina los resultados que se obtendrían si sucediera uno de los riesgos identificados, es la planificación de escenarios. Estos modelos estadísticos son de gran ayuda, ya que tienen en cuenta el impacto de las externalidades e incluyen todo clase de efectos: directos, indirectos, positivos y negativos, dando lugar a diversos escenarios. En particular, hay que elaborar un escenario pesimista respecto al escenario base, que se ha utilizado para comparar las diversas alternativas, y sobre el que se pueden volver a reelaborar los análisis de viabilidad y conveniencia, que en este caso no sirven para compararlos con las alternativas propuestas, sino para dar una información añadida al gestor público sobre los resultados, en una situación adversa<sup>537</sup>.

Cuando se han elaborado estos escenarios, hay que identificar los detonantes, los factores desencadenantes de un riesgo y que sirven de alarma a la organización, dándole tiempo a reaccionar y a prepararse, por si se llegara a dar la contingencia.

Obviamente, los escenarios “más sencillos” de elaborar son aquellos en los que sólo se estudia un riesgo. Pero lo lógico, como decíamos, es estudiar los riesgos correlacionados conjuntamente.

---

<sup>535</sup> Véase T.S. COLEMAN, *A practical guide to risk management*. CFA Institute Research Foundation Volume 2011 Issue 3. 1.07.2011. En particular el capítulo 3. *Managing Risk*

<sup>536</sup> The value killers revisited. A risk management study. Copyright © 2014 Deloitte Development LLC.

<sup>537</sup> C. DOSI, L.GRECO, V. REBBA, G. SALMASO, F. PIGOZZO, “La Valutazione dei progetti d’investimento pubblici. Linee guide”, Regione del Veneto. Giunta regionale. Quaderni del NUVV-1. Santa Croce, Venezia, págs. 85-89.

## 2. El estudio de viabilidad

### 2.1. Principales características de un estudio de viabilidad

Es un documento técnico interdisciplinar destinado a analizar una o más soluciones a las necesidades de la Administración y a identificar los indicadores y referencias a los cuáles deben conformarse las propuestas de proyectos. Estos indicadores serán funcionales, técnicos, de gestión (como sería el reparto de potestades entre distintos entes, que pueden llegar a solaparse en un mismo proyecto), económico-financieros, así como de las condiciones arquitectónicas, geológicas, sociales (agentes que actúan en ese ámbito, la manera tradicional de prestar el servicio, etc.) y de sostenibilidad medioambiental, además de elementos que puedan objetivamente dificultar o imposibilitar la realización del proyecto.

En el caso de alternativas con participación privada se referirán también a la duración de la concesión, al régimen de tarifas y sus modalidades de actualización, al Plan Económico Financiero y al contenido del borrador de contrato<sup>538</sup>. Estos indicadores también sirven para justificar el interés público de la propuesta.

Teóricamente, no implica en sí mismo la selección de un proyecto, sino que ayuda al gestor público a tomar una decisión entre alternativas de inversión distintas. También, dependiendo de la fase en el procedimiento político-administrativo en que se halle el procedimiento, la decisión puede suponer, o bien el abandono de la idea-proyecto, o bien la profundización y recopilación de más datos, e incluso la aprobación definitiva y la realización de la obra.

En la LCSP se exige como paso previo a la decisión de construir y explotar una concesión una obra pública y viene recogido en el artículo 247, dentro de la sección referida a "*Actuaciones preparatorias del contrato de concesión de obra pública*"<sup>539</sup>. A pesar de no proporcionar una definición del concepto, sí que indica los datos y análisis mínimos que el estudio deberá obligatoriamente contemplar:

a) "*Finalidad y justificación de las obras, así como definición de sus características esenciales.*

---

<sup>538</sup> Respecto al PEF, es de interés J.A. MORENO MOLINA, J. PINTOS SANTIAGO, *Los contratos administrativos y su aplicación: obras, suministros, servicios y concesiones de obras y servicios*. El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 118-120. ISBN: 9788470527791

<sup>539</sup> De manera casi idéntica, a excepción de que ahora se omite el adjetivo "*públicas*", que acompañaba a "*obras*", se venía recogiendo en el artículo 128 del TRLCSP, dentro de la misma sección referida a "*Actuaciones preparatorias del contrato de concesión de obra pública*".

**b) Justificación de las ventajas cuantitativas y cualitativas que aconsejan la utilización del contrato de concesión de obras frente a otros tipos contractuales, con indicación de los niveles de calidad que resulta necesario cumplir, la estructura administrativa necesaria para verificar la prestación, así como las variables en relación con el impacto de la concesión en la estabilidad presupuestaria.**

c) Previsiones sobre la demanda de uso e incidencia económica y social de las obras en su área de influencia y sobre la **rentabilidad de la concesión**.

d) Valoración de los datos e informes existentes que hagan referencia al planeamiento sectorial, territorial o urbanístico.

e) Estudio de impacto ambiental cuando este sea preceptivo de acuerdo con la legislación vigente. En los restantes casos, un **análisis ambiental de las alternativas** y las correspondientes medidas correctoras y protectoras necesarias.

f) Justificación de la solución elegida, **indicando, entre las alternativas consideradas** si se tratara de infraestructuras viarias o lineales, las características de su trazado.

g) Riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de las obras.

h) Coste de la inversión a realizar, así como el sistema de financiación propuesto para la construcción de las obras con la justificación, asimismo, de la procedencia de esta.

i) Estudio de seguridad y salud o, en su caso, estudio básico de seguridad y salud, en los términos previstos en las disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción.

**j) El valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario, a efectos de la evaluación del riesgo operacional, así como los criterios que sean precisos para valorar la tasa de descuento.**

**k) Existencia de una posible ayuda de Estado y compatibilidad de la misma con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los casos en que para la viabilidad de la concesión se contemplen ayudas a la construcción o explotación de la misma”.**

De esta transcripción del apartado dos del mencionado artículo, los apartados b), j) y k) (en negrita nuestra), son novedades de este nuevo texto. Especialmente interesante de cara al principio de gestión eficiente de los recursos públicos es el apartado b), ya que, únicamente se podrá recurrir al negocio concesional si éste resulta oportuno por las características de la obra en licitación. En caso de que así sea, se deberán indicar (y añadimos nosotros, elaborar parámetros mesurables de cuantificación) los niveles de calidad exigidos en la prestación. El apartado es muy lógico, ya que si hay unos parámetros de medición, deberá existir una



estructura que verifique esa ejecución correcta y conforme a esos criterios de calidad. Además exige conocer *“las variables en relación con el impacto de la concesión en la estabilidad presupuestaria”*, lo que se completa con el apartado j), ya que para saber cómo va a evolucionar la concesión a lo largo de su plazo de ejecución (que incluye la primera fase de construcción y la segunda, de ejecución), en el estudio de viabilidad se deberá actualizar el valor neto de todas las inversiones, costes e ingresos de la misma.

Es decir, en el estudio se debe recoger tanto el VAN como la TIR, que a pesar de ser elementos básicos de una concesión, ya sea de obras o de servicios, no se contemplaban como requisitos mínimos de un estudio de viabilidad en el antiguo TRLCSP, lo que, muy bien podría ayudar a explicar algunos negocios concesionales realizados en años anteriores.

Aunque ya estaba en el anterior texto refundido, queremos destacar la importancia que da el texto a la existencia de alternativas, tanto por el lado del estudio de impacto ambiental, como por el de las infraestructuras viarias o lineales. Y es que, un estudio de viabilidad implica barajar varias opciones entre las que se elegirá la más adecuada. Y esta selección no se debe basar en motivos políticos, sino en criterios de eficiencia.

Otra novedad, nos la encontramos en el apartado 5. Ya el TRLCSP permitía la iniciativa privada en la presentación de estudios de concesiones<sup>540</sup>. En caso de que la licitación saliera adelante y concluyera con su adjudicación a un concesionario diferente del que presentó dicho estudio, se contemplaba el resarcimiento de los gastos efectuados, más un porcentaje del 5% como compensación. La diferencia es que ahora será quien presente el estudio el que tenga que justificar esos gastos, pero no se da ningún ejemplo de en qué se puede basar la justificación, mientras que el TRLCSP, afirmaba que los gastos se debían acreditar por quien presentó el estudio, basándose en precios de mercado.

Por otra parte, como novedad destaca que el autor del estudio *“tendrá derecho en la correspondiente licitación a 5 puntos porcentuales adicionales a los obtenidos por aplicación de los criterios de adjudicación establecidos en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares”*. Es decir, parte con puntuación “extra” frente al resto de operadores, lo que es un buen incentivo a presentar estudios.

La gestión de este estudio es muy similar a la prevista por el legislador italiano, previendo el derecho a resarcimiento a cargo del operador económico que resulte adjudicatario de la

---

<sup>540</sup> Véase el artículo 128.5 del TRLCSP.

concesión por los gastos efectuados en el estudio, pero correctamente a nuestro parecer, no regula el derecho de prevalencia<sup>541</sup>.

No obstante, la principal innovación de la nueva *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*, es que el estudio de viabilidad se contempla expresamente (y con las mismas características, incluyendo la iniciativa privada en la presentación del estudio, y ello por la supletoriedad del régimen de concesiones de obra) para la preparación y adjudicación de concesiones de servicios<sup>542</sup>. La particularidad de este estudio en las concesiones de servicios es que tendrá carácter vinculante si determina la inviabilidad del proyecto<sup>543</sup>. No obstante lo dicho, esto no excluye que el órgano de contratación pueda elaborar nuevos estudios, partiendo de diversas condiciones, que lleven a la viabilidad de la concesión.

De estos mínimos recogidos por el TRLCSP y completados por la nueva LCSP, deducimos que un estudio de viabilidad correcto y útil debe presentar una serie de características:

En primer lugar, es necesaria una identificación de las necesidades y, en base a ellas, la formulación de ideas-proyecto. Realizar este estudio no implica que la inversión se vaya a hacer. De ahí que el estudio no pueda confundirse con el proyecto.

En segundo lugar, es importante no confundir el estudio con el proyecto preliminar, limitándolo a los aspectos técnicos y económicos, sino que debe analizar todas las dimensiones relevantes para priorizar unas alternativas sobre otras.

Es decir, el estudio de viabilidad, además de obligatorio en el caso de la preparación y adjudicación de concesiones, es esencial en el proceso de programación de las obras públicas,

---

<sup>541</sup> En el APLCSP se recogía literalmente en el apartado 5 del artículo 245. En cuanto al derecho de prevalencia nos remitimos al **CAPÍTULO VIII. ITALIA**

<sup>542</sup> Véase el artículo 285.2 de la *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*. F. CACHARRO GOSENDE, "La concesión de servicios en la LCSP/2017" en libro col. *La nueva contratación pública en el ámbito local claves para una contratación electrónica y transparente* (dir.) M<sup>a</sup> C. CAMPOS ACUÑA, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 1095-1096. ISBN: 9788470527531.

<sup>543</sup> Véase el apartado 2 del artículo 285 de la LCSP referido a los pliegos y anteproyectos de obra y explotación. J.A. MORENO MOLINA, J. PINTOS SANTIAGO, *Los contratos administrativos y su aplicación: obras, suministros, servicios y concesiones de obras y servicios*. El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 207-209 y 115. ISBN: 9788470527791

ya que sirve de instrumento de apoyo a las decisiones del sector público<sup>544</sup>. Pero, para que sea verdaderamente útil, debe presentar unas características homogéneas en cuanto a finalidad, contenidos y métodos, que a veces no están del todo claras. Efectivamente, en muchas ocasiones se limita a su parte técnica, asimilándose así a un proyecto preliminar, que además, se utiliza para justificar una decisión ya tomada, y no para tomar la decisión de inversión en base a la mejor alternativa<sup>545</sup>. En cualquier caso, a tenor de la legislación española, el estudio de viabilidad puede sustituirse motivadamente, cuando la naturaleza y la finalidad de la obra o la cuantía de la inversión requerida lo permitan, por un estudio de viabilidad económico-financiera. Pero no puede eliminarse de la preparación de la licitación.

## 2.2. Fases en la elaboración de un estudio de viabilidad

Con el fin de homogeneizar la preparación de estos estudios, podemos identificar cuatro fases de elaboración, que podrán ser simplificadas en caso de proyectos menos complejos o de presupuesto más reducido.

La primera fase es la identificación de las políticas, estrategias y marco normativo en las que se encuadra la idea-proyecto, ya que la satisfacción de una necesidad pública se debe necesariamente relacionar con las políticas estratégicas generales.

La segunda fase describe las diversas alternativas. Satisfacer una necesidad ya identificada supone una serie de actuaciones materiales que pueden ser de diverso tipo, coste e impacto y que deben ser previamente analizadas para poder seleccionar la más ventajosa<sup>546</sup>. Un estudio de viabilidad que no contempla alternativas es, consecuentemente, un estudio débil y poco útil, porque no ayuda a tomar la mejor decisión que permita utilizar los recursos eficientemente. Además, ya hemos visto que nuestra legislación contempla la existencia de alternativas en determinados momentos y para determinados proyectos. Así que, incluso en el caso de que por

---

<sup>544</sup> A. PALOMAR OLMEDA, "El contrato de concesión de obras" en libro col. *La nueva contratación pública en el ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente* (dir.) M<sup>a</sup> C. CAMPOS ACUÑA, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 1038-1041. ISBN: 9788470527531

<sup>545</sup> Esta misma crítica hace el Tribunal de Cuentas Europeo: "En la mayoría de proyectos fiscalizados, la opción de la APP se eligió sin un análisis comparativo previo, para demostrar que se trataba de la opción que suponía una mayor optimización de recursos". "Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados", Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo nº9, 2018, pág. 39.

<sup>546</sup> A. PALOMAR OLMEDA, "El contrato de concesión de obras" en libro col. *La nueva contratación pública en el ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente* (dir.) M<sup>a</sup> C. CAMPOS ACUÑA, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 1038-1041. ISBN: 9788470527531

diversas razones no existan tales alternativas, se deberá especificar los motivos para hacer el documento verdaderamente útil.

Una vez aclarado que se deben estudiar varias alternativas y si no fuera posible, justificar esta imposibilidad, la pregunta que nos planteamos es el número de potenciales proyectos que se deben estudiar. La pregunta no es baladí, ya que en teoría se deberían analizar el mayor número posible de alternativas. Pero en la práctica esto no resulta coste-eficiente, porque, o bien se destinan muchos recursos al análisis de una ingente cantidad de alternativas, o bien se hace un estudio somero, que no sirve para hacer una verdadera graduación de alternativas<sup>547</sup>. Es necesario hacer una cuidadosa ponderación de los medios a disposición para la evaluación y del número de alternativas: *in medio virtus*.

Esta segunda fase ayuda ya a descartar los potenciales proyectos que no resulten viables, pudiéndose construir a continuación una especie de matriz que agrupe los restantes en función de tres características.

En primer lugar, tenemos las características tecnológicas.

A continuación, se distinguen las institucionales-organizativas, que sería, por ejemplo, que la Administración gestione directa o indirectamente la infraestructura o servicios. Sobre este punto, hemos de advertir que, si se determinan alternativas concesionales, es preciso identificar también opciones de gestión enteramente pública, para poder comparar costes y beneficios, lo que se puede realizar a través del “*Public Sector Comparator*”, como veremos en este mismo epígrafe<sup>548</sup>.

Por último, tenemos las características financieras, que se refieren a las formas de financiación de las inversiones y a los costes del proyecto. Dentro de esta categoría debemos diferenciar entre recursos públicos y privados.

Nos interesa especialmente esta categoría, porque las modalidades de financiación determinan en gran parte la transferencia del riesgo. Si la financiación es enteramente pública, claramente, no se transfiere el riesgo operativo al privado. Por el contrario, si es enteramente privada, los riesgos recaen en su totalidad en el operador económico. No obstante lo cual, incluso en este último caso, los riesgos pueden ser compartidos mediante dos tipos de garantías.

---

<sup>547</sup> En cuanto a los recursos destinados a la gestión de riesgos es interesante este artículo “¿Cuántos recursos dedicar a la gestión de riesgos?”, Recursos en Project Management

<sup>548</sup> Para profundizar en el PSC, véase “National Public Private Partnership Guidelines. Volume 4: Public Sector Comparator Guidance”, Department of Infrastructure and regional Development. Australian Government. February 2016. ISBN 978-1-925401-22-6

Por un lado, las garantías explícitas para un determinado proyecto a cargo de la Administración, como sería, por ejemplo, asegurar unos ingresos mínimos al concesionario si la demanda del mercado fuera insuficiente.

Y por otro, las garantías implícitas, que se dan siempre que el proyecto presente un interés público (interés presente en caso de obras y servicios que debe prestar la Administración), ya que si por el motivo que fuera el operador económico dejara de prestarlos, la Administración tendría que sustituirlo, con lo que el riesgo último de fallo de la operación recae sobre esta. Sería el caso de los servicios esenciales a la colectividad, competencia de una Administración<sup>549</sup>. Además, hay otros servicios, que aunque no deban ser obligatoriamente prestados por la Administración, la presión social es tal que la Administración competente se verá obligada a asegurar su continuidad y regularidad. Un buen ejemplo es cuando falla un servicio público de atención a las personas. Esta obligatoriedad última de la prestación representa una garantía para el operador económico que resulte adjudicatario, que tendrá un mayor poder de negociación.

Por otra parte, y como idea interesante y novedosa a introducir en los contratos y susceptible de valoración positiva dentro de un estudio de viabilidad, nos encontramos con la técnica del “*benefit sharing*”, que supone que, si el operador económico que realiza el proyecto y que ha obtenido un préstamo para financiarlo obtiene mejoras en las condiciones, debe compartir los beneficios con la Administración concedente.

Un ejemplo de ello es la Institución penitenciaria de Bolzano, explicada con detalle en el **CAPÍTULO IV: LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO**, en el epígrafe **3. El riesgo en la Directiva 2014/23/UE**, en el apartado **3.3. Riesgo de disponibilidad**, donde se comenzaba a puntuar al operador económico que compartiera el beneficio de la renegociación de sus condiciones de financiación con la Administración a partir de un porcentaje del 30%, aumentando la puntuación si se aumentaba el porcentaje.

---

<sup>549</sup> Véase art. 26 LRBRL.

Presentamos aquí un ejemplo muy rudimentario de matriz, donde n es el número final de alternativas a estudiar.

Alternativa	Características		
	Tecnológicas	Institucionales- organizativas	Financieras
A			
B			
C			
n			

Elaboración propia a partir de ejemplo en C. DOSI, L.GRECO, V. REBBA, G. SALMASO, F. PIGOZZO, "La Valutazione dei progetti d'investimento pubblici. Linee guide", Regione del Veneto. Giunta regionale. Quaderni del NUVV-1. Santa Croce, Venezia, pág. 41.

La matriz elaborada sobre estos tres parámetros permite, ya de partida, eliminar opciones que no sean viables desde un punto de vista legal. Es decir, teniendo en cuenta que una misma opción técnica podrá llevarse a cabo con diversas opciones de organización y financieras, habrá opciones que, objetivamente, no puedan ponerse en práctica. Un ejemplo claro es que, si la financiación es enteramente pública (característica financiera) no podrá acudir a la figura de la concesión (característica organizativa)<sup>550</sup>.

El tercer paso tras estas dos primeras fases previas y necesarias, es el análisis de viabilidad, que permitirá determinar si las alternativas restantes son materialmente realizables, financieramente sostenibles y a qué coste y en qué condiciones.

Un riesgo real que ya se ha materializado en diversas infraestructuras en España, es que su construcción y explotación se otorgue sin hacer un análisis de viabilidad económico-financiero (o con uno excesivamente optimista). Es un regalo envenenado para el que lo recibe, pero también para quien lo entrega, porque puede llevar a la quiebra del concesionario, que "deposita" la concesión en manos de la administración concedente, que deberá hacerse cargo de una inversión ruinosa<sup>551</sup>. En otras palabras, la justificación de las concesiones no debería ser tanto política, sino económica y técnica, basada en estudios de viabilidad precisos<sup>552</sup>.

<sup>550</sup> C. DOSI, L.GRECO, V. REBBA, G. SALMASO, F. PIGOZZO, "La Valutazione dei progetti d'investimento pubblici. Linee guide", Regione del Veneto. Giunta regionale. Quaderni del NUVV-1. Santa Croce, Venezia, págs. 40-45.

<sup>551</sup> Véase J.J. GANUZA FERNÁNDEZ, F. GÓMEZ AVILÉS-CASCO, "El reparto óptimo de riesgos en las relaciones público-privadas", Economía industrial nº 398, 2015, págs. 111-115. ISSN 0422-2784.

<sup>552</sup> J.M GIMENO FELIU, "Elefantes Blancos", Heraldo de Aragón. 21.07.2018

En este análisis de viabilidad, que se divide a su vez en dos etapas, habrá que estudiar variables económicas, técnicas y sociales, como la tasa de inflación, los tipos de interés de mercado, las innovaciones técnicas en los sectores de actuación, la estructura por edad de la población, etc.

En la primera etapa dentro de esta tercera fase, se estudia el *contexto en que las alternativas que han superado los dos pasos anteriores pueden hacerse efectivas*, para lo que hay que determinar sus puntos débiles y los riesgos asociados, basándose:

En primer lugar, en su viabilidad técnica y funcional.

En segundo lugar, y de especial interés en esta tesis, su sostenibilidad financiera, que desde un punto de vista operativo debe analizarse en tres vertientes. Por una parte la *sostenibilidad financiera total*, que nos indica si cada año, los flujos de caja derivados de los recursos del proyecto son positivos. Por otra, la *sostenibilidad financiera privada*, que es la capacidad de estos flujos de satisfacer los intereses de los sujetos privados potencialmente participantes, y de especial importancia en los negocios concesionales, porque en caso de que haya financiación privada se debe analizar también si el proyecto puede pagar la deuda contraída. Y por último, la *sostenibilidad financiera social*, que corrige a la total añadiendo los flujos derivados de las transferencias fiscales netas.

La sostenibilidad financiera depende de que los ingresos por la gestión, una vez restados los costes de la misma, garanticen un margen operativo suficiente para pagar las inversiones hechas. Es lo que se conoce como *Flujos de Caja*, que se componen, en el caso de un proyecto de inversión, por un lado, de los pagos de intereses y devoluciones de capital del préstamo asociado al mismo, así como otros costes directos o indirectos, y por otro, de los beneficios que se esperan de su explotación.

Si el operador económico se apoya en créditos para financiar la operación, es preciso asegurarse que, aunque la operación en su conjunto sea viable, no haya periodos de falta de liquidez que la hagan peligrar.

Es decir, un proyecto de estas características tendrá seguro un capital que ha de ser remunerado y, muy probablemente, un préstamo asociado que deberá ser devuelto<sup>553</sup>. Se hace necesario conocer los Flujos de Caja que el proyecto generará y fijar en consecuencia, unos niveles de cobertura de la deuda, teniendo en cuenta que si el Flujo de Caja acumulado, que es

---

<sup>553</sup> M. RICCHI, "L'Architettura dei Contratti di Concessione e di Partenariato Pubblico Privato nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici d.lgs. 50/2016", Rivista giuridica del Mezzogiorno, Il Mulino nº 3, 2016, págs. 5-7.

a su vez el sumatorio total de los Flujos de Caja anuales, fuera negativo, el proyecto no será realizable en esas condiciones.

Para hacer el análisis de la *sostenibilidad financiera total* es necesario calcular el Valor Actual Neto (VAN) y la Tasa Interna de Retorno (TIR).

El *Valor Actual Neto (VAN)*, conocido también como *Valor Neto Actual (VNA)* o *Valor Presente Neto (VPN)*, es la actualización al momento presente de los Flujos de Caja anuales generados por el proyecto, ponderados mediante un factor de descuento, que suele hacer referencia a algún tipo de interés. Sirve como criterio de inversión, ya que si el VAN es mayor que 0, la inversión generará beneficios; si es igual a 0, no generará ni beneficios, ni pérdidas y si es menor que 0 es preciso rechazar la propuesta porque generará pérdidas. También sirve como elemento de comparación, porque si el VAN es superior a 0 en varias alternativas, habrá que elegir aquella con mayor VAN.

$$\mathbf{VAN = FC_0 + FC_1/(1+i) + FC_2/(1+i)^2 + \dots + FC_n/(1+i)^n}$$

Este valor se calcula mediante esta fórmula aquí descrita, siendo *FC* los Flujos de Caja anuales; *i* el tipo de interés o tasa utilizado como el factor de descuento y *n* el número de periodos.

La Tasa Interna de Retorno (TIR), por su parte, es el factor de descuento *i* que iguala el VAN a 0. Ayuda a elegir entre proyectos de la siguiente manera: Una vez elegido un factor de descuento para calcular el VAN anterior al que llamaremos *i'* (un buen factor podría ser el interés que se podía obtener por una inversión de esa cuantía en un banco), una TIR superior indica que la tasa de rendimiento interno es superior a la tasa mínima de rentabilidad exigida a la inversión, con lo que el proyecto está generando beneficios. Si el TIR es igual a *i'* no habrá ni beneficios ni pérdidas, mientras que si es inferior, la inversión se ha de rechazar, porque no alcanza la rentabilidad mínima exigida.

$$\mathbf{TIR (i') = 0}$$

En cuanto a la *sostenibilidad financiera privada* de la opción, ésta viene dada por diversos indicadores, teniendo en cuenta en cualquier caso que los Flujos de Caja deberán ser superiores a las cuotas de devolución de posibles créditos y ayudas financieras<sup>554</sup>.

En primer lugar, el *Ratio de Cobertura del Servicio de la Deuda (RCSD o DEBT-SERVICE COVER RATIO)*. Es un indicador de solvencia, porque determina si se dispone de liquidez suficiente en caja para afrontar el pago tanto de los intereses como de la devolución de la deuda. Si en cualquier periodo, el resultado de dividir el Flujo de Caja entre los pagos por intereses y

---

<sup>554</sup> Tema 9 project finance - Caminos – UPM. Esquema de la universidad Politécnica de Madrid.



amortización de la deuda fuera inferior a uno, el proyecto no será viable porque no se puede garantizar una liquidez mínima para remunerar la financiación externa durante todo el plazo de desarrollo del proyecto.

En segundo lugar, el *Ratio de Cobertura de la Vida del Préstamo (RCVP o Loan Life Cover Ratio)* que se utiliza para estimar la capacidad de pagar un préstamo pendiente. Se calcula dividiendo el *Valor Actual Neto (VAN)* de los fondos disponibles para el pago de la deuda por la cantidad de la deuda principal adeudado por la empresa (que en este caso es el concesionario de la infraestructura o del servicio). Si es inferior a uno, indica que hay un desequilibrio entre el valor del proyecto y los recursos privados utilizados para financiarlo.

Una vez hecho el análisis de la sostenibilidad financiera, estudiaremos la **sostenibilidad ambiental y social**, en la que se deben identificar los efectos que tendrá el proyecto respecto al medioambiente y respecto a los potenciales interesados.

En cuanto a estos últimos, es clave detectar e identificar quiénes son los beneficiarios o perjudicados de cada alternativa, porque en base a ello se puede analizar el impacto de la gestión y cuáles serán los costes y beneficios potenciales. Es la demanda potencial la que dimensionará el alcance de la intervención. Es más, en el caso de concesiones “calientes” es esta demanda la que determinará en gran medida los flujos de ingresos y gastos, porque de ella se deduce la predisposición a pagar por las infraestructuras y servicios por sus destinatarios últimos. Sin olvidar que, una vez identificados, se detectan también las potenciales resistencias a la actuación, lo que se traduce en la mitigación del riesgo de conflicto político.

En esta tercera fase, se deberá también dedicar un apartado *análisis de sostenibilidad administrativa y organizativa* y supone poner en relación los recursos de los que dispondrá la Administración a lo largo de todo el ciclo de vida de proyecto y las distintas fases del proyecto que deberá gestionar.

Llevar a cabo un proyecto, comporta unas necesidades en términos de recursos humanos y capacidad profesional, que si no se dan, supondrán costes añadidos y más riesgos de que el proyecto fracase. Un desequilibrio entre capacidades de la administración y la necesidad que debe ser satisfecha de una determinada manera en una de las alternativas, debe llevar a revisar las otras como alternativas más viables.

En resumen, por cada por cada proyecto será preciso elaborar una estructura de los costes a lo largo del plazo de ejecución, entre los que identificaremos la inversión total (bienes inmuebles y muebles, planificación y diseño, etc...), los costes de gestión (operativa, económica y financiera) y los costes no monetarios; así como una estructura financiera y fiscal correlativa, pues tras determinar los costes es necesario identificar las fuentes de financiación.

Por último, se analizará la compatibilidad del proyecto con el marco normativo.

La última fase del estudio de viabilidad es el **análisis de conveniencia**, que determina si la potencial inversión está justificada en términos de las prestaciones que se obtendrán. Así se obtendrá una escala graduada de alternativas, no sólo en términos de viabilidad sino también de utilidad social, ya que una alternativa viable y sostenible no tiene porque ser, necesariamente, oportuna y conveniente.

Cuando la infraestructura o el servicio se van a prestar con participación del sector privado se debe analizar, en primer lugar, si la colaboración y la iniciativa privada son convenientes en términos de costes, porque aseguren un ahorro efectivo y beneficios potenciales respecto a las alternativas donde sólo hay capital público. De ahí que se deba determinar el coste financiero de la alternativa enteramente pública, para poder compararla con la participada por capital privado.

Es lo que se conoce como el “*Value For Money*” (VFM) del negocio concesional, que valora la reducción de costes, la más eficiente utilización de los recursos financieros y la mejor repartición de los riesgos si el proyecto se gestiona por el sector privado<sup>555</sup>. En otras palabras, representa el ahorro financiero que obtendrá el ente público si opta por la gestión indirecta. Obviamente, si este valor fuera negativo, esta alternativa no será la adecuada.

EL VFM se maximiza si se asignan correctamente los riesgos a quien está más preparado para gestionarlos. El motivo es que la prima de riesgo será menor (quien está dispuesto a soportar un riesgo es porque no considera que el coste de soportarlo sea tan elevado, con lo cual la repercusión en el coste total de la operación será menor).

En otras palabras, que el riesgo lo asuma quien está preparado para ello implica una gestión eficiente de los riesgos, que redundará en beneficio del proyecto: “*Value For Money*”.

Elementos que lo integran son, además de la asignación eficiente de los riesgos, el coste total (nos referimos con esto a los costes del ciclo de vida completo de la infraestructura o servicio), potenciales innovaciones, la posibilidad de utilizar la infraestructura o servicio en más proyectos, lo que aumenta sinergias y mejora la utilización de los recursos públicos, entre otros.

Un instrumento adecuado para hallar el “*Value For Money*” es el *Comparador del Sector Público (CSP o Public Sector Comparator)* que representa los flujos financieros actualizados

---

<sup>555</sup> J.M. GIMENO FELIU, “La contratación pública como estrategia: el fomento de la innovación”, Revista *Ius Publicum* nº 1, 2018, págs. 10-11. J.M GIMENO FELIÚ, J.A. MORENO MOLINA, “Propuesta de modificaciones y mejoras al Anteproyecto de Ley de Uso estratégico de la contratación pública de Aragón”. ObCP 23.04.2018 S. ARROWSMITH, J. LINARELLI, D. WALLACE, *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, Kluwer Law International, The Hague (Netherlands), 2000, págs. 28 a 30.

frente a los flujos de caja que generará la alternativa exclusivamente pública y que depende de tres componentes<sup>556</sup>:

1. El *Comparador del Sector Público base* (PSCb en sus siglas en inglés), que se obtiene sumando los flujos de los valores esperados de las inversiones totales y la diferencia entre los costes y los ingresos de gestión<sup>557</sup>. Es vital tener en cuenta que entre los costes a considerar se encuentra el coste de oportunidad que supone destinar los recursos públicos a este proyecto y no a otros, así como los costes de operar y mantener la infraestructura y el servicio durante todo el plazo de explotación, bajo los estándares de calidad que se le impondrían a una empresa adjudicataria<sup>558</sup>.
2. El *Valor del Riesgo Transferido* (VRT), que dependerá del clausulado concreto de la CPP.
3. El *Valor del Riesgo No Transferido* (VRNT), que se conecta con las garantías explícitas e implícitas ya explicadas y que supone que es la Administración concedente la que se hace cargo de determinados riesgos.

$$\mathbf{CSP = CbSP + VRT + VRNT}$$

Este CSP se expresa en coste neto actual de todos los flujos de caja que generará el proyecto y pretende ser un indicador de la forma más eficiente de prestación del servicio por la Administración competente<sup>559</sup>. En cualquier caso, debe ser realista. No obstante hay que tener en cuenta que la necesidad de estimar todos estos flujos de caja y actualizarlos al momento presente es una importante limitación de este parámetro.

En la elaboración del CSP hay que tener en cuenta la complejidad del proyecto. No es lo mismo construir y gestionar un parking subterráneo, que un hospital o una autopista.

---

<sup>556</sup> C. DOSI, L.GRECO, V. REBBA, G. SALMASO, F. PIGOZZO, “La Valutazione dei progetti d’investimento pubblici. Linee guide”, Regione del Veneto. Giunta regionale. Quaderni del NUVV-1. Santa Croce, Venezia, págs. 70-75.

<sup>557</sup> El Tribunal de Cuentas Europeo en su Informe Especial nº9/2018, afirma la importancia del PSC en la CPP: “Dado que los socios privados suelen asumir mayores costes financieros y requieren una remuneración elevada por su capital de riesgo, tienden a minimizar los costes de mantenimiento a largo plazo mejorando la calidad de la construcción, lo que también implica unos costes de construcción más elevados. Como consecuencia, el ahorro en los costes de mantenimiento debe ser suficiente para compensar los elevados costes de construcción y costes financieros. Por consiguiente, es importante que los comparadores del sector público evalúen en qué medida pueden lograrse reservas a largo plazo y si una APP es la opción correcta para una infraestructura determinada”. “Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados”, Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo nº9, 2018, pág. 41.

<sup>558</sup> H.KERALI. *Public Sector Comparator for Highway PPP Projects*. The World Bank

<sup>559</sup> Para profundizar en el cálculo del Comparador del Sector Público, véase “National Public Private Partnership Guidelines. Volume 4: Public Sector Comparator Guidance”, Department of Infrastructure and regional Development. Australian Government. February 2016. ISBN 978-1-925401-22-6

Consecuentemente, el cálculo del CSP aumentará en complejidad, y será necesario recabar más datos. Esto tiene una lectura *a contrario sensu*: no es necesario destinar gran cantidad de recursos y tiempos a elaborar un CSP muy sofisticado en el caso de proyectos más simples. Como en todos los pasos previos a la licitación, se deberá tener muy presente el principio de coste-eficiencia.

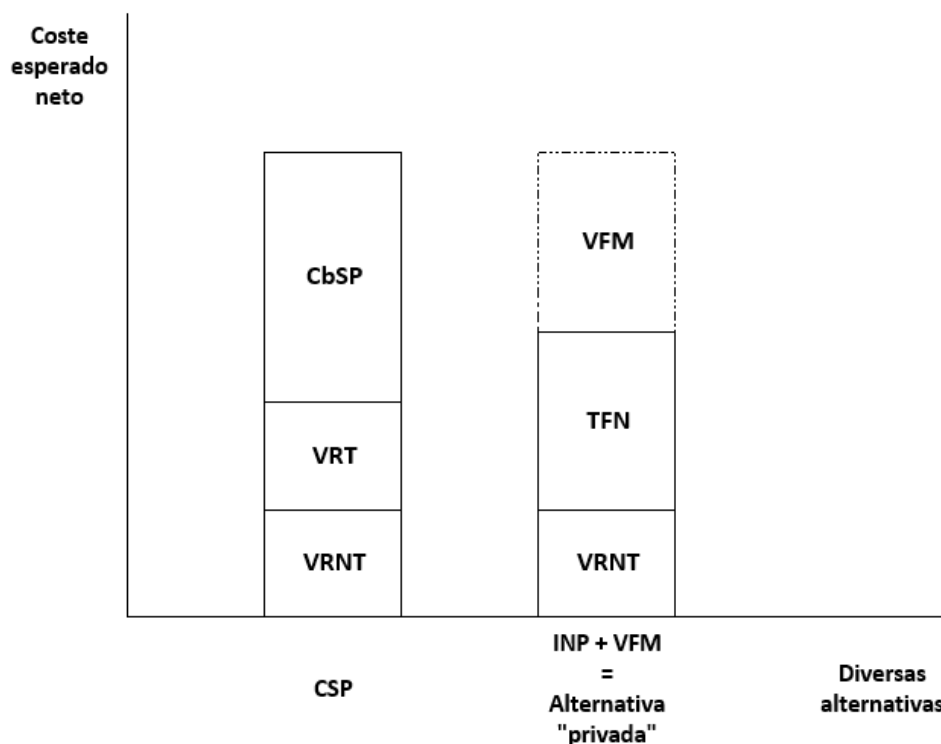
Por otra parte, la alternativa con participación privada también será cuantificada a través del *Importe Neto del Proyecto* (INP), resultado de sumar el *Valor del Riesgo No Transferido* (VRNT) y las *Transferencias Fiscales Netas* (TFN).

$$\mathbf{INP = VRNT + TFN}$$

La diferencia entre estos dos valores nos dará como resultado el VFM de la alternativa en colaboración público privada.

$$\mathbf{VFM = CSP - INP = CbSP + VRT + VRNT - VRNT - TFN = CbSP + VRT - TFN}$$

Como vemos, el VFM no depende del componente del riesgo no transferido, sino que su valor aumenta cuanto mayor es el valor de riesgo transferido y disminuye cuanto mayores son las transferencias fiscales netas (lo que resulta lógico, al ser pagos que la Administración concedente se compromete a hacer al operador económico adjudicatario de la CPP). Aquí lo podemos apreciar gráficamente.



Gráfica de elaboración propia a partir de C. DOSI, L.GRECO, V. REBBA, G. SALMASO, F. PIGOZZO, "La Valutazione dei progetti d'investimento pubblici. Linee guide", Regione del Veneto. Giunta regionale. Quaderni del NUVV-1. Santa Croce, Venezia, pág. 73.

De ahí que la determinación de los riesgos, su valoración y su correcta asignación sean claves, no ya sólo en la fase de ejecución de la concesión, por los potenciales problemas de ejecución deficiente y responsabilidades del operador económico y de la Administración a que puede dar lugar; sino incluso en el momento de optar por esta forma de gestión, ya que una sobreestimación del Valor de los Riesgos Transferidos llevará al aumento injustificado del VFM y a una mejor puntuación de la alternativa en gestión indirecta.

El problema no es tanto identificar los tipos de riesgos a que se enfrentará el proyecto, sino el cómo valorarlos y el cómo relacionar correctamente los sujetos implicados con los riesgos que deberán asumir.

En este sentido diferenciamos entre riesgos “garantizados”/“asegurados”, que son aquellos que entrarían en el ámbito de una póliza de seguros y consecuentemente se pueden introducir como costes dentro de los flujos financieros en forma de primas de seguro porque tienen un valor económico cierto; y los no “garantizados”/ no “asegurados”.

En esta última categoría nos encontramos por una parte, con los riesgos “críticos”, que deben identificarse en función de la información pasada e incluirse en los costes en función de la probabilidad de que sucedan. Por otra parte, tenemos los riesgos “menores”, que son aquellos derivados de costes imprevistos.

De todas maneras, a excepción de los riesgos claramente contabilizados, la valoración de la prima del riesgo es muy subjetiva, ya que depende del redactor del proyecto, que se basa en la cantidad hipotética adicional que los usuarios y la Administración estarían dispuestos a pagar porque el concesionario asumiera ese riesgo en la prestación del servicio.

Es aquí donde entran los conceptos de aversión, neutralidad y propensión al riesgo<sup>560</sup>.

Según la definición del *Economista*, la aversión al riesgo es *“la actitud de rechazo que experimenta un inversor ante el riesgo financiero, en concreto ante la posibilidad de sufrir pérdidas en el valor de sus activos. El grado de aversión al riesgo determina el perfil del inversor (conservador, medio, arriesgado) y debe ser el punto de partida para elegir un producto de inversión. Por ejemplo, una persona con elevada aversión al riesgo (perfil conservador) tenderá a elegir productos con rendimientos esperados menores, pero más estables. Por el contrario, un inversor arriesgado estará más dispuesto a sufrir eventuales pérdidas a cambio de la posibilidad de obtener beneficios superiores”*<sup>561</sup>.

---

<sup>560</sup> Véase C.L. APARICIO ROQUEIRO, “La aversión al riesgo en el mercado español de renta variable y sus determinantes”, Comisión Nacional del mercado de Valores. Dirección de Estudios y Estadística. Monografías nº 9. Julio 2005. ISBN 84-87870-47-3.

<sup>561</sup> <https://www.economista.es/diccionario-de-economia/aversion-al-riesgo> (consultado el 18.09.2018)

Téngase en cuenta que por norma general, la Administración es muy adversa al riesgo lo que probablemente hará que determine una prima de riesgo más elevada que aquella que el concesionario estaría dispuesto a aceptar. Esta es una de las consecuencias del problema de agente-principal explicado en el **CAPÍTULO V: LA DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO.**

Por su parte, una persona neutra al riesgo es aquella que, al ser indiferente al riesgo, elige la opción de mayor rentabilidad esperada. El sector privado suele ser más neutro al riesgo que el público.

Finalmente, los propensos al riesgo pueden elegir opciones en las que, en caso de escenario positivo, los beneficios de la inversión sean muy elevados; pero, a sensu contrario, en un escenario negativo, las pérdidas sean catastróficas, y esto último con un alto porcentaje de probabilidad.

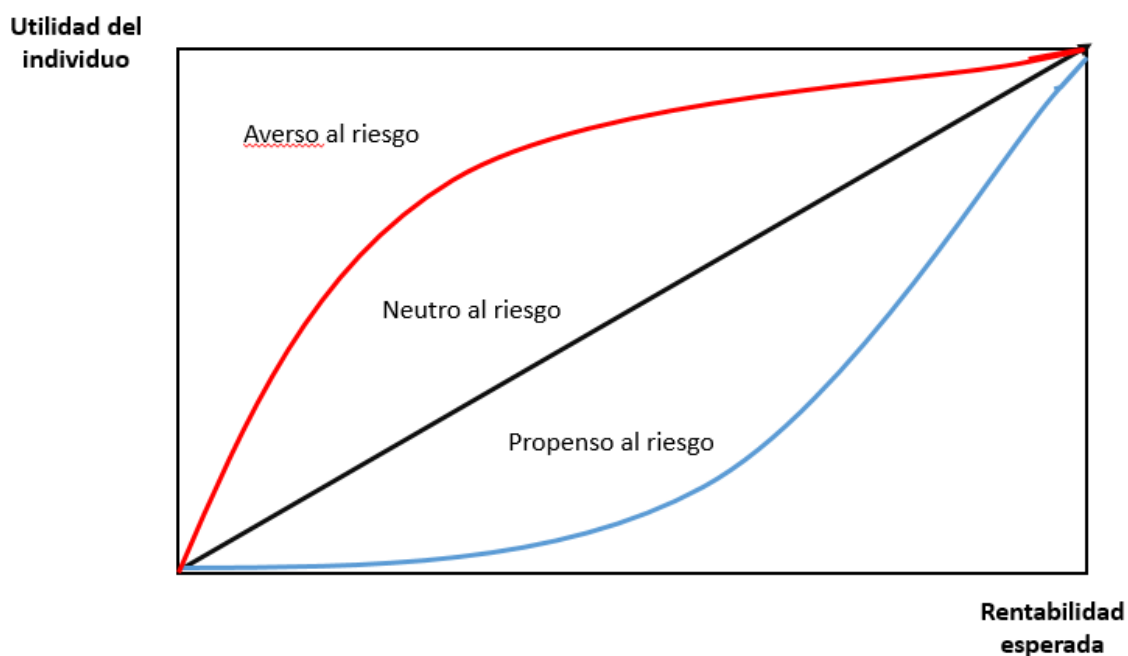


Gráfico de elaboración propia en el que se aprecia la función de utilidad de un individuo averso, neutro y propenso al riesgo respectivamente

En segundo lugar, dentro del análisis de conveniencia se se debe analizar, si de la alternativa con iniciativa privada derivan mejores resultados en términos de coste-beneficio social. Es decir, si desde el punto de vista del interés público la alternativa resulta más beneficiosa o no.

Este análisis coste-beneficio parte del *Flujo de Caja Social (FCS)*, que es la diferencia entre el *Flujo de Caja Financiero anual* y las *Transferencias Fiscales Netas*, que en este caso son pagos

que la Administración concedente se compromete a hacer al operador económico adjudicatario de la CPP<sup>562</sup>.

Teniendo en cuenta que nuestra hipótesis de partida, es que la transferencia de riesgos debe ser lo suficientemente elevada como para que el riesgo operacional quede en manos del concesionario, y que un indicador claro es la remuneración a través de la explotación, las TFN se podrían referir al posible pago de un precio (junto a la remuneración por explotación) que la propia Directiva admite. Aparecen con signo negativo, porque aunque redunden en beneficio del proyecto en cuestión, son unos recursos que la Administración no puede dedicar a otros proyectos, siendo, finalmente, costes para el conjunto de la sociedad. De ahí que se deban incluir en la ecuación para determinar el valor y el rendimiento financiero del proyecto para la colectividad<sup>563</sup>.

Así, la utilidad social de cada una de las alternativas se obtendrá finalmente de dos indicadores:

El *Valor Actual Neto Social y Económico* (VANSE), que es la suma de los flujos de recursos económicos, que se obtienen de añadir al Flujo de Caja Social arriba descrito los beneficios no monetarios directos e indirectos y restarle los costes no monetarios directos e indirectos, ponderados mediante un factor social de descuento.

$$\text{VANSE} = \text{FCS}'_0 + \text{FCS}'_1/(1+s) + \text{FCS}'_2/(1+s)^2 + \dots + \text{FCS}'_n/(1+s)^n$$

Siendo *FCS'* los Flujos de Caja Social que incluyen beneficios y costes no monetarios directo e indirectos (y que es el equivalente de los Flujos de Caja anuales del VAN que hemos explicado a la hora de referirnos a las *sostenibilidad financiera total*); *s* el factor social de descuento (y que en la *sostenibilidad financiera total* se define como *i* o tipo de interés o tasa utilizada como el factor de descuento) y *n* el número de periodos. Como vemos, la fórmula es

---

<sup>562</sup> Las transferencias son pagos del Sector Público a las familias o al Sector Privado sin contraprestación alguna.

<sup>563</sup> Si los valores económicos no son el indicador ideal de las repercusiones sociales de un proyecto y únicamente en casos debidamente necesarios por su complejidad y discrecionalidad, se utiliza el análisis coste-eficacia donde, a pesar de todo, se pueden hacer dos tipos de valoraciones económicas:

Por un lado el análisis de costes, que identifica las diferencias entre hacerlo uno mismo y comprarlo ya hecho.

Y por otro el análisis de minimización de costes que sólo puede llevarse a cabo entre alternativas cuya idéntica eficacia haya sido probada.

Sobre el análisis coste-eficacia se debería llevar también a cabo un análisis incremental, para saber cómo aumentan los beneficios si aumentan los costes y recursos destinados al proyecto.

En cualquiera de estos dos análisis se elegirá aquel con menor coste social, teniendo en cuenta que no tiene porqué ser necesariamente el proyecto menos costoso en términos económicos, sino que la elección puede recaer sobre el más eficiente. El análisis coste-eficacia se da especialmente en el sector sanitario.

muy similar a la del cálculo del Valor Actual Neto (VAN) del proyecto, sólo que  $FCS'$  se sustituye por los Flujos de Caja (FC) anuales del proyecto y la  $s$  se sustituye por una tasa de interés  $i$ .

La *Tasa Interna de Rendimiento Social y Económico* (TIRSE), que es el factor social de descuento  $s$  que iguala el VANSE a cero. Una vez se determina la  $s$ , un TIRSE inferior a este valor indica un bajo rendimiento económico del proyecto.

$$\text{VANSE}(s^*) = 0$$

El problema, es que determinar el factor social de descuento no es tarea fácil, ya que si es muy elevado, hace que los proyectos sean interesantes a corto plazo, mientras que si es baja, obtendrán mayor puntuación aquellos proyectos con un horizonte temporal largo. Para evitar la arbitrariedad de quien deba valorar los proyectos en la determinación del factor social de descuento, disponemos de varias posibilidades, como por ejemplo, el tipo de interés de mercado, un porcentaje fijo o variable sobre el índice de crecimiento de la economía, o una media plurianual del tipo de interés de los bonos del Estado a medio y largo plazo.

En resumen, el estudio de viabilidad se debe estructurar en cuatro fases que exponemos a continuación:

### **Fases en la elaboración de un estudio de viabilidad:**

- 1. Identificación de las políticas, estrategias y marco normativo en que se encuadra la idea-proyecto.**
- 2. Descripción de las diversas alternativas y posterior construcción de una matriz que agrupe las alternativas seleccionadas en función de sus características tecnológicas, institucionales-organizativas y financieras.**
- 3. Análisis de viabilidad**
  - 3.1. Viabilidad técnica y funcional
  - 3.2. Sostenibilidad financiera
    - 3.2.1. Sostenibilidad financiera *total*
    - 3.2.2. Sostenibilidad financiera *social*
    - 3.2.3. Sostenibilidad financiera *privada*
  - 3.3. Sostenibilidad administrativa y organizativa
  - 3.4. Compatibilidad del proyecto con el marco normativo
- 4. Análisis de conveniencia que determina si la potencial inversión está justificada en términos de las prestaciones que se obtendrán**



Obviamente, no es un íter obligatorio a seguir por cualquier administración que se esté planteando llevar a cabo una concesión o un negocio en colaboración con el sector privado, pero sí que es altamente recomendable analizar al menos tres alternativas diferentes y considerar la posibilidad, al menos sobre el papel, de no llevar a cabo la inversión. Con esto nos referimos a valorar la *alternativa cero*, es decir, los pros y contras de no realizar la inversión en cuestión.

En esta consideración se ha de tener en cuenta que los contratos concesionales se basan en financiación privada, que es más costosa que la pública. Coste que se transmitirá de forma directa a la ciudadanía (si es el usuario quien paga a través de tarifa) o de forma indirecta (si paga la Administración a través de canon, porque son recursos que no se podrán destinar a satisfacer otras necesidades públicas). Estos costes adicionales se ven justificados en el conocimiento y experiencia necesarios para ejecutar el contrato en todas sus fases, que tiene el concesionario y de los que puede carecer la Administración<sup>564</sup>.

Por supuesto, en la elaboración del estudio se deberá tener muy en cuenta la relación coste-eficiencia de los datos obtenidos. Es decir, mucha información incomprensible no aporta nada. La información así recabada, debe ser pertinente, oportuna y comprensible, ya que debe ayudar al gestor a tomar una decisión de fondo y no ser un mero trámite formal.

Además, como ya hemos adelantado, es preferible estudiar menos proyectos, pero con la profundidad suficiente, a hacer un mero repaso de una ingente cantidad de propuestas. Esto último, suele ser indicador de que ya se tenía un proyecto elegido y que la decisión de inversión ya estaba tomada y, consecuentemente, el estudio de viabilidad y los correspondientes análisis son el mero trámite formal, al que nos referíamos en el apartado anterior.

A nuestro juicio, estos cuatro pasos básicos, que pueden aumentar en complejidad en función del proyecto a realizar, son vitales para asegurar la utilización eficiente (que no eficaz) de los recursos públicos, y que es un derecho de los ciudadanos a tenor del artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Humanos, que recoge el derecho a una buena administración.

Si la Administración lleva a cabo una utilización eficaz de los recursos, porque alcanza el objetivo deseado, pero no eficiente, porque llega a este fin destinando un exceso de bienes materiales y personales que podían haberse dedicado a satisfacer otros fines de público interés, el buen fin del contrato se alcanza sólo en parte. Y si el motivo es un estudio de viabilidad incompleto o incluso inexistente, teniendo en cuenta que es una (pre) fase de la contratación relativamente poco costosa en comparación con el resto, es necesario tomar medidas al respecto.

---

<sup>564</sup> Al respecto véase E. IOSSA, D. MARTIMORT, "Risk Allocation and the Costs and Benefits of Public-Private Partnerships", *The RAND Journal of Economics*, vol. 43, nº 3, 2012, págs. 442-474.

### 3. Organización: Gobernanza del Riesgo

A la manera de la Gobernanza del Riesgo que están desarrollando en actualidad las empresas, las Administraciones Públicas como compradores que participan en el tráfico jurídico, deberían contar con una “Gobernanza del Riesgo” propia, que no sea una función independiente y autónoma de gestión del riesgo, sino inherente a todas las funciones de la organización, para planificar en consecuencia, en un entorno muy cambiante<sup>565</sup>. Sobre todo teniendo en cuenta que los contratos son cada vez más complejos, especialmente en el ámbito de las concesiones. Los Poderes Adjudicadores orientados a la gestión del riesgo coordinarán tres niveles de gestión del riesgo:

1. *Gobernanza del riesgo*, que se refiere a la toma de decisiones estratégicas y a la supervisión del riesgo<sup>566</sup>. Sería el nivel encargado de identificar los riesgos que potencialmente amenacen a la concesión. En el caso de las concesiones, estos riesgos deberán identificarse en el estudio de viabilidad previo a la licitación y adjudicación de la concesión.
2. *Infraestructura y gestión del riesgo*, que incluye el diseño, implementación y mantenimiento de un programa efectivo de gestión del riesgo. Es el nivel que crea el proceso de gestión y comunicación de riesgos. Una vez hecho el estudio de viabilidad, la Administración concedente y titular del servicio público, otorgado en concesión, deberá establecer un sistema de detección y comunicación temprana de los riesgos. Lo más adecuado, sería que este sistema estuviera desarrollado y en funcionamiento antes incluso de la preparación de los documentos de licitación, porque así estos se beneficiarían de un mayor conocimiento por parte de la Administración, que podría exigir un sistema similar en el concesionario. Son aquí muy útiles los sistemas BIM, que permiten recibir información de manera automática y en tiempo real y que estudiaremos en este mismo capítulo dentro del epígrafe 5. Proceso de gestión de riesgos.
3. *Titularidad del riesgo*, que incluye la identificación, medida, monitorización y comunicación de riesgos específicos. Esta sección es la que ejecuta las directrices de la primera, y en la que se encuentran los responsables de cada riesgo específico<sup>567</sup>. En el

---

<sup>565</sup> En cuanto a la gobernanza véase J.M. GIMENO FELIÚ, “Liderazgo y gestión de los contratos públicos en la Colaboración Público-Privada: hacia la buena Gobernanza”, Asesoría Jurídica para la Cámara Comercio de Barcelona a requerimiento OTRI. Julio 2018.

<sup>566</sup> Véase M. CROUHY, D. GALAI, R. MARK, *The Essentials of Risk Management*, McGraw-Hill 14.12.2005. ISBN: 0071429662. En particular el capítulo 4. *Corporate Governance and Risk Management*.

<sup>567</sup> *Creating a Risk, Intelligent infrastructure. Getting Risk Intelligence done*. Deloitte. Copyright © 2014 Deloitte Development LLC.

caso de una concesión, esta fase la encontramos *antes* de la adjudicación, cuando se decide quién es el “*propietario*” de cada riesgo en función de quién está mejor preparado para asumirlo: el concesionario o el Poder Adjudicador; y *después* de la adjudicación, ya que los riesgos asumidos por la Administración deberían asignarse a un titular en concreto, que será el encargado de monitorizarlos y dar la señal de alarma, en caso de que aprecie que se dará la contingencia.

Para “titularizar” cada riesgo es muy útil elaborar una matriz de riesgos como la que se propone a continuación, exclusivamente a modo de ejemplo porque, como veremos en el próximo epígrafe **4. Tipos de riesgos**, estos se pueden clasificar de diferentes maneras y con mayor o menor exhaustividad<sup>568</sup>:

Riesgos		Administración concedente	Concesionario	Compartidos
Generales	De evolución normativa			
	Inestabilidad financiera			
	Conflicto político			
Operativos	De mercado			
	Tecnológico			
	De gestión			
	De impago			
	Incumplimiento contractual			

Gráfico elaborado a partir de C. DOSI, L. GRECO, V. REBBA, G. SALMASO, F. PIGOZZO, “La Valutazione dei progetti d’investimento pubblici. Linee guide”, Regione del Veneto. Giunta regionale. Quaderni del NUVV-1. Santa Croce, Venezia, pág. 53

En este sentido es muy esclarecedor el reparto de riesgos que se hace en los contratos de concesión de obra pública para la redacción de proyectos, construcción y explotación de las estaciones depuradoras de aguas residuales (EDAR), recogidos en el Plan Especial de Depuración de Aguas Residuales de Aragón, con una matriz de riesgos diferente, ya que obviamente ésta se ha de adaptar a las circunstancias del caso concreto<sup>569</sup>:

<sup>568</sup> C. DOSI, L. GRECO, V. REBBA, G. SALMASO, F. PIGOZZO, “La Valutazione dei progetti d’investimento pubblici. Linee guide”, Regione del Veneto. Giunta regionale. Quaderni del NUVV-1. Santa Croce, Venezia, págs. 51-56. A modo de introducción a las matrices de riesgo, véase este artículo *Cómo usar la matriz de evaluación de riesgos*. Recursos en Project Management. En cuanto a la elaboración de una matriz de riesgos institucional, véase I. OCHSENIUS ROBINSON, *Mecanismos de control, mejora y calidad en la contratación pública*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Marzo 2019, págs. 286-287. ISBN: 978-84-7052-485-1

<sup>569</sup> Informe 24/2013, de 25 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón: *Restablecimiento del equilibrio económico en contratos de concesión de obra pública*.

RIESGO	ASIGNACIÓN	
Fase de construcción	Concesionario	Gobierno Aragón de
1. Riesgo de aportación de terrenos.		✓
2. Riesgo financiación de la construcción	✓	
3. Riesgos técnicos en la ejecución de la construcción.	✓	
4. Riesgo de mediciones o errores de redacción de proyectos constructivos.	✓	
5. Riesgo de costes de construcción de la obra.	✓	
6. Riesgo medioambiental.	✓	
7. Retrasos e incumplimientos por concesionario.	✓	
8. Fuerza mayor.		✓
9. Modificaciones construcción por Administración interés público.		✓
10. Retrasos e incumplimientos por Administración		✓
Fase de explotación	Concesionario	Gobierno Aragón de
1. Riesgo de demanda.	✓	
2. Riesgo de disponibilidad.	✓	
3. Riesgos de sobrecostes de explotación.	✓	
4. Riesgos de sobrecostes de inversión de reposición.	✓	
5. Riesgos de incumplimientos de parámetros de vertido.	✓	
6. Riesgos de mantenimiento y conservación de obras ejecutadas.	✓	
7. Incumplimientos por concesionario.	✓	
9. Fuerza mayor.		✓
10. Modificaciones explotación por Administración interés público.		✓
11. Incumplimientos por Administración		✓

Informe 24/2013, de 25 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón: *Restablecimiento del equilibrio económico en contratos de concesión de obra pública*

Todos los riesgos se deben gestionar en los tres niveles, según las capacidades y responsabilidades de cada nivel, ya que, aunque la dirección venga del primer o segundo nivel, la identificación, seguimiento y posterior reacción corresponde al tercero. Por ello, es necesario tener una estructura que aglutine todos los esfuerzos individuales de gestión del riesgo. De esta manera se evitarán lagunas y duplicaciones, por no mencionar el riesgo de falta de visión de

conjunto. La idea es que esta estructura de gestión de riesgo sincronice, racionalice y armonice los esfuerzos de toda la organización. Esto facilita aplicar políticas estratégicas, manteniendo los riesgos en un nivel aceptable, ya que cada sección se hace cargo de los riesgos que le afectan, sin olvidar las interrelaciones con los de otros departamentos<sup>570</sup>.

Así, todos los miembros de la organización seguirán las mismas pautas para alcanzar los objetivos de la organización, porque conocen el máximo riesgo asumible por ésta, a fin de perseguir éstos y nuevos y más ambiciosos objetivos, entre los cuales tiene una especial importancia, el objetivo de innovación propugnado por el documento de la Comisión Europea “Horizonte 2020”<sup>571</sup>.

De esta manera se crea también un pensamiento crítico sobre el riesgo asumible en todos los niveles de toma de decisiones, se articulan canales de comunicación desde los niveles más bajos a los más altos y viceversa, así como transversales, que ayudan a identificar y gestionar los riesgos más rápidamente, en el nivel adecuado de la organización. En estos canales de comunicación, la Administración concedente debería incluir un canal de comunicación con el concesionario, para mitigar los riesgos que puedan poner en peligro la concesión en su conjunto. Así, la resolución de la concesión y el mecanismo de la RPA se convertirán en la *ultima ratio*, el remedio cuando todo el sistema ha fallado.

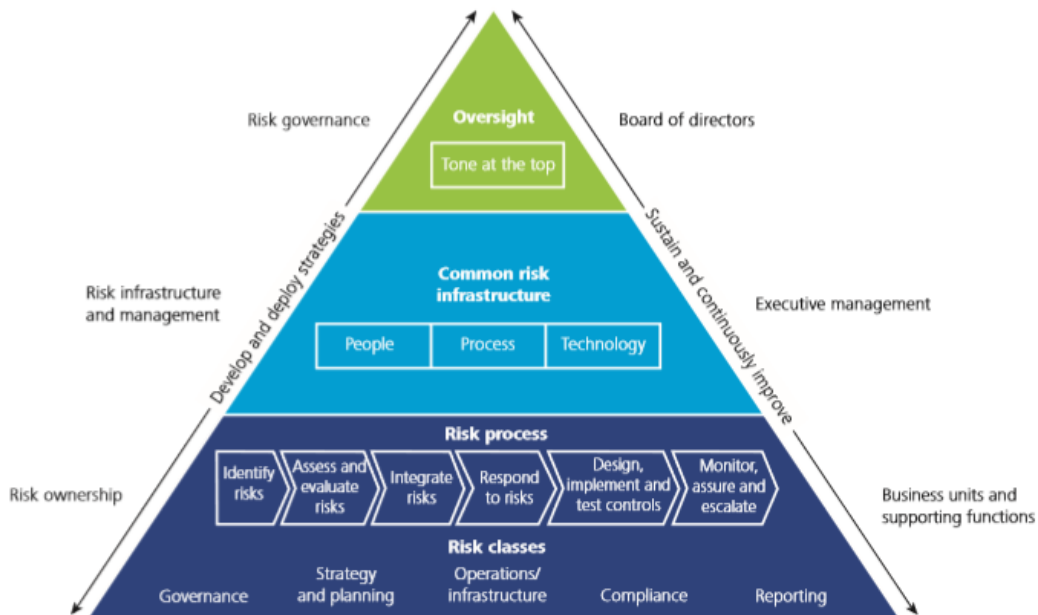
La jerarquía tradicional de transmisión de información, menos operativa (pero más controlable) y más aislada por secciones o áreas de trabajo, concentrada en los indicadores financieros y económicos de ejercicios anteriores, viene así sustituida por una matriz, en la que todos están al mismo nivel a la hora de comunicar información importante sobre riesgos potenciales, orientada a predecir el rendimiento futuro.

---

<sup>570</sup> Strategic risk. A cornerstone of risk transformation © 2016. Véase también J.M. GIMENO FELIU, “La contratación pública como estrategia: el fomento de la innovación”, Revista Ius Publicum nº 1, 2018. Véase también I. OCHSENIUS ROBINSON, *Mecanismos de control, mejora y calidad en la contratación pública*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Marzo 2019, págs. 70-78. ISBN: 978-84-7052-485-1

<sup>571</sup> Horizon 2020. El Programa Marco de Investigación e Innovación de la Unión Europea.

**Figure 1. The Risk Intelligent Enterprise framework**



Creating a Risk, Intelligent infrastructure. Getting Risk Intelligence done. Deloitte. Copyright © 2014 Deloitte Development LLC.

Con una gestión de riesgos adecuada, que puede seguir o no esta estructura anterior, se facilita la consecución de una gestión coste-efectiva del riesgo, se incentiva la respuesta de la organización al completo a cambios en la regulación y se utilizan las oportunidades que generan los riesgos en beneficio de la organización, logrando así un crecimiento a largo plazo y protegiendo los activos actuales<sup>572</sup>.

Implantar este sistema en una Administración Pública es, sin duda alguna, complicado, por las estructuras jerárquicas y poco flexibles, amén de la obligación de utilizar las vías de comunicación formales, lo que dificulta la detección rápida de riesgos, que se vería beneficiada de una estructura más horizontal, dotada de canales de comunicación informales. Pero en un mundo cada vez más cambiante, donde la Colaboración Público Privada es, no sólo un medio para adquirir los bienes y servicios necesarios para la Administración y los usuarios, sino una herramienta para llevar a cabo políticas públicas, este tipo de sistemas de detección temprana de riesgos y una estrecha colaboración con el concesionario, al que no se debería ver como

<sup>572</sup> M. CROUHY, D. GALAI, R. MARK, *The Essentials of Risk Management*, McGraw-Hill 14.12.2005. ISBN: 0071429662. En particular el capítulo 4. *Corporate Governance and Risk Management*

enemigo sino como *colaborador* (que es lo que de hecho sucede en los países anglosajones y nórdicos, con la consiguiente potenciación de la CPP), son vitales<sup>573</sup>.

## 4. Gestión en función de tipos de riesgo

Hay cuatro áreas básicas que deben ser monitorizadas en todo momento dentro de la gestión del riesgo<sup>574</sup>.

### 4.1. Riesgos estratégicos

En primer lugar, los **riesgos estratégicos**, que son riesgos tanto para la organización, como para sus objetivos fundamentales, y derivan de estas mismas estrategias y objetivos. Pueden originarse en un evento interno o externo al Poder Adjudicador, que dificulte la aplicación de políticas primordiales, o derivar de otro riesgo (clasificado dentro de otra categoría), que aumente y cuyo impacto sea tal, que pueda afectar a los objetivos mismos de la organización. El reverso de la moneda es que, así como son capaces de dismantelar las estrategias de una organización, pueden indicar nuevas oportunidades para mejorar la eficiencia en la prestación de los servicios, el mejor aprovechamiento de los recursos escasos, etc.

En la actualidad, que los riesgos estratégicos puedan señalar nuevas vías de actuación es clave, ya que en el contexto del *Programa Marco de Investigación e Innovación de la Unión Europea* recogido en el documento de la Comisión: “*Horizonte 2020*”, la contratación pública (y lógicamente también, la adjudicación de concesiones) debe servir, no sólo para adquirir bienes y servicios, sino que debe permitir implementar políticas estratégicas, entre las que se encuentra *fomentar la innovación*<sup>575</sup>.

---

<sup>573</sup> Para entender este cambio de paradigma véase J.M. GIMENO FELIU, “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en libro col. *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 37-106.

<sup>574</sup> En cuanto a tipos de riesgos, cuantificación y asignación es de interés “National Public Private Partnership Guidelines. Volume 4: Public Sector Comparator Guidance”, Department of Infrastructure and regional Development. Australian Government. February 2016. ISBN 978-1-925401-22-6

<sup>575</sup> J.M. GIMENO FELIÚ, “La contratación pública como estrategia: el fomento de la innovación”, *Revista Ius Publicum* nº 1, 2018. M. HERNANDO RYDINGS, “El fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación a través de las compras públicas”, *REDA* nº 174, 2015, págs. 255-282. ISSN 0210-8461. G.M. RACCA, «Collaborative and Strategic Procurement for Supporting Industrial Innovation» en libro col. *La commande publique, un levier pour l'action publique?* (dir.) E. MULLER, Dalloz, 2018, págs. 121-127. ISBN 978-2-247-17792-9

Dentro de la contratación pública estratégica es de vital importancia la Compra Pública de Innovación. Al respecto A. LÓPEZ MIÑO, “La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública” en libro col. *Contratación pública estratégica* (dir.) J. PERNAS GARCÍA, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 213-248. ISBN 978-84-9059-070-6.

Esta nueva vertiente de implementación de políticas estratégicas aumenta este primer tipo de riesgo (que incluye variables como el personal del poder adjudicador, los potenciales clientes o usuarios finales (si no son este poder adjudicador), los derechos de propiedad intelectual, la cambiante demanda del mercado, etc.), que lógicamente debe ser estimado, cuantificado en la medida de lo posible, y gestionado en consecuencia.

Un problema para esta gestión eficiente, es que estos riesgos derivados de cambios estratégicos se suceden cada vez con más rapidez, debido a la volatilidad, la complejidad y la ambigüedad del entorno económico. Es decir, la identificación de estos riesgos se enfrenta a las dificultades de que muchos no tienen precedentes y pueden ser fácilmente subestimados y poco monitorizados al desconocer su impacto; pueden provenir de otro sector completamente distinto, debido a las actuales interrelaciones e interdependencias económicas; y pueden ser únicos para la Administración concedente, dependiendo del sector en el que opere y de las políticas que pretenda implementar. Además, como los riesgos operacionales, financieros, externos o de incumplimiento (que estudiaremos a continuación), cuando se descontrolan, se consideran incluidos en esta categoría, se hace aún más compleja la definición de los riesgos estratégicos<sup>576</sup>.

Para detectarlos serán necesarios nuevos indicadores, un escaneo constante del entorno para detectar riesgos emergentes (lo que implica un cambio de orientación hacia el exterior de la organización), un control rutinario, así como una especial flexibilidad para adoptar nuevos criterios y respuestas *ad-hoc*.

Una primera opción al enfrentarse a los riesgos estratégicos es volver al “*siempre se ha hecho así*”, evitando cualquier procedimiento o infraestructura o servicio que represente una novedad “*peligrosa*”<sup>577</sup>. Pero no es una opción viable. En primer lugar, por la presión que ejerce la ciudadanía, demandando servicios cada vez más complejos, y que encuentra su amparo en el derecho a una buena administración configurado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 41<sup>578</sup>. Además, el no innovar para evitar este tipo de riesgo no es la solución, ya que la contrapartida es el riesgo de prestar servicios obsoletos, por los que

---

<sup>576</sup> Strategic risk. A cornerstone of risk transformation © 2016.

<sup>577</sup> Como dice el profesor J.M. GIMENO FELIÚ, parafraseando a A.EINSTEIN: “no podemos cambiar las cosas haciendo siempre lo mismo”. “Nuevos Paradigmas de la Contratación Pública: competencia, ajuste de déficit y nueva gobernanza”, IX Jornadas Nacionales de Competencia. Bilbao, 20 de octubre de 2016.

<sup>578</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01). DOUE C 326, 26.10.2012. Págs. 391–407. Véase A. GARCÍA JIMÉNEZ, *Las conexiones entre contratación administrativa e innovación*. Tecnos, Madrid, 2018, págs. 82-89. ISBN: 9788430975389



nadie esté dispuesto a pagar<sup>579</sup>. La solución es incrementar, en consecuencia, la preparación y la capacidad de reacción de las entidades adjudicadoras a las presiones económicas, regulatorias, tecnológicas y de mercado.

Esto exigirá un mayor esfuerzo de formación, porque, ya no sólo hay que controlar los riesgos que tradicionalmente debía asumir el comprador público, sino que los riesgos de utilizar una u otra estrategia, se introducen en la ecuación. La gestión tradicional de los riesgos operacionales y financieros no será suficiente. Los Compradores Públicos deberán aprender a pensar estratégicamente, ver cuál es la posibilidad de que surjan contingencias en este ámbito, así como detectar interrelaciones ente riesgos de otras categorías que puedan dar lugar a riesgos estratégicos, que afecten a los objetivos últimos de la entidad, en general, y de la concesión en concreto.

*La Recomendación de la Comisión sobre la profesionalización de la contratación pública: Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública* hace especial hincapié en esta orientación estratégica, ordenando a los Estados Miembros que proporcionen al personal a su servicio herramientas que les permitan “*fomentar el pensamiento estratégico, el criterio comercial y la toma de decisiones inteligentes/informadas*”, dando una serie de ejemplos no exhaustivos, como serían, el material de orientación específico, manuales de metodología y de buenas prácticas, así como errores más comunes y plantillas normalizadas<sup>580</sup>.

Claramente, de cara a una mayor orientación por objetivos estratégicos de la Administración Pública, la profesionalización de su personal jugará un papel clave, entiendo como tal “*la mejora general de toda la gama de cualificaciones y competencias profesionales, conocimientos y experiencia de las personas que realizan o participan en tareas relacionadas con la contratación*”. Por ello son importantes los programas de formación del personal al servicio de las Administraciones Públicas y los sistemas y herramientas (entre otras las electrónicas) de contratación<sup>581</sup>.

---

<sup>579</sup> Exploring Strategic Risk: 300 executives around the world say their view of strategic risk is changing © 2013.

<sup>580</sup> Recomendación de la Comisión sobre la profesionalización de la contratación pública: Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública. C (2017) 6654 final. Estrasburgo, 3.10.2017.

<sup>581</sup> Véase M.A. SANMARTIN MORA, “La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea” en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2011* (dir.) J.M. GIMENO FELIU, M.A. BERNAL BLAY, Civitas, 2012, págs. 408-409. ISBN: 978-84-9014-734-4 y J.M. GIMENO FELIÚ, “Las nuevas Directivas –cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, REDA nº 159, 2013, págs. 25-89. También E. MALARET, “El nuevo reto de la contratación

## 4.2. Riesgos operacionales

En segundo lugar, nos encontramos con los **riesgos operacionales**, que son los principales riesgos que pueden hacer peligrar el cumplimiento del plan estratégico, y que se relacionan directamente con la realización y gestión del proyecto. En este contexto de gestión de riesgos, es importante no confundir este riesgo operacional con el que define la Directiva de Concesiones, ya que éste último puede estar formado por riesgos de cualquiera de las cuatro categorías que estamos ahora definiendo<sup>582</sup>.

Entre ellos se encuentran, el riesgo de que por desviaciones en los costes el proyecto no pueda ser completado; el riesgo técnico o de diseño, ya que una decisión equivocada en este ámbito puede suponer costes de mantenimiento muy elevados; el riesgo de sostenibilidad administrativa y organizativa, que supone que los recursos personales y materiales que la Administración destina al proyecto no sean suficientes o fallen en a lo largo del ciclo de vida de proyecto; el riesgo de gestión, muy relacionado con el de sostenibilidad administrativa y organizativa, pues supone que estos medios y personal puestos a disposición por la administración no sean capaces de controlar el contrato en todas sus fases y de imponer las medidas correctivas adecuadas<sup>583</sup>; el riesgo de no obtener determinados permisos y licencias obligatorios; el riesgo elevado de conflictividad contenciosa en contratos complejos y el riesgo tecnológico, que supone tener que prestar los servicios o poner a disposición la infraestructura con todas las mejoras tecnológicas que vayan apareciendo en el mercado y que podría incluirse también entre los riesgos estratégicos, dependiendo del punto de vista con que se analicen<sup>584</sup>. Es decir, si se observa desde un *punto de vista interno* al proyecto, es operativo, porque supone

---

pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”, Revista digital de Derecho Administrativo nº 15, primer semestre/2016, págs. 21-60. ISSN-e 2145-2946. E. MALARET, X. PEDRÓS, «Activité contractuelle et gestion publique: entre tradition e nouvelle approche» en libro col. *La commande publique, un levier pour l'action publique?* (dir.) E. MULLER, Dalloz, 2018, págs. 179-204. ISBN 978-2-247-17792-9 I. OCHSENIUS ROBINSON, *Mecanismos de control, mejora y calidad en la contratación pública*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Marzo 2019, págs. 266-270. ISBN: 978-84-7052-485-1

<sup>582</sup> Véase M. CROUHY, D. GALAI, R. MARK, *The Essentials of Risk Management*, McGraw-Hill 14.12.2005. ISBN: 0071429662. En particular el capítulo 13. Operational Risk

<sup>583</sup> En cuanto al control en la contratación pública, son de interés las tablas-resumen que elabora I. OCHSENIUS ROBINSON, sobre los *motivos más destacados del porqué se deben controlar las adquisiciones públicas* y *Principales mecanismos y/o actividades de control para la contratación pública propuestos por organismos internacionales*, en *Mecanismos de control, mejora y calidad en la contratación pública*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Marzo 2019, págs. 202-204 y págs. 209-2010. ISBN: 978-84-7052-485-1

<sup>584</sup> Aunque no viene expresamente regulado en las Directivas, ni consecuentemente tampoco en la legislación española, se aplica en la práctica mediante la introducción en contrato de una cláusula que especifica que se prestará la concesión con arreglo a la mejor técnica disponible.

que la tecnología empleada, sobre todo si es altamente innovadora, sea de difícil aplicación, provocando retrasos y costes, o que su funcionamiento sea muy imprevisible. Desde el *punto de vista externo*, sería un riesgo estratégico, porque implica que si la tecnología avanza muy deprisa y no se sigue su ritmo, el servicio puede quedar rápidamente obsoleto. Otro problema es, que si se opta por una tecnología innovadora en el momento de comenzar el proyecto, pero desarrollos posteriores optan por otras vías, habrá que empezar de cero<sup>585</sup>.

Puede parecer un contrasentido, pero el riesgo de liquidez se encuentra entre los riesgos operativos, porque no hace referencia a las condiciones financieras externas que pueden hacer peligrar la operación, como sería el caso de los riesgos financieros que explicaremos a continuación, sino que hace referencia a la gestión de la operación, en particular, a sus flujos de caja, y cómo estos remuneran la inversión y los préstamos del concesionario. Otro riesgo de carácter económico, dentro de los operativos y en conexión con el anterior, es el riesgo de insolvencia del concesionario, que puede llegar a impedir la realización del contrato.

Los principales afectados por este riesgo operacional, en particular por el riesgo de liquidez y el riesgo de insolvencia, son los concesionarios, ya que tienen que realizar grandes inversiones y en situaciones de crisis se ven en dificultades para lograr los recursos financieros. Pero, indirectamente, también alcanza a las Administraciones concedentes, porque si el concesionario no dispone de los recursos, no podrá financiar la obtención de los activos necesarios en el contrato de concesión y esta no se podrá llevar a cabo, con todo el perjuicio que ello supone, no sólo para la Administración, sino para el conjunto de la ciudadanía, que verá mermados los servicios que se le prestan.

### **4.3. Riesgos financieros**

En tercer lugar, los **riesgos financieros** son los riesgos de mercado, de crédito y de evaluación<sup>586</sup>. El riesgo de inestabilidad financiera, referido a las fluctuaciones de los tipos de interés, es problemático, porque puede incluirse tanto en esta categoría, como en la de *riesgos externos*.

### **4.4. Riesgos externos o incontrolables**

Por último, los riesgos *externos o "incontrolables"*, que, como ya hemos explicado deben quedar de parte de la Administración concedente, porque en cualquier caso (contrato o

---

<sup>585</sup> Una recomendación para evitar esto es, en el caso de que la Administración concedente sea el primer cliente, adoptar estándares que a continuación utilicen todas las tecnologías posteriores.

<sup>586</sup> Véase T.S. COLEMAN, *A practical guide to risk management*. CFA Institute Research Foundation Volume 2011 Issue 3. 1.07.2011, pág. 124

concesión), hubiera tenido que asumirlos si hubiera querido llevar a cabo la operación. Son los ataques terroristas, desastres naturales, peligros para la salud pública, el hacking informático, etc<sup>587</sup>. Entre ellos, claramente, se encuentra el riesgo país, que, además de ser un indicador sobre las posibilidades de un país de no cumplir en los términos acordados con el pago de su deuda externa, se refiere también a los eventos que puedan suceder en su territorio, alterando gravemente su orden público. Los podríamos reconducir a la categoría de causas de fuerza mayor.

Aquí se podrían incluir también los riesgos políticos, que no hay que confundir con el riesgo país, porque se refieren más bien a cambios en la situación política, que puedan afectar a la concesión, pero no implica que el país no cumpla con sus obligaciones internacionales, o que se dé una alteración grave del orden público. De este riesgo político deriva el riesgo legislativo, ya que un nuevo orden político podría cambiar las leyes que rigen el contrato (recordemos el *factum principis*)<sup>588</sup>.

En el siguiente cuadro podemos visualizar las cuatro categorías de riesgo, con sus respectivas subcategorías<sup>589</sup>:

---

<sup>587</sup> Para profundizar en riesgos externos e incontrolables véase J. ALBALA BERTRAND, *Political economy of large natural disasters with special reference to developing countries*. Clarendon Press. Oxford. ISBN: 9780198287650

<sup>588</sup> A. ORTEGA, M.A. BAEZA, "Asignación de Riesgos en las Concesiones de Autopistas de Peaje españolas: ¿qué debemos mejorar?", *Gestión Joven Revista de la Agrupación Joven Iberoamericana de Contabilidad y Administración de Empresas (AJOICA)* nº 9, 2012, pág. 8. ISSN 1988-9011. Véase también H.DAVID KOTZ, *Financial Regulation and Compliance: How to Manage Competing and Overlapping Regulatory Oversight*. John Wiley & Sons. Agosto 2015. ISBN: 978-1-118-97221-2.

<sup>589</sup> De interés la explicación gráfica de M. CROUHY, D. GALAI, R. MARK, *The Essentials of Risk Management*, McGraw-Hill 14.12.2005, pág. 26. ISBN: 0071429662.

Riesgos estratégicos	Riesgos operacionales	Riesgos financieros	Riesgos externos
Disminución de la demanda	Disminución de ingresos	Estrategias financieras deficientes	Caída del precio de las materias primas
Reducción del volumen de negocios	Sobrecostes	Pérdida de activos financieros	Impacto de ratings
Presión en los precios	Controles operativos escasos	Crédito y amortización	Crisis industriales
Competidores en el mercado	Problemas de contabilidad	Crisis de liquidez	Riesgos legales
Problemas de producto	Problemas de capacidad	Deuda y tipos de interés elevados	Riesgo país
Regulación	Problemas en la cadena de suministros		Terrorismo y ataques informáticos
I+D	Pérdida de proveedores		
Cambios en la dirección	Fraude y cuestiones de personal		
Gobierno corporativo	Incumplimiento contractual		
Problemas en los canales de comunicación	Elevado coste de los inputs		

Gráfico de elaboración propia a partir de los datos de *The value killers revisited. A risk management study*. Copyright © 2014 Deloitte Development LLC

Dentro de estas cuatro categorías, hay que hacer una nueva distinción entre riesgos *no remunerados*, cuya asunción no reporta ningún beneficio, y *remunerados*, que son los que crean valor y generan crecimiento.

En esta primera clasificación, es importante tener en cuenta que hay riesgos remunerados que pueden ir acompañados de potenciales riesgos no remunerados “*ocultos*” a priori, que escapen a una diligencia normal de gestión.

Una segunda categoría diferencia entre riesgos *inherentes*, que existen a priori, aunque no se lleve a cabo ninguna acción, ni positiva ni negativa y *residuales*, que son los riesgos restantes, tras gestionar los inherentes y tras llevar a cabo una acción determinada.

Por último, hay que tener en cuenta que a estos cuatro tipos, se añaden los *riesgos de incumplimiento*, que están ligados al respeto de la normativa. Esta normativa y sus potenciales cambios, tan habituales en contratación pública cuya legislación está motorizada, deben tenerse en cuenta en la gestión del riesgo, tanto del concedente como del concesionario, de manera que el contrato pueda adaptarse a los cambios. Buen ejemplo de ello, es la problemática que ha generado la contraposición entre contrato de gestión de servicios, regulado por nuestro TRLCSP y el contrato de concesión de servicios de la LCSP, que se contempla en la Directiva de Concesiones y que estudiaremos en el **CAPÍTULO VII: ESPAÑA**.

## 5. Proceso de gestión de riesgos

Queda patente, que el riesgo no se puede estudiar de forma aislada, sino que debe formar parte de la política estratégica que es la contratación pública. Y en este sentido, nos podemos preguntar, qué órgano dentro de una Administración concedente es el más idóneo para monitorizarlo.

Es interesante traer aquí a colación, la figura desarrollada en el nuevo *Codice degli Appalti* italiano<sup>590</sup>: el RUP o *Responsabile Unico del Contratto*, que es la persona que reúne unos requisitos determinados, y que está inscrita en un registro específico que lo acreditará como tal, cumpliéndose así con la exigencia de profesionalización, encargada del contrato en todas sus fases.

En la nueva LCSP, se recoge esta misma figura en el artículo 62, como novedad respecto al TRLCSP anterior: *“Con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos, los órganos de contratación deberán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquellos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o ajena a él”*.

---

<sup>590</sup> D.LGS. 18-4-2016 N. 50. *Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*. Gazz. Uff. 19 aprile 2016 n° 91, S.O.

Atendiendo a esta definición, parece lógico pensar que es la persona idónea para hacerse cargo de la monitorización y control de los riesgos<sup>591</sup>. Pero como reflexiona T.MEDINA, se plantean diversos problemas, que dejan la utilidad práctica de esta figura y su amparo legal en entredicho<sup>592</sup>. Y llama la atención esa falta de regulación, en una ley tan reglamentista en otros aspectos<sup>593</sup>.

En primer lugar, no hay ninguna norma que recoja las facultades concretas que tendrá este responsable de contrato. En efecto, el propio artículo dice que es el órgano de contratación el que se las atribuirá, y las precisará en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Y atención aquí, porque los pliegos tipo pueden valer para contratos sencillos (en los que esta figura puede ser excesiva), pero no para contratos complejos, en los que las ejecuciones son muy diversas y pueden sufrir diferentes desviaciones, y donde el conocimiento especializado es vital.

Además, puede ser *“una persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o ajena a él”*. Es adecuado dar un cierto margen de discrecionalidad en la selección, ya que dependerá mucho del tipo de contrato y de las capacidades y aptitudes que se requieran, pero tal y como está redactado y sin precisiones ulteriores, cabría pensar que cualquiera puede ser responsable de un contrato. Lo cual es un error, porque debería ser un perfil muy especializado en ese tipo de contrato y en su objeto concreto. En cualquier caso, de la literalidad del artículo, se desprende que no podrá ejercer de responsable del contrato *“la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato”*.

---

<sup>591</sup> Ya la Recomendación 1/2013 de 27 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a la necesidad de aprobar en el ámbito del sector público unas instrucciones para la correcta ejecución de servicios externos se hacía eco de la importancia de esta figura, por entonces potestativa, en determinados contratos y distingue entre el responsable del contrato y el director del contrato: *“Por ello, la figura del responsable del contrato –que el TRLCSP configura como facultativa para el órgano de contratación– debería tener carácter obligatorio en los contratos de servicios que, por sus especiales circunstancias (tales como prestación en centros de trabajo de la Administración, utilización de medios propios del ente contratante, etc.), puedan dar lugar a situaciones en las que exista peligro de que los representantes o trabajadores del contratante puedan invadir la esfera de dirección que corresponde al contratista, respecto de su personal. El responsable del contrato sería así el instrumento a través del cual se canalizaran todas las comunicaciones e instrucciones que la entidad contratante deba hacer llegar a la contratista, que, a su vez, deberá designar un director del contrato que realice las tareas que le corresponden, en su doble vertiente: como organización propia y autónoma y como empleador”*.

<sup>592</sup> T. MEDINA ARNÁIZ, “Disfunciones y control de la ejecución”, IX Seminario de contratación pública. Nuevos escenarios y retos para la contratación pública: discusión práctica. Formigal, 12 de septiembre de 2018.

<sup>593</sup> M. RUIZ DAIMIEL, “El responsable del contrato en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”. Artículo de opinión en ObCP. 18.06.2018

Por otro lado, cabe preguntarse si esta figura es obligatoria en todo contrato. Según el tenor literal del artículo, parece que, de forma novedosa respecto al TRLCSP, en que era potestativo, los órganos de contratación están obligados en todo caso a nombrarlo. Sin embargo, consideramos que puede resultar en una carga excesiva, en contratos que por su simplicidad, frecuencia y habitualidad no precisen de un control especial en la ejecución.

El propio artículo se manifiesta expresamente, en el caso de contratos de obras, unificando esta figura con la del Director Facultativo, y en las de concesiones de obra y de servicios, en que será obligatorio nombrar un responsable.

Así, en los contratos de concesión de obra pública y de concesión de servicio, se designará una persona que actúe en defensa del interés general, verificando el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad de la prestación.

En cualquier caso, la monitorización de los riesgos exigirá la creación de procesos para controlarlos, mediante los cuales cualquier interesado pueda poner en conocimiento la inminencia de un riesgo<sup>594</sup>. Estos procesos deben seguir siempre un mismo patrón, por motivos de seguridad jurídica, de facilidad de aprendizaje y de transparencia.

La monitorización requiere también la inspección de esos procesos de identificación, comunicación y gestión de riesgos, así como conocer de antemano las fortalezas y debilidades del contrato en cuestión, lo que puede hacerse mediante un análisis DAFO, pero llevado a cabo, no sobre la Administración concedente, sino sobre el contrato en cuestión. En este análisis será necesario distinguir entre los (pocos) riesgos vitales, y los (muchos) riesgos triviales. Para los primeros especialmente, hay que plantearse quién debe ser el responsable/propietario del riesgo, quién debe actuar, y cómo debe actuar en caso de contingencia<sup>595</sup>. Por último, será preciso un control continuo de la exposición a los riesgos identificados.

Para ello se deberá elaborar en la fase de preparación del contrato, un mapa/guía sobre los riesgos que, potencialmente, puedan amenazar a la concesión, así como las interrelaciones que se puedan dar entre ellos. Herramientas útiles son, la monitorización de riesgos emergentes

---

<sup>594</sup> Véase I. OCHSENIUS ROBINSON, *Mecanismos de control, mejora y calidad en la contratación pública*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Marzo 2019, pág. 242. ISBN: 978-84-7052-485-1. También M. CROUHY, D. GALAI, R. MARK, *The Essentials of Risk Management*, McGraw-Hill 14.12.2005. ISBN: 0071429662.

<sup>595</sup> The risk intelligent CFO. Converting risk into opportunity. Copyright © 2013 Deloitte Development LLC.



y la interpretación de indicadores de los mismos, la planificación de escenarios y las simulaciones ante cambios en las condiciones dadas. Los datos así obtenidos deben ser analizados posteriormente por expertos, que pueden ser, tanto miembros de la Administración concedente, como externos a ella.

Una vez hecho esto, se deberá asignar cada riesgo identificado a la persona de la organización que mejor preparada esté para controlarlo, para lo cual, con carácter previo, deberá estudiarse quién, dentro de la organización, tiene el conocimiento y la experiencia para asumir y/o controlar (recordemos que muchos de estos riesgos serán asumidos en su totalidad por el concesionario, o bien compartidos entre éste y la Administración) los riesgos estratégicos, los riesgos operacionales, los riesgos financieros y los riesgos de incumplimiento, respectivamente. Además de ayudar a identificar a los mejor preparados, este estudio permitirá detectar si la organización carece de estas capacidades y si es necesario formar al personal.

Los responsables así seleccionados, deberán colaborar entre ellos y con los responsables del contrato. Crear equipos interdisciplinarios en que participen los responsables de cada riesgo específico y el responsable de la concesión, permitirá mejorar la gestión del riesgo, al ir revisando periódicamente las amenazas y prioridades.

Una idea interesante es, que además de asignar los riesgos a un responsable, éste tenga también una compensación económica en función de su actuación<sup>596</sup>. La idea es que no sólo vale “castigar” al responsable si ha ocurrido un riesgo, sino que, la adecuada prevención beneficie, no sólo al comprador público, sino también a este responsable. Se harían precisas pues, evaluaciones internas periódicas, que podrían unirse a la obligación de informar periódicamente, y que servirían de motivación a controlar los riesgos que pueden hacer fracasar la concesión.

Maneras adicionales de mejorar la gestión del riesgo son, aparte de crear, como proponíamos en el **epígrafe 3. Organización**, una “Gobernanza del Riesgo”, que permita el control y la comunicación, mediante la cual, cualquier persona interesada que tenga conocimiento de la inminencia de un riesgo pueda avisar; la obligación de informes periódicos (que contengan la información precisa en términos de calidad, cantidad y naturaleza del riesgo

---

<sup>596</sup> A. GARCÍA JIMÉNEZ considera que esta medida podría ayudar a evitar potenciales corruptelas y fomentar una gestión más eficiente de los fondos públicos: “Otra vía es la consistente en hacer sentir al empleado público parte importante de la plantilla, aplicando un sistema de incentivos adecuado a los licitadores profesionales, diseñando un sistema de evaluación del desempeño de sus funciones, previsto en el artículo 20 del TRLEBEP, conforme a los ahorros estimados y el incremento de la calidad obtenido”. *Las conexiones entre contratación administrativa e innovación*. Tecnos, Madrid, 2018, págs. 298-299. ISBN: 9788430975389

del que informan) y encuestas y reuniones informales. Esto permitirá tener controlados los riesgos potenciales en todo momento, saber cuál es su probabilidad de ocurrencia y cómo comunicarlo cuando esta probabilidad aumente.

El proceso de gestión de riesgos debe ser conocido por todo el personal de la entidad contratante, y ser el determinante de, qué riesgos puede o no, asumir la organización. Además, debe ser lo suficientemente flexible para adaptarse a las cambiantes circunstancias (la planificación de escenarios, ya comentada, genera esta flexibilidad al disminuir los resultados sobre la incertidumbre), pero tener la suficiente estructura y peso para que guíe la toma de decisiones sobre riesgos. El proceso debe contener respuestas y reacciones a los riesgos identificados, para mitigar su impacto, así como planes de recuperación. La comunicación es vital: es necesario saber de qué riesgos hay que protegerse para estudiar los indicadores clave. Tanto en la organización del sistema de gestión de riesgos, como en el proceso de gestión de riesgos, la confianza será clave para que sea efectivo.

Para ello, el responsable del contrato deberá transmitir al resto de la organización, que información es la que le interesa. También se deberán abrir canales de comunicación.

La gestión de los datos acerca de los riesgos, es de vital importancia, porque si hay exceso de datos, no son comprensibles, su formato no está estandarizado y no hay una centralización y posterior distribución a los niveles adecuados, esta información puede dar lugar a duplicidades e incongruencias. Desde el primer nivel de la pirámide de Gobernanza del riesgo, que se refiere a la toma de decisiones estratégicas y a la supervisión del riesgo se debe, aclarar que información es la pertinente a la hora de gestionar los riesgos, así como facilitar la integración de todos los datos, financieros, operacionales y de riesgo, y exigir un formato unificado.

Herramientas útiles son la monitorización en tiempo real de noticias, blogs, el *big data*, el análisis de textos, los programas de visualización, los sistemas de alerta temprana; que combinadas con el análisis llevado a cabo por miembros de la entidad concedente, dan lugar a programas de detección temprana de riesgos, que identifican eventos que generen potenciales riesgos y cambios en las tendencias, transformando estos datos en información comprensible para los responsables.

En particular, para la monitorización de los estándares exigidos en contrato y la aplicación de las penalizaciones automáticas, son de ayuda los *Building Information System (BIM)*, que son plataformas integradas e interoperables que centralizan, coordinan y monitorizan a tiempo real los datos que se derivan de la ejecución de un contrato, con el fin de analizar si se ha gestionado

de una manera óptima<sup>597</sup>. Este tipo de sistemas permiten reducir el grado de exposición al riesgo, porque se tiene una medida inmediata del cumplimiento, y se detecta en los primeros estadios cualquier posible contingencia, lo que lleva a introducir medidas correctivas tempestivas. Esta disminución en la exposición al riesgo se da en tres momentos diferentes del contrato.

En primer lugar, respecto al riesgo operativo y al riesgo de construcción en las fases de diseño, planificación y construcción. La implantación de un sistema BIM supone, por una parte, disminuir las posibilidades de que sean necesarias modificaciones en fase de construcción, porque se introducen de partida indicadores para medir la ejecución, que se analizarán en tiempo real, reduciéndose así el riesgo de construcción. Por otra parte, exige que el diseño de la construcción y de la prestación posterior de servicios se haga de un modo integrado, lo que implica que se adelanta a esta fase la planificación de los servicios, contrariamente a la práctica habitual. Así se evita que los servicios posteriormente prestados tengan un coste superior a aquel previsto en el Plan Económico Financiero.

Estos dos requisitos del BIM llevan a elaborar simulaciones a través de softwares matemáticos, que deben identificar los datos que sirven de input y describir los posibles escenarios de la simulación (lo que incluye los recursos y medios que se emplearán), pudiendo seguidamente simular el proceso y seleccionar así la configuración óptima del contrato, asegurando la máxima eficiencia con los menores costes de gestión.

De esta manera, al finalizar la fase de construcción, se tiene la infraestructura que satisface las necesidades del concedente y que, consecuentemente, en fase de gestión tendrá un reducido riesgo de disponibilidad, porque ya de partida será más fácil cumplir con los estándares de calidad que se fijan. Además, como el diseño de la construcción y de la prestación posterior de servicios se hace de modo integrado, se reduce el riesgo de que el coste de los servicios posteriormente prestados supere lo previsto.

En segundo lugar, respecto al riesgo operativo en la fase de gestión, ya que es en este momento donde el modelo lleva a cabo un análisis directo del funcionamiento real de la concesión<sup>598</sup>. La monitorización de los costes es también de importancia capital, porque lo que

---

<sup>597</sup> En cuanto a los BIM, véase D. DI FAUSTO, N. MARTINELLI, "La Governanze dei servizi: La rivoluzione nella gestione dei flussi informativi per la mitigazione dei rischi e l'attrattività finanziaria nelle concession" en libro col. *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato - Temi europei, istituti nazionali e operatività* (dir.) G.F. CARTEI, M. RICCHI, Editorial Scientifica. Nápoles 2015.

<sup>598</sup> La fase de gestión es clave en los negocios concesionales porque es el momento de consolidación del PEF, con la recuperación efectiva de las inversiones y el margen de beneficios.

se busca es la optimización de los recursos y la mayor eficiencia para garantizar el mejor servicio. Si los costes se disparan el modelo peligra, aumentando el riesgo operativo en la fase de gestión. El BIM permite adoptar medidas correctivas y anticipativas.

Es en este momento, donde resulta de especial interés el BIM en concesiones frías, porque detecta si se cumplen los estándares y condiciones fijados en contrato, y permite saber, en función de la imposición automática o no de las penalizaciones, si se ha trasladado de facto el riesgo operativo.

Por último, respecto al riesgo de demanda y su reparto entre concedente y concesionario, debemos tener en cuenta que, si hablamos de este tipo de riesgo nos encontramos dentro del ámbito de las concesiones calientes. Los sistemas BIM en este caso son útiles en el caso de concesiones ya maduras o “*brownfield*”, donde ya se tiene experiencia y se conoce, con poco margen de error, la demanda de la infraestructura o servicio, con lo que este riesgo se puede trasladar, *ab initio*, al concesionario, sin costes adicionales excesivos<sup>599</sup>.

Lo que hace esta plataforma, al reducir los riesgos en las diferentes fases del contrato, es garantizar la viabilidad económica de la concesión y aumentar su valor, porque la monitorización del riesgo operativo y su consecuente disminución, le dan un mayor valor de mercado y abre el mercado de concesiones a más operadores económicos, ya que la financiación también será más accesible.

El BIM es un sistema de gestión de la información *win-win*: el concesionario reduce costes, plazos y se anticipa a potenciales problemas; mientras que el concedente presta servicios e infraestructuras a los ciudadanos, asegurándose de que la operación no computará déficit porque el BIM ofrece los datos adecuados para demostrar la efectiva transferencia del riesgo. Además, si la Administración concedente exige en contrato la implantación de un sistema de

---

<sup>599</sup> D. DI FAUSTO y N. MARTINELLI sugieren que la optimización de recursos en concesiones calientes *greenfield*, donde no hay una experiencia dilatada, se lograría si el riesgo de demanda es asumido en un primer momento por la Administración concedente. Pasado un plazo prudencial que los autores fijan en cinco años y con los datos obtenidos del BIM se podría pensar ya en trasladar el riesgo de demanda al concesionario, bien a través de una nueva adjudicación, o bien mediante un modificado contemplado en contrato. La justificación de esta transferencia a posteriori es que al reducirse el riesgo por tener previsiones válidas, el coste social de su transferencia al concesionario es menor y los recursos se optimizan. Opinamos que la propuesta de los autores está justificada en términos de coste-eficiencia, pero a no ser que queden claramente transferidos los riesgos de construcción y de oferta o suministro, el negocio inicial no será concesional. En “La Governanze dei servizi: La rivoluzione nella gestione dei flussi informativi per la mitigazione dei rischi e l’attrattività finanziaria nelle concession” en libro col. *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato - Temi europei, istituti nazionali e operatività* (dir.) G.F. CARTEI, M. RICCHI, Editorial Scientifica. Nápoles 2015.

monitorización a cargo del concedente, podrá externalizar la función reduciendo costes, pero tendrá igualmente todos los datos a tiempo real<sup>600</sup>.

La LCSP recoge la posibilidad de utilizar medios electrónicos, mencionando expresamente el BIM o, en español, “*herramientas de modelado digital de la información de la construcción*” en su disposición adicional 15.

En cualquier caso, se opte por los sistemas o los medios que sean, la clave está en aclarar, previamente, de qué riesgos debe protegerse la organización, y cómo analizar los datos para encontrar aquellos significativos, detectándose así los problemas antes de que su impacto sea demasiado grande, de manera que se pueda reaccionar a tiempo. Este análisis de los datos, también permitirá saber si el responsable está cumpliendo con su labor y, en consecuencia, remunerarlo o sancionarlo. Si la información se analiza y llega al nivel correcto en el momento adecuado, se optimiza el uso de los recursos para mitigar los riesgos, evitándose las soluciones momentáneas y sin estructura previa.

En la creación de este proceso hay que tener en cuenta los intereses de todos los potenciales participantes, la regulación que afecta a la concesión, la formación y la comunicación dentro de la organización, el control ejercido por el poder adjudicador y, finalmente, el “*feedback*” del proceso para su posterior análisis y mejora reiterativa del mismo.

## 6. Conclusión

El Poder Adjudicador se puede hacer varias preguntas para saber si su control del riesgo es eficaz y eficiente:

¿Hay un estudio previo de los riesgos? ¿Qué riesgos financieros, fiscales, estratégicos, de propiedad, de recursos humanos, de país, medioambientales, de seguridad, de privacidad y tecnológicos tienen más posibilidades de suceder? ¿Cómo se identifican y miden estos riesgos? ¿Son riesgos cuya medida está estandarizada? Si es así, ¿sigue la administración concedente estos estándares? ¿Ha obligado al concesionario a aplicarlos?

---

<sup>600</sup> M. RICCHI, “Webinar Partenariato Pubblico Privato (PPP) per infrastrutture materiali e immateriali: esperienze e strumenti”, Formazione IFEL per i Comuni. 3 Novembre 2017. <http://www.fondazioneifel.it/documenti-e-pubblicazioni/item/9054-slide-partenariato-pubblico-privato-ppp-per-infrastrutture-materiali-e-immateriali-esperienze-e-strumenti> (Consultado el 12.12.2017)

¿Quién es el responsable directo de cada tipo de riesgo identificado? ¿Cómo se monitorizan los riesgos? ¿Con qué herramientas se cuenta? ¿El proceso de monitorización de riesgos incluye la identificación y planificación de posibles escenarios? ¿Llega la información sobre los riesgos “inminentes” al responsable? ¿Es esta información útil en términos de calidad, cantidad y pertinencia? ¿Es excesiva o demasiado genérica? ¿Es todo el órgano de contratación consciente de los riesgos y de los procesos de comunicación y gestión?

¿Hay un plan de actuación en caso de que ocurra uno de los riesgos monitorizados? ¿Cómo de efectivo es el poder Adjudicador a la hora de gestionar los riesgos identificados? ¿Dónde podría introducir mejoras?<sup>601</sup>

Hacerse estas preguntas no es baladí, ya que como hemos visto, una gestión más eficaz de los riesgos genera consistencia, eficiencia, mayor conocimiento de los mismos y de sus interdependencias y coadyuva en la toma de decisiones, además de permitir detectar si es preciso introducir medidas correctoras<sup>602</sup>.

En resumen, una gestión eficiente de los riesgos de una concesión supone tener un programa que abarque el control y la supervisión (la estructura organizativa, las responsabilidades individualizadas por tipo de riesgo, así como penalizaciones y retribuciones); el proceso de gestión de riesgos (que incluya a toda la organización); la presentación de informes sobre riesgos identificados, cumplimiento de los plazos de la concesión y rendimiento de la misma, y la formación adecuada en gestión de la innovación que incluya la gestión de los riesgos, en especial, el estratégico<sup>603</sup>.

Vemos así, que la función de compra pública exigirá la profesionalización y sensibilización del personal, no ya sólo para elaborar los pliegos y llevar a cabo el procedimiento, sino también para gestionar los riesgos asociados al mismo<sup>604</sup>. Los equipos multidisciplinares y la consulta a expertos externos en momentos puntuales, serán la clave.

---

<sup>601</sup> Risk Transformation. Aligning risk and the pursuit of shareholder value. © 2014.

<sup>602</sup> Risk Intelligent Governance lessons from state-of-the-art board practices. Deloitte. Copyright © 2014 Deloitte Development LLC..

<sup>603</sup> Managing Risk from Every Direction Take control of third-party risk with a strong third-party assurance program. Copyright © 2015 Deloitte Development LLC.

<sup>604</sup> Véase E. MALARET, “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”, Revista digital de Derecho Administrativo, nº 15, primer semestre/2016, págs. 38 y ss. ISSN-e 2145-2946, M.A. SANMARTIN MORA, “La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea” en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2011* (dir.) J.M. GIMENO FELIU, M.A. BERNAL BLAY, Civitas, 2012, págs. 408-409. ISBN: 978-84-9014-734-4 y E. MALARET, X. PEDRÓS, «Activité contractuelle et gestion publique: entre tradition e nouvelle

Esto requerirá la inversión de fondos destinados a los procesos de gestión del riesgo, pero también a las actividades de formación del personal. Y decimos inversión con conocimiento de causa, pues a la larga, estos recursos destinados a este fin, y que pueden parecer un gasto, reducirán la conflictividad en las concesiones, facilitando su ejecución y reduciendo los costes destinado a alcanzar el reequilibrio del contrato.

En este sentido se manifiesta la *Recomendación de la Comisión sobre la profesionalización de la contratación pública: Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública* ya mencionada, que entiende que la profesionalización de la contratación pública es “*la mejora general de toda la gama de cualificaciones y competencias profesionales, conocimientos y experiencia de las personas que realizan o participan en tareas relacionadas con la contratación. Abarca también las herramientas y el apoyo, así como la arquitectura política institucional, que son necesarios para realizar el trabajo de forma eficaz y obtener resultados*”<sup>605</sup>.

Así, da un mandato a los Estados Miembros para elaborar y aplicar estrategias de profesionalización a largo plazo con el objetivo de aumentar el rendimiento y la mejora continua. Dentro de esta estrategia, son importantes los programas de formación del personal al servicio de las Administraciones Públicas y los sistemas y herramientas necesarias en la contratación.

No obstante lo dicho, la implementación de un buen sistema de identificación, gestión y monitorización de riesgos no es una tarea sencilla ya que supone una gran inversión. Por eso, la alternativa sería contratar asesoramiento externo en la gestión de los riesgos. Esto requeriría otro contrato adicional a la concesión para gestionar los riesgos derivados de la misma, lo que en nuestra opinión sería excesivo<sup>606</sup>. El Poder Adjudicador debería tener personal propio capacitado<sup>607</sup>.

---

approche» en libro col. *La commande publique, un levier pour l'action publique?* (dir.) E. MULLER, Dalloz, 2018, págs. 179-204. ISBN 978-2-247-17792-9

<sup>605</sup> Recomendación de la Comisión sobre la profesionalización de la contratación pública: Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública. C (2017) 6654 final. Estrasburgo, 3.10.2017.

<sup>606</sup> R. RIVERO ORTEGA denomina a esta posibilidad “*metacontrato*”, figura que consiste en que los poderes adjudicadores celebren un contrato con una empresa, que será la encargada de realizar las licitaciones posteriores. Otra opción que se nos ocurre, es que, en vez de contratar para licitar todos contratos de la entidad, este tipo de contrato sólo se haga en caso de contratos complejos, como serían las concesiones. “¿Pueden los municipios comprar agrupados?”, Revista de estudios locales nº142. Cunal, 2011, págs. 82-95. ISSN 1578-9241.

<sup>607</sup> Risk Intelligent Governance: A practical guide for boards. Copyright © 2009 Deloitte Development LLC. Risk Intelligence Series nº 16.

En este sentido, el principal problema, como bien dice A. GARCÍA JIMÉNEZ es que el sistema de oposición o de concurso oposición, actualmente vigente en España, permite seleccionar candidatos con gran capacidad memorística, pero no evalúa otro tipo de capacidades, como serían la de innovación, la creatividad, necesarias para la compra pública estratégica y de innovación (y para una gestión correcta de los riesgos, que en este tipo de compra se verán incrementados)<sup>608</sup>.

En conclusión, los riesgos no pueden eliminarse, pero sí es posible prepararse para su ocurrencia, y una herramienta muy útil es la elaboración de escenarios y de modelos de gestión del riesgo, cuyas probabilidades de éxito aumentarán, en función de la capacitación del personal responsable.

---

<sup>608</sup> *Las conexiones entre contratación administrativa e innovación*. Tecnos, Madrid, 2018, págs. 58-59 y 293-301. ISBN: 9788430975389. El autor propone la contratación laboral de trabajadores, con amplia experiencia y conocimientos en el campo, así como un nuevo modelo de selección donde “no se valora únicamente el currículum o la capacidad para memorizar, sino que habrán de ser evaluadas las habilidades, dotes de liderazgo o la capacidad para solucionar los problemas a los que se pueda enfrentar la correspondiente Administración”. Pág. 296



## CAPÍTULO VII. ESPAÑA

### 1. Introducción

No es hasta mediados del siglo XIX cuando empieza a regularse en España la concesión, como un medio de ejecución de obras públicas, en instrumentos normativos<sup>609</sup>.

Por ejemplo en *la instrucción para la promoción y ejecución de las obras públicas de 10 de octubre de 1845*, que define el contrato de obras y la ejecución por empresa, por la que se cedía en pago los productos y rendimientos de las obras ejecutadas, se comienzan a adivinar las notas de la concesión de obras<sup>610</sup>.

Junto a esta instrucción nos encontramos con la *Real Orden de 16 de Marzo de 1846*, comenzando así la regulación de la contratación administrativa en Derecho español. Esta última orden generaliza la subasta como forma de adjudicación y permite por primera vez la modificación de los proyectos, ya que hasta este momento la obra a realizar debía estar perfectamente definida.

Por su parte, el *Real Decreto de 27 de febrero de 1852* de Bravo Murillo generalizó la publicidad en la contratación<sup>611</sup>. Es este mismo decreto el que inicia la costumbre en España de licitar públicamente las concesiones de obras y servicios públicos<sup>612</sup>. Sin pausa se siguieron promulgando reales decretos y órdenes que configurarían el principio fundamental de ejecución presupuestaria a través de la aprobación del gasto, previo a la aprobación del expediente de

---

<sup>609</sup> Véase M.A. DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, *El incumplimiento en la concesión de servicio público (la extinción de la concesión de servicio por causas de incumplimiento según la normativa general estatal y local)*, RDU, 1981. ISBN: 84-7111-165-9, R. FERNÁNDEZ DE VELASCO, "Teoría jurídica de las concesiones administrativas", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1918. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*. Editorial Civitas (4ªEd), Madrid, 2007, págs 13 y ss. ISBN: 9788447024940, J.L. MEILÁN GIL, "La "cláusula de progreso" en los servicios públicos", Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968 y D.V. BLANQUER CRIADO, *La concesión de servicio público*. Tirant lo Blanch, Valencia 2012. ISBN: 978-84-9004-723-1.

Para una descripción en profundidad de la legislación histórica en materia de contratación a nivel de entidades locales véase: <http://www.ecadal.org/tag/Contrataci%C3%B3n> (Consultado el 5.03.2017).

Una tabla de la legislación más importante en materia de contratación pública desde 1911 la encontramos en I. OCHSENIUS ROBINSON, *Mecanismos de control, mejora y calidad en la contratación pública*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Marzo 2019, págs. 43-44. ISBN: 978-84-7052-485-1

<sup>610</sup> Gaceta de Madrid, 1846-02-11, n. 4168.

<sup>611</sup> Gaceta de Madrid, 1852-02-29, n. 6460.

<sup>612</sup> J. PERDIGÓ SOLÀ, "El agua, los servicios de interés general y la Directiva de Concesiones" en libro col. *Servicios de Interés General Colaboración Público-Privada y sectores específicos*, (dir.) V. PARISIO, V. AGUADO I CUDOLÀ, B. NOGUERA DE LA MUELA. Tirant lo Blanch. Valencia 2016. ISBN 978-84-914-3793-2 G. Giappichelli Editore. Torino 2016. ISBN/EAN 978-88-921-0553-9. Págs. 301-336.

contratación; pliegos de condiciones generales para los contratos de obras públicas y las primeras normas de contratación a nivel local<sup>613</sup>.

La *instrucción para la promoción y ejecución de las obras públicas de 10 de octubre de 1845* se intentó sustituir por el *Decreto de 14 de noviembre de 1868* referido a bases generales para la nueva legislación de obras públicas. La Septembrina o Revolución Gloriosa de septiembre de 1868, que supuso el exilio de Isabel II y el inicio del Sexenio Democrático, supuso una reforma de carácter liberal, una de cuyas manifestaciones fue la liberalización en obras públicas. En efecto, a través de este Decreto se pretendía que fueran los particulares quienes tomaran la iniciativa en este campo.

Sin embargo no tuvo un gran éxito, ya que la *Ley de Bases de 29 de diciembre de 1876*, intentó limitar esa iniciativa tan radical, siguiendo los pasos de la *instrucción de 1845*<sup>614</sup>.

No es hasta 1877 que encontramos el origen de la Colaboración Público Privada en la *Ley General de Obras Públicas de 13 de abril*<sup>615</sup>. Esta ley, además de definir la obra pública, reserva la titularidad de las mismas al Estado, Municipio o Provincia a causa del interés general (y a quienes corresponden en consecuencia las facultades de policía en ejecución y de examen y aprobación de potenciales proyectos), pero incentiva las concesiones en caso de que la obra sea susceptible de explotación por precio, limitando las posibilidades de la ejecución directa<sup>616</sup>.

En 1883 nos encontramos con el *Real Decreto de 4 de enero de 1883* por la que se aprueban reglas para la celebración de toda clase de contratos sobre servicios y obras públicas por las Diputaciones y los Ayuntamientos<sup>617</sup>.

El *Real Decreto de 11 de junio de 1886* aprueba el *Pliego General de Condiciones para la Contratación de las Obras Públicas* mediante el que se busca mejorar la eficiencia del sistema de contratación, abonando al contratista en función de lo construido, pero asignando a cada

---

<sup>613</sup> Reales decretos de 15 de Septiembre de 1852, de 10 de Julio de 1861 y de 4 de Enero de 1863, respectivamente.

<sup>614</sup> M. E. LÓPEZ MORA, *Los contratos de concesión a la luz de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión: retos y novedades*. Atelier 2019, pág. 244. ISBN: 9788417466404

<sup>615</sup> E. RÍOS MARÍN. *La contratación pública local: avances y retrocesos en su regulación. Incidencia de las Directivas “de cuarta generación”*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona 2016, págs. 60-69. ISBN: 9788416652204

<sup>616</sup> M. A. BERNAL BLAY, *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”*, Civitas Thomson Reuters, Pamplona 2011, págs. 56-67.

<sup>617</sup> Gaceta de Madrid, 1883-01-05, n. 5. Págs. 33-36.

clase de obra un precio invariable. Una de las principales novedades es que el replanteo de la obra se hace con anterioridad a su subasta.

Ya a comienzos del siglo XX, el 18 de marzo de 1903, se aprueba un nuevo *Pliego de Condiciones Generales para la Contratación de Obras Públicas*. Y la posterior *Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911* regula en su capítulo V la contratación de servicios y obras públicas, normalizando el procedimiento de adjudicación de contratos de obra. El procedimiento preferido para la adjudicación es la subasta, limitándose el concurso a casos excepcionales recogidos en la ley, que también indica cuando se podrían adjudicar los contratos directamente.

En 1924 se promulga un *Real Decreto* por el que se aprueba el *Reglamento para la contratación de las obras y servicios a cargo de las entidades municipales*<sup>618</sup>.

Las *leyes de 9 de septiembre de 1931 y de 12 de julio de 1933*, en lo referente a contratos que podían ser concertados directamente por la Administración, modificaron la ley de 1911. Por otra parte, el *Decreto de 16 de febrero de 1932* regula la contratación por destajos, donde la Administración ejecuta directamente las obras, encajando la figura dentro de la contratación concertada.

La *Ley de 17 de octubre de 1940 sobre garantías de los licitadores* se promulga para determinar las garantías que debían depositar los licitadores y así facilitar su concurrencia.

La motivación de la promulgación de la *Ley de 20 de diciembre de 1952*, que viene a sustituir el capítulo V de la *Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911* arriba mencionada, es restablecer las normas básicas de contratación administrativa que habían quedado suspendas durante la Guerra Civil y la posguerra<sup>619</sup>. Como curiosidad destacar que, mientras que la Ley de 1911 dejaba a los pliegos de condiciones de cada contrato el definir los requisitos a cumplir por los contratistas, esta nueva regulación establece causas que impiden a personas físicas y jurídicas incursas en ella contratar con la Administración.

Personas que hubieran sido condenadas mediante "*sentencia firme por cualquier jurisdicción a penas graves o a cualquier clase de pena como sanción de delitos de falsedad o contra la propiedad*", o que estuvieran procesadas por estos delitos; declaradas "*en suspensión de pagos o incursos en procedimiento de apremio como deudores a la Hacienda del Estado o a*

---

<sup>618</sup> Gaceta de Madrid, 1924-07-04, n. 186, p. 114-120.

<sup>619</sup> J. JIMÉNEZ AYALA, *Gestión de contratos de obras de las Administraciones Públicas. Estudio de los orígenes y causas de las habituales desviaciones presupuestarias*. Noviembre 2003. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2004.

*las Haciendas locales o de las Administraciones autónomas*”; que culpablemente hubieran dado lugar “a la resolución de cualquier contrato celebrado con el Estado, con las Administraciones locales o con las Administraciones autónomas”; que estuvieran privadas “de la libre disposición de sus bienes” o que fueran “funcionarios públicos dependientes de la Administración del Estado, de las Administraciones autónomas o de las Administraciones locales”. Vemos que estas causas son muy similares, por no decir idénticas, a las prohibiciones de contratar actualmente recogidas en la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público<sup>620</sup>.

Con el objeto de desarrollar y completar el mandato de la *Ley de Régimen Local* aprobada por *Decreto de 16 de diciembre de 1950*, se redacta el *Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales* (1953), uno de cuyos fines era “prevenir y evitar cuantas corruptelas pudieran deslizarse en el área de los intereses particulares con menoscabo de los generales de *Municipios y Provincias*”<sup>621</sup>. En este reglamento se permite expresamente que los contratos de concesión de servicios (y los de explotación de servicios municipalizados en régimen de empresa mixta) se celebren mediante concurso-subasta o concurso<sup>622</sup>.

En desarrollo de la *Ley de Bases de Régimen Local del 17 de Julio de 1945* (y posterior texto articulado de 1950) nos interesa el *Decreto de 17 de Junio de 1955* por el que se aprueba el *Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales*, que disciplina la concesión como la manera indirecta de prestar servicios públicos<sup>623</sup>. Este decreto considera la realización de la obra previa como un paso previo, marginal a la prestación del servicio<sup>624</sup>. Es decir, la concesión de obra derivaba de la de servicio.

*“1. Los servicios de competencia de las Entidades locales podrán prestarse mediante concesión administrativa, salvo en los casos en que esté ordenada la gestión directa.*

*2. La concesión podrá comprender:*

*a) la construcción de una obra o instalación y la subsiguiente gestión del servicio a que estuvieren afectas; o*

---

<sup>620</sup> Véase el artículo 71. Prohibiciones de contratar. También el artículo 60 del TRLCSP, ya derogado.

<sup>621</sup> Decreto de 9 de enero de 1953. Boletín Oficial del Estado, 1953-02-13 n. 44. Págs. 907-914.

<sup>622</sup> Véase el artículo 37.

<sup>623</sup> Boletín Oficial del Estado, 1945-06-18 n. 199. Págs. 360-384

<sup>624</sup> Boletín Oficial del Estado, 1955-06-15, n. 196, p. 360-384

b) *el mero ejercicio del servicio público, cuando no requiera obras o instalaciones permanentes o estuvieren ya establecidas*<sup>625</sup>.”

Lo interesante es que en un mismo texto reunía todas las posibles maneras de gestionar un servicio y explicaba y clarificaba su régimen jurídico<sup>626</sup>.

La *Ley 96/1960 de 22 de diciembre de Fianzas para los Contratos de Obras de Estado* se promulga con el objetivo de unificar las normas relativas a las garantías que debe prestar el contratista, así como para armonizar los criterios a aplicar a la hora de establecerlas<sup>627</sup>.

El *Decreto n. 923 de 8 de Abril de 1965*, que era el desarrollo gubernamental de la *Ley 198/1963 de 28 de diciembre de Bases de Contratos del Estado*, aprobaba el texto articulado de la *Ley de Contratos del Estado* cuyo objetivo principal era hacer una regulación inclusiva de todos los contratos estatales<sup>628</sup>. El texto legal constaba de un Título preliminar, un Libro primero con tres Títulos, un Libro segundo con dos Títulos y un Libro tercero con un único Título, con un total de 125 artículos, tres disposiciones adicionales y siete disposiciones finales<sup>629</sup>. De la Ley de Bases queremos destacar las Bases IX, X, XI, XII y XIII que se referían al contrato de gestión de servicios públicos, dándole un régimen jurídico unificado; estableciendo como modalidades, la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta y como modos de adjudicación el concurso y excepcionalmente, el concierto directo; previendo sus efectos y formas de extinción y por último, regulando su cesión y subcontratación<sup>630</sup>.

Esta *Ley de Contratos del Estado* exige que las concesiones de obra vayan acompañadas de estudios económicos que regulen la utilización y el régimen tarifario<sup>631</sup>. La normativa dedica su título II al contrato de gestión de servicios públicos, título en el que recoge la prestación

---

<sup>625</sup> Véase el artículo 114 en especial el punto 2.

<sup>626</sup> Véase S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, I. La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al derecho*. Iustel Enero de 2011. ISBN: 978-84-9890-136-8 (84-96440-34-6 Obra completa). En particular IV. Propiedad pública, obra pública y expropiación forzosa del Capítulo Segundo. La emergencia histórica de las instituciones y técnicas jurídicas de la acción social y económica de las administraciones públicas.

<sup>627</sup> Boletín Oficial del Estado, 1960-12-23, n. 307. Págs. 17609-17610

<sup>628</sup> Boletín Oficial del Estado, 1963-12-31, n. 313. Págs. 18230- 18236. Para tener una visión de la evolución legal de la contratación pública en España desde la LCE de 1965 hasta nuestros días, véase I. GALLEGO CÓRCOLES, “El Derecho de la contratación pública: Evolución normativa y configuración actual”, en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo I. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 83-93. ISBN: 978-84-9169-926-2

<sup>629</sup> J. DE LA MORENA LÓPEZ, “Ley de contratos públicos en España desde 1963 (Capítulo II. Parte 1ª)”. Artículo de opinión en ObCP. 29.01.2018.

<sup>630</sup> Boletín Oficial del Estado, 1963-12-31, n. 313. Págs. 18230 – 18236.

<sup>631</sup> Véase artículo 22. 6 y 7.

indirecta por un concesionario siempre que el servicio sea susceptible de explotación y no implique el ejercicio de la potestad pública; así como la prohibición de que la gestión sea a perpetuidad, limitándola a un máximo de 99 años<sup>632</sup>. Además enumera las posibles modalidades del contrato de gestión de servicios públicos, que son idénticas a las que, como veremos a continuación, se recogen en el ya derogado TRLCSP<sup>633</sup>. Ya desde esta ley se considera a las concesiones de servicios como una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos<sup>634</sup>.

Por otra parte, es en esta norma donde se reconocen por primera vez en un texto de rango legal, pues previamente venían recogidas con rango reglamentario en el *Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953* (arriba estudiado), las prerrogativas de la Administración de interpretar, modificar y resolver contrato<sup>635</sup>. Previamente estas potestades debían consignarse en los pliegos contractuales.

La ley viene desarrollada mediante el *Decreto 3354/1967 de 28 de diciembre*, que da vida al *Reglamento General de Contratación para la aplicación de la Ley de Contratos del Estado* aprobada por *Decreto n. 923 de 8 de Abril de 1965*<sup>636</sup>. Al ser su objetivo principal el reunir en un único cuerpo legal el régimen de contratos del Estado, el reglamento incorpora en su texto las disposiciones de la ley que desarrolla, haciendo muy clara la distinción entre la parte legal y la reglamentaria, facilitando así la interpretación<sup>637</sup>.

De la *Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local* (en adelante LBRL) debemos decir que define los servicios públicos como aquellos “*que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias*” y enumera las formas de prestación, que puede ser

---

<sup>632</sup> En palabras de J.F. MESTRE DELGADO: “*noventa y nueve años – tria genicula: tres veces la edad de Cristo como criterio para evitar cualquier posibilidad de usucapión*”. “La extinción del contrato de concesión de servicios en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 74, Iustel, marzo 2018, pág. 47. ISSN 1889-0016

<sup>633</sup> F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Aranzadi, Navarra 2018, págs. 43 y 44. ISBN: 978-84-9197-030-9

<sup>634</sup> Boletín Oficial del Estado, 1965-04-23, n. 97. Págs. 5914-5924.

<sup>635</sup> J.L. MEILÁN GIL, “Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión”, *Revista de Administración Pública* nº 191, Madrid, mayo-agosto 2013, págs. 11-41. ISSN: 0034-7639

<sup>636</sup> Véase en particular el LIBRO II: De los distintos tipos de contratos administrativos. TÍTULO I: Del contrato de obras. CAPÍTULO I Disposiciones generales. SECCIÓN 2ª del contrato de concesión de obras públicas: Artículo 130. Boletín Oficial del Estado, 1968-01-31, n. 27. Págs. 1430-1441.

<sup>637</sup> J. DE LA MORENA LÓPEZ, “Ley de Contratos Públicos en España desde 1963 (Capítulo III. Parte 1ª)”. Artículo de opinión en ObCP. 03.09.2018

directa o indirecta, entre las cuales se encuentra, a tenor de la legislación de contratos públicos, la concesión<sup>638</sup>.

La *Ley 13/1995 de 18 de mayo de contratos de las Administraciones Públicas* (LCAP) regula las concesiones de obra equiparándolas a los contratos administrativos, al considerarlas una modalidad especial de contrato de obras<sup>639</sup>. Esto significa que el contrato de concesión de obra ya no deriva del contrato de concesión, teniendo de nuevo sustantividad propia, que había perdido a raíz de la regulación del *Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales*<sup>640</sup>.

Esta ley, siguiendo a la *Ley de Contratos del Estado*, recoge en el apartado 4 del artículo 124 dedicado al contenido de los proyectos de obras, la obligación de que los contratos de concesión de obras públicas vengán acompañados de los estudios económicos y administrativos pertinentes, así como de las tarifas que hayan de aplicarse.

De nuevo, en su artículo 157 recoge entre las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos, la concesión de servicios. Y vuelve a limitar su duración, sólo que esta vez el plazo se reduce a 75 años<sup>641</sup>.

Es también de interés que, hasta su promulgación, el principio de riesgo y ventura sólo era de aplicación a los contratos de obra y reflejaba la obligación de resultado a que se sometía el contratista. El artículo 99 de esta ley extiende este principio a todos los contratos administrativos, e implica que el contratista debe hacer frente a los riesgos asumidos<sup>642</sup>.

El *Real Decreto legislativo 2/2000 de 16 de junio* aprueba la refundición de la *Ley 13/1995 de 18 de mayo de contratos de las Administraciones Públicas* (TRLCAP en adelante)<sup>643</sup>. Es tal la similitud con su antecesora, que en determinados aspectos no cambia ni el número de artículo (como sería el caso del mencionado artículo 124 dedicado al contenido de los proyectos de obras). Por supuesto la concesión de obras queda ya definitivamente incluida entre los contratos de carácter administrativo.

---

<sup>638</sup> Véase el artículo 85 de la *Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local*. BOE nº 80, de 3 de abril de 1985. Págs. 8945 – 8964. BOE-A-1985-5392.

<sup>639</sup> BOE nº 119, de 19 de mayo de 1995. Págs. 14601-14644.

<sup>640</sup> Véase J.A. MORENO MOLINA, *Contratos públicos. Derecho comunitario y derecho español*. McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid 1996. ISBN: 84-481-0565-6.

<sup>641</sup> Véanse los artículos 157 y 158.

<sup>642</sup> A. HUERGO LORA, “Skin the game: Riesgo Operacional y Responsabilidad Patrimonial Administrativa”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 74, Iustel, marzo 2018, págs. 20-33. ISSN 1889-0016

<sup>643</sup> BOE nº 148, de 21 de junio de 2000. Págs. 21775-21823.

El cambio viene de la mano de los contratos de gestión de los servicios públicos, en los que manteniéndose las modalidades de contratación, cambian los plazos máximos de duración. En particular nos dice el artículo 157 que:

*“El contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de los siguientes períodos:*

*a) Cincuenta años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público.*

*b) Veinticinco años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.*

*c) Diez años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en el párrafo a).”*

Conforme pasan los años, se plasma con mayor claridad y rigurosidad la necesidad de no restringir la concurrencia en el ámbito de los servicios públicos.

Por otra parte, la *Ley 13/2003 de 23 de mayo reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, siguiendo el criterio sostenido por el Consejo de Estado, modificó la TRLCAP con el Título V del Libro II dedicado a los contrato de concesión de obras públicas (que son aquellos cuyo objeto es tanto la construcción y explotación conjunta como únicamente la explotación de obras<sup>644</sup>). Al tener carácter de legislación básica en su mayor parte es de obligado cumplimiento para todas las Administraciones.

La ley detalla las cuatro características fundamentales de esta figura contractual. A saber:

1. Obra pública, que es la realidad material que permite su explotación por el concesionario. A este respecto, el artículo 225 recoge la remuneración del concesionario mediante la explotación, remuneración susceptible de completarse

---

<sup>644</sup> Véase artículo 220.1 de la ley 13/2003. Véase también J.A. MORENO MOLINA, J. PINTOS SANTIAGO, *Los contratos administrativos y su aplicación: obras, suministros, servicios y concesiones de obras y servicios*. El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 109-111. ISBN: 9788470527791 y P. MENÉNDEZ GARCÍA, R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, “Análisis histórico-jurídico de la concesión de obra pública” en libro col. *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas* (coord.) A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Civitas, 2010, págs. 51-102. ISBN 978-84-470-3467-3.



mediante contraprestaciones en dinero o en especie de la Administración Pública concedente<sup>645</sup>.

2. Riesgo concesional, que implica que el concesionario asume el riesgo de construcción, conservación y explotación. Esta asunción debe ser, en palabras del preámbulo de la Ley, en «*proporción sustancial*». El concesionario debe asumir una parte importante del riesgo del negocio, pero siempre teniendo en cuenta que el horizonte temporal a largo plazo de este tipo contractual no puede llevar a transformarlo en un negocio aleatorio, ya que se desincentiva la iniciativa privada.

La ley lo expresa muy claramente en el artículo 243. b) referido a las obligaciones del concesionario, entre las que se encuentra: “*Explotar la obra pública, **asumiendo el riesgo económico de su gestión con la continuidad y en los términos establecidos en el contrato u ordenados posteriormente por el órgano de contratación.***”

3. Equilibrio económico de la concesión, que deberá restablecerse tanto a favor del concesionario, que no ha causado debate, como de la Administración pública concedente, tema más controvertido.

*“Artículo 248. Mantenimiento del equilibrio económico del contrato.*

*1. El contrato de concesión de obras públicas **deberá mantener su equilibrio económico** en los términos que fueron considerados para su adjudicación, **teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario**, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.*

*2. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:*

*a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las condiciones de explotación de la obra.*

*b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 144 de esta ley.*

*c) Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en los artículos 230.1.e) y 233.1.d) de esta ley.*

---

<sup>645</sup> Véase en particular los artículos 245. *Aportaciones públicas a la construcción de la obra* y 247. *Aportaciones públicas a la explotación de la obra.*

3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan.

*Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la ampliación o reducción del plazo concesional, dentro de los límites fijados en el artículo 263, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. En el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b), la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación.”*

Es simplemente la plasmación de la justa retribución del empresario, que tiene su correspondiente en el interés público a satisfacer<sup>646</sup>. En este sentido, el apartado 2 del artículo 220 introduce el concepto de riesgo y ventura como característica *sine qua non* de este tipo contractual y el artículo 239 se dedica exclusivamente al principio de riesgo y ventura en la ejecución de las obras. El mantenimiento del equilibrio económico de la concesión es además un derecho del concesionario, a tenor del artículo 242.

4. Diversificación de la financiación, con el objetivo de atraer capital privado. La concesión se introduce en el tráfico mercantil y consecuentemente se podrá ceder e hipotecar. El concesionario podrá, además, financiarse a través de entidades de crédito, la emisión de obligaciones, bonos, etc; o contar con un aval público.

En 2007, introduciendo las Directivas de 2004, se promulga la *Ley 30/2007 de 30 de Octubre de contratos del Sector Público (LCSP)*, sustituida poco tiempo después por el *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP)*<sup>647</sup>.

La LCSP, que introduce por primera vez el contrato de CPP con carácter subsidiario a las demás modalidades contractuales, sigue manteniendo la concesión de obra como contrato típico, pero limita su objeto a aquellas concesiones que supongan su realización y explotación (definición mantenida en el TRLCSPP)<sup>648</sup>.

---

<sup>646</sup> Véase el artículo 248.

<sup>647</sup> BOE nº 261, de 31 de octubre de 2007. Págs. 44336- 44436.

<sup>648</sup> Véase artículo 7.1 del TRLCSPP.

Como dice la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del gobierno de Canarias<sup>649</sup>:

*“(…) en la actualidad, es **elemento integrante, necesario e imprescindible, del contrato de concesión de obra pública que su objeto comprenda la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I del TRLCSP o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante. No cabe, por tanto, calificar como contrato de concesión de obras públicas, con arreglo a la legislación vigente, el que tuviera por objeto exclusivo la explotación de una obra pública.**”*

Y añadimos nosotros: en el caso de explotación de una obra ya terminada, de acuerdo con la Cuarta Generación de Directivas de Contratación, si hay transferencia de riesgo operacional, nos encontraríamos ante una concesión de servicios.

La ley además recoge la opción de fijar umbrales de reequilibrio. Sin embargo, no especifica cómo llevarlo a cabo, dejándolo al clausulado del contrato o a la decisión de la Administración.

Como hemos visto en el epígrafe **2. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014** del **CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN**, la trasposición en plazo de la vigente LCSP no fue posible porque la disolución de las Cortes Generales en octubre de 2015 debido a la celebración de elecciones generales el 20 de diciembre del mismo año, imposibilitó la tramitación parlamentaria de las nuevas leyes que incorporaban las Directivas, tras haberse completado su compleja elaboración y tramitación administrativa<sup>650</sup>.

Durante un periodo de casi dos años, a pesar de tener ya un Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de trasposición de la Cuarta Generación de Directivas, la contratación pública española se ha apoyado en el *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre* y en el

---

<sup>649</sup> Informe 1/2014 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias. *Calificación de contratos típicos y la libertad de pactos.*

<sup>650</sup> En España, es un problema ya conocido, J.M. GIMENO FELIÚ, “La incorporación del Derecho comunitario al Ordenamiento nacional”. Noticias de la Unión Europea nº 267, 2007, págs. 61-67. ISSN 1133-8660. Sobre la tramitación parlamentaria de la LCSP, J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, “La tramitación parlamentaria de la Ley de Contratos del Sector Público”, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública nº XVIII, La Ley de Contratos del Sector Público, 2018, págs. 45-58. Véase también J. M. GIMENO FELIÚ, “Hacia una nueva ley de contratos del sector público. ¿Una nueva oportunidad perdida?”, Revista Española de Derecho Administrativo nº182, Enero – Marzo 2017, págs. 181-221.

efecto directo de las Directivas, explicado por diversos documentos, lo que obviamente no redundaba en la seguridad jurídica de las licitaciones<sup>651</sup>.

Sí es verdad que se incorporaron algunos preceptos de las mismas en el TRLCSP: la acreditación por el empresario de su solvencia económica y financiera; la nueva regulación de las prohibiciones de contratar, de la responsabilidad del concesionario, de los contratos reservados a centros especiales de empleo, empresas de inserción o que se ejecuten en el marco de programas de empleo protegido.

Con esta somera descripción del devenir histórico-legislativo del contrato de concesión en nuestro país, queda patente que nuestro régimen jurídico en la materia es mucho más amplio y cuenta con una mayor tradición que el regulado por la Directiva de Concesiones. Aún más si incluyéramos todas las modalidades dentro del contrato de gestión de servicio público, aunque como veremos en el siguiente apartado, estas modalidades y algunas concesiones españolas no cumplen con los requisitos comunitarios para ser considerados como negocios concesionales.

## **2. Antecedentes de la LCSP. En particular, el contrato de gestión de servicios públicos y su problemática**

La legislación española ha distinguido tradicionalmente de forma muy clara entre los contratos de gestión de servicio público, en los que una Administración titular de una actividad publicada decide prestarla indirectamente a través de un tercero y los contratos de servicios, en los que era la propia administración contratante la que recibía el servicio prestado<sup>652</sup>:

---

<sup>651</sup> Véase el Informe 17/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. *Efectos de las Directivas de contratación pública en la regulación de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, tras la conclusión del plazo de transposición. Posibilidades de desarrollo*, la Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública. BOE nº 66, de 17 de marzo de 2016. Págs. 20456-20474. BOE-A-2016-2700 y el Documento de estudio presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1 de marzo de 2016 por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, *Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público*. Véase también J.M. GIMENO FELIÚ, “El valor interpretativo de las nuevas directivas de Contratación Pública antes del vencimiento del plazo de transposición”. Artículo de opinión en ObCP. 30.03.2015 y F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ. *La nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Aranzadi, Navarra 2018. ISBN: 978-84-9197-030-9. En particular el Capítulo VI. La aplicación de la directiva de concesiones en España

<sup>652</sup> J.M. GIMENO FELIÚ, “La delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP”, Revista Española de Derecho Administrativo nº 156, 2012, pág. 20. J. ALEMANY GARCÍAS, *La recuperación de los servicios públicos locales. (Texto actualizado a la Ley 9/2017,*

*“En definitiva, **había dos tipos de relaciones, la que se establecía entre la Administración y el empresario, concesionario, que era contractual (contrato de gestión de servicios públicos), y la que se establecía entre el concesionario y el usuario del servicio, que se regulaba por la normativa propia del servicio que se prestaba.***

*Por el contrario, **en las prestaciones susceptibles de ser objeto de un contrato de servicios, quien las prestaba, y, por tanto, se relacionaba con el usuario era la Administración, quien, en el caso de insuficiencia de medios, celebraba un contrato (contrato de servicios), con un empresario particular”.***

Pero esta figura del contrato de gestión de servicios públicos no existe ni ha existido como tal a nivel comunitario<sup>653</sup>. No es que desaparezca en la Cuarta Generación de Directivas, sino que tampoco se recogía en las anteriores<sup>654</sup>.

---

*de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público) Editorial Civitas, Madrid, 2018, págs. 32-35. ISBN: 9788491977261. La Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón lo expresa muy claramente, “Hasta la regulación de la LCSP, se defendía que la diferencia entre los contratos de servicios y gestión de servicios públicos era el destinatario de la prestación. En la actualidad, resulta insuficiente este criterio de diferenciación, de modo que los factores distintivos pueden ser mejor el régimen de la prestación del servicio y de explotación del mismo. En todo caso, estaremos en presencia de un contrato de servicios –y nunca de un contrato de gestión de servicios públicos- cuando el contratista no asuma riesgos en la explotación”.*

<sup>653</sup> En palabras de F. CACHARRO GOSENDE: *“Por consiguiente, al menos desde la entrada en vigor de la Directiva 2004/18/CE (si no antes, pues ya desde 2000 existía jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de concesión de servicio) se daba una relativa inadecuación en esta materia entre la legislación española y el Derecho comunitario, con el efecto práctico de la indebida exclusión de múltiples contratos de servicios (camuflados bajo la errónea denominación de contratos de gestión de servicios públicos) del ámbito de aplicación de la Directiva. El origen de esta anómala situación reside en que la legislación española y las directivas partían de diferentes bases conceptuales a la hora de definir la concesión, lo que, al proyectar la regulación europea sobre la normativa española generaba una considerable confusión”* “La concesión de servicios en la LCSP/2017” en libro col. *La nueva contratación pública en el ámbito local claves para una contratación electrónica y transparente* (dir.) M<sup>a</sup> C. CAMPOS ACUÑA, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, pág. 1063. ISBN: 9788470527531. Véase también L. MÍGUEZ MACHO, “La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la directiva 2014/23/UE: repercusiones para el derecho español” en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 395 a 408. ISBN 978-84-9098-454-3. Y en libro col. *Las nuevas Directivas de contratación pública* (dir.) S. RODRÍGUEZ-CAMPOS, Marcial Pons (Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo), 2016, págs. 217-232. ISBN 978-84-9123-089-2.

<sup>654</sup> *Acuerdo 51/2014, de 4 de septiembre de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por AUTOBUSES TERUEL ZARAGOZA, S.A, frente al procedimiento de licitación denominado «Gestión y explotación del servicio municipal de transporte colectivo urbano de viajeros de la ciudad de Teruel, en su modalidad de concesión administrativa», promovido por el Ayuntamiento de Teruel. RE 088/2014. Véase también A. FORTES MARTÍN, *La gestión contractual del servicio de recogida de residuos domésticos*, Iustel Publicaciones, Madrid, 2018, pág. 202. ISBN: 9788498903553.*

Como ya sabemos, a raíz de esta última generación de Directivas, las concesiones se someten a una regulación armonizada a nivel europeo y, como gran cambio las concesiones de servicios se contemplan como una categoría separada, lo que lógicamente se ha visto reflejado a nivel interno y ha generado no poco debate<sup>655</sup>.

La consecuencia del efecto directo a nivel español, debido a la trasposición tardía de la Directiva de Concesiones a través de la *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público* (LCSP), implicaba que el artículo 8 del TRLCSP, referido a los contratos de gestión de servicios públicos, quedaba desplazado a partir del 18 de abril de 2016 por la aplicación de la Directiva de Concesiones. Desde ese momento los contratos de gestión de servicios que cumplieran los requisitos de la mencionada Directiva y que superaran los umbrales comunitarios, se consideraban concesiones de servicios. Por debajo de esta cuantía se podía seguir utilizando el contrato de gestión de servicios públicos. Nos remitimos al apartado **2.2. Régimen jurídico del contrato de gestión de servicios públicos** de este mismo epígrafe, donde se explica la normativa que se debía aplicar en ese periodo de efecto directo por falta de trasposición en plazo de las Directiva.

El artículo 8 del TRLCSP, arriba mencionado, nos decía que:

*“1. El contrato de gestión de servicios públicos es **aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante.*** (...)”

En este sentido, el artículo 275 del mismo texto legal aclaraba el ámbito de aplicación de este contrato, considerado como una forma de gestionar indirectamente servicios de la competencia de una administración:

*“1. **La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún***

---

<sup>655</sup> Esta regulación tradicional, consolidada en nuestra legislación de contratos y en las leyes y reglamentos de régimen local, ha sido parcialmente desatendida por la Ley 9/2017 al incorporar la Directiva 2014/23, de concesiones. La ley no tenía más remedio que trasponer el contenido vinculante de la Directiva, pero alguna doctrina ha hecho notar, con razón, que podía haber utilizado soluciones regulatorias más claras y acordes con el régimen tradicional de la gestión de servicios públicos. El problema viene de que así como en España se ha aplicado con normalidad la legislación de contratos a las concesiones, no ha ocurrido lo mismo en otros países centro europeos como Alemania donde han venido utilizando fórmulas de colaboración público privada mucho más flexibles que las concesiones de raigambre francesa y española. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo XIII. Contratos del sector público*. BOE, Madrid, 2018, pág. 94. ISBN 978-84-340-2496-0

*caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.”*

Mientras en el contrato de gestión de servicios público se subraya que es un tercero el que se encargará de prestar un servicio de competencia de la administración encomendada (servicio entendido como servicio público), en la Directiva, la titularidad y la competencia se obvian, para resaltar la importancia de la transferencia del riesgo, como rasgo definitorio de la concesión de servicios. En términos prácticos esto se traduce en que, dentro de los importes armonizados, un contrato que en España consideraríamos de servicios, al ser la Administración contratante la destinataria de la prestación, se deba configurar como concesión de servicios si el riesgo operacional está efectivamente transferido<sup>656</sup>. Y por el contrario, contratos de gestión de servicios en su primera modalidad de concesión de servicios pueden pasar a considerarse como contratos de servicios a tenor de las Directivas si no se cumplen los requisitos de la remuneración por explotación y de la transferencia del riesgo.

Además de esta importante divergencia de base, lo que ocurre es que esta situación era susceptible de generar confusión entre los operadores económicos, porque a nivel comunitario y a nivel español nos encontramos con dos tipos de contrato, aunque el objeto sea sustancialmente idéntico<sup>657</sup>. Y esto es así porque como bien dice el Acuerdo 51/2014, de 4 de septiembre de 2014 del TACPA, ya mencionado<sup>658</sup>:

***“Los contratos de gestión de servicios públicos, a diferencia de lo que ocurre con los contratos de obras, servicios y suministros, no tienen su origen y fundamento en la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, sino en la normativa estatal que regula la contratación pública (en la actualidad TRLCSP).”***

---

<sup>656</sup> Véase el informe de 16 de julio de 2015 de la Comisión Nacional de los mercados y la Competencia. Pág. 71. IPN/CNMC/010/15: Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público

<sup>657</sup> J.A SANTA MARÍA PASTOR, “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública”, Revista Española de Derecho Administrativo nº 159, julio-septiembre 2013, págs. 25 y 26.

<sup>658</sup> Acuerdo 51/2014, de 4 de septiembre de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por AUTOBUSES TERUEL ZARAGOZA, S.A, frente al procedimiento de licitación denominado «Gestión y explotación del servicio municipal de transporte colectivo urbano de viajeros de la ciudad de Teruel, en su modalidad de concesión administrativa», promovido por el Ayuntamiento de Teruel. RE 088/2014.

Como ya advertíamos, hasta la efectiva trasposición de la cuarta generación de Directivas de Contratación a través de la LCSP, el contrato de gestión de servicio público quedaba desplazado, pero sólo en contratos de importe armonizado que cumplieran los requisitos de transferencia de riesgo descritos por las Directivas. Con la promulgación de la nueva ley se elimina la inseguridad jurídica que esta situación podía generar.

En efecto, la nueva ley no contempla este tipo de contrato en ninguna circunstancia. Es más, ya en su preámbulo advierte que: ***“En el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el artículo 277 del anterior texto refundido. Surge en su lugar, y en virtud de la nueva Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la nueva figura de la concesión de servicios, que se añade dentro de la categoría de las concesiones a la ya existente figura de la concesión de obras”***.

Y en su disposición adicional 34 aclara expresamente que *“las referencias existentes en la legislación vigente al contrato de gestión de servicios públicos se entenderán realizadas tras la entrada en vigor de la presente Ley al contrato de concesión de servicios, en la medida en que se adecuen a lo regulado para dicho contrato en la presente Ley”*, lo que quiere decir que la prestación de servicios, sea cual sea su importe, deberá articularse o bien a través de un contrato de servicios (si no se trasfiere el riesgo operativo) o a través de un contrato de concesión de servicios (si este queda efectivamente transferido al concesionario)<sup>659</sup>.

No obstante lo cual, hay que tener presente la disposición transitoria primera de la LCSP, en cuanto a que los expedientes y contratos ya iniciados (en este caso de gestión de servicio público) se registrarán por la normativa anterior. Es decir, el TRLCSP.

En la actual regulación, las principales diferencias entre los artículo 15 (*Contrato de concesión de servicios*) y 17 (*Contrato de servicios*) son que en el primero los poderes adjudicadores encomiendan la *“gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia”* donde la remuneración es *“el derecho a explotar los servicios”* o *“dicho derecho acompañado del de percibir un precio”*, mientras en el segundo se trata de *“prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad”* donde la contrapartida puede ser un *“precio unitario”*. Es decir, en concesiones, el servicio será siempre competencia de la

---

<sup>659</sup> D. SANTIAGO IGLESIAS, “Los ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación. Exclusiones de la LCSP. Contrato de servicios y de concesión de servicios” en libro col. *La nueva Ley de Contratos del Sector Público: curso de actualización. Especial referencia a la contratación de las entidades locales* (dir.) S. DÍEZ SASTRE, Iuris Utilitas Editorial, Coruña, 2018, pág. 78. ISBN: 9788469788417.



Administración concedente, mientras que en contratos, no será necesariamente así<sup>660</sup>. Además, en las concesiones se trasfiere el riesgo operacional, lo que no sucede en los contratos. Sí que comparten ambos tipos que su objeto no podrá ser “servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”<sup>661</sup>.

De esta somera introducción, podemos decir que las concesiones de servicios no son sólo una novedad a nivel europeo, sino, con ciertos matices, también en nuestra regulación, y esto debido a que, por mucho que el contrato de gestión de servicios públicos pudiera asimilarse a la figura, entre otras cosas porque los servicios públicos debían ser competencia de la entidad adjudicadora y porque la transferencia del riesgo del riesgo era desconocida para la normativa.

### **2.1. Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSLP) vs. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Mención al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (APLCSP)**

El ya derogado TRLCSLP regulaba en el artículo 277 las cuatro modalidades a través de las cuáles se podía articular el contrato de gestión de servicios<sup>662</sup>. A la hora de asimilar estas modalidades con el contrato de concesión recogido en la Directiva es cuando se descubren las profundas diferencias entre el concepto español y su homólogo europeo<sup>663</sup>.

En efecto, en nuestra normativa lo que primaba era la titularidad del servicio y no la transferencia del riesgo operacional y la explotación de la obra o del servicio como forma de

---

<sup>660</sup> Véase el artículo 284. Ámbito del contrato de concesión de servicios. “1. La Administración **podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares**. En ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”.

<sup>661</sup> Arts. 17 *in fine* y 284.1 de la LCSP, respectivamente.

<sup>662</sup> Véase J.L. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, “El proyecto de ley de contratos del sector público de noviembre de 2016 y la gestión contractual de servicios públicos: análisis de su planteamiento y propuesta alternativa”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas* nº 149, 2017. ISSN 1579-3036.

<sup>663</sup> L. MÍGUEZ MACHO, “La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la directiva 2014/23/UE: repercusiones para el derecho español” en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 395 a 408. ISBN 978-84-9098-454-3, y en libro col. *Las nuevas Directivas de contratación pública* (dir.) S. RODRÍGUEZ-CAMPOS, Marcial Pons (Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo), 2016, págs. 217-232. ISBN 978-84-9123-089-2.

remuneración, requisitos ambos dos *sine qua non* y cumulativos, según la Directiva y la abundante jurisprudencia europea, para encontrarnos ante un negocio concesional<sup>664</sup>.

De ahí que de las cuatro modalidades que recogía el artículo 277, la única que podría equipararse a la concesión de la Directiva fuera la “a): la concesión de servicios” y esto siempre que se cumplan las condiciones de remuneración mediante explotación y transferencia de riesgo<sup>665</sup>.

El motivo es que la Directiva, por la definición que hace las concesiones de obra y de servicios, no puede identificarse con la sociedad de economía mixta (si bien es cierto que a esta sociedad se le podrá adjudicar un contrato de concesión de obras o de servicios siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con la normativa de contratación) ni con el concierto. Como mucho podría relacionarse con el de gestión interesada, donde sí hay un reparto de riesgos entre la Administración y el sujeto privado<sup>666</sup>.

Por ello el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (APLCSP), del artículo 277 del TRLCSP, dejaba únicamente vigente la “**Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura**”. Lo mismo ocurre en la LCSP, al menos en el texto como tal, ya que las disposiciones adicionales siguen recogiendo el concierto y la sociedad de economía mixta, como ya advierte en su preámbulo:

**“Sin perjuicio de lo anterior, se mantiene la posibilidad de que se adjudique directamente a una sociedad de economía mixta un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios en los términos recogidos en la Disposición adicional vigésima segunda, siguiendo el criterio recogido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia 196/08 en el**

---

<sup>664</sup> L. MÍGUEZ MACHO, “Ámbito objetivo y subjetivo. Especialidades del ámbito local” en libro col. *La nueva contratación pública en el ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente* (dir.) M<sup>a</sup> C. CAMPOS ACUÑA, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 431-436. ISBN: 9788470527531

<sup>665</sup> Véase J.F. MESTRE DELGADO, “Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión” en libro col. *Tratado de derecho municipal* (coord.) S. MUÑOZ MACHADO, Vol. 2, 2011, págs. 2063-2175. ISBN 978-84-9890-140-5, F. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*. Editorial Civitas (7<sup>a</sup> ed). Madrid, 2008. ISBN: 9788447029013 y F. ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*. Aguilar, 1960.

<sup>666</sup> D. SANTIAGO IGLESIAS lo aclara muy bien: “por lo que respecta a la gestión interesada que, en realidad, no es más que un tipo de concesión caracterizada por compartir el riesgo de la explotación por lo que no parece que haya impedimento en incluirla en el contrato de servicios. También podría calificarse como concesión de servicios siempre que el riesgo se encuentre limitado desde un principio”. “Los ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación. Exclusiones de la LCSP. Contrato de servicios y de concesión de servicios” en libro col. *La nueva Ley de Contratos del Sector Público: curso de actualización. Especial referencia a la contratación de las entidades locales* (dir.) S. DÍEZ SASTRE, Iuris Utilitas Editorial, Coruña, 2018, pág. 77. ISBN: 9788469788417

*caso ACOSET, y en la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada de 5 de febrero de 2008.”*

Tanto la concesión como la modalidad *b) gestión interesada*, se definen en función del régimen de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, que si se transfiere en una proporción suficiente para dejar al contratista sujeto a las incertidumbres del mercado (concepto jurídico muy indeterminado que dependerá de cada contrato concreto) unido a una remuneración basada única o mayoritariamente en la explotación, sí permitirían considerar el negocio como concesional<sup>667</sup>.

En la gestión interesada, que no suponía la aparición de una persona jurídica nueva, la Administración y el empresario participaban en los resultados de la explotación, fueran ganancias o pérdidas, en la proporción establecida en el contrato. En este contrato, a tenor del artículo 180 del *Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, se podía establecer un ingreso mínimo en favor de cualquiera de las partes asociadas cuando el resultado de la explotación llegara a una determinada cuantía. Un ejemplo de su utilización lo encontramos en la gestión indirecta de la plaza de toros de las ventas<sup>668</sup>.

Los rasgos de este contrato eran tres:

1. La Administración asume o participa en los gastos de establecimiento y la inversión inicial y ejerce el control administrativo y financiero.
2. Como consecuencia de esta participación, el gestor-empresario actúa en su nombre y sus actos se imputan a ésta.

---

<sup>667</sup> *“Por su parte, el criterio del riesgo y ventura se utiliza para distinguir la concesión de la gestión interesada, modalidad de gestión indirecta de los servicios públicos en la que tiene lugar una compartición del riesgo entre la Administración contratante y el contratista, al participar ambos en el resultado de la explotación. (...) En realidad lo que se quiere decir es que, en la gestión interesada, ambas partes contratantes participan tanto de los beneficios como de las pérdidas, asegurándose la Administración una participación en las ganancias de la explotación a cambio de garantizar al gestor la remuneración mínima estipulada en el contrato; mientras que en la concesión, la responsabilidad de la gestión corresponde exclusivamente al concesionario (que asumirá la incertidumbre de una mayor pérdida, pero también un mayor beneficio), sin que ello implique que asuma íntegramente el riesgo de la explotación frente a cualquier circunstancia”. F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La Nueva Concesión de Servicios. Estudio del riesgo operacional*, Aranzadi, Navarra, 2018, pág. 107. ISBN: 978-84-9197-030-9.*

<sup>668</sup> Véase:

[http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM\\_ConvocaPrestac\\_FA&cid=1114174844603&definicion=Contratos+Publicos&idPagina=1224915242285&language=es&op2=PCON&pagename=PortalContratacion%2FPage%2FPCON\\_contratosPublicos&tipoServicio=CM\\_ConvocaPrestac\\_FA](http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_ConvocaPrestac_FA&cid=1114174844603&definicion=Contratos+Publicos&idPagina=1224915242285&language=es&op2=PCON&pagename=PortalContratacion%2FPage%2FPCON_contratosPublicos&tipoServicio=CM_ConvocaPrestac_FA) (Consultado el 6.10.2017)

3. Así, el empresario recibe una remuneración por su actuación, que no viene de los usuarios particulares, sino de la Administración. Esta remuneración suele tener una parte fija y otra variable, para incentivar al gestor, una vez que se le ha garantizado que no asume el riesgo del servicio<sup>669</sup>.

Destaca en este contrato la *cláusula de interesamiento*, que motiva al empresario a ofrecer un mejor servicio que redundará en su mayor beneficio económico, y que será positivo para el interés general que es finalmente el bien público que subyace a toda gestión indirecta<sup>670</sup>.

La tercera modalidad era el *“Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate”*.

En esta modalidad lo que importa no es la transferencia del riesgo, ni la remuneración, sino que el operador económico preste servicios similares a aquellos de titularidad pública que se licitan, que deben ser de carácter asistencial. Su desarrollo se encontraba hasta la publicación de la LCSP en la DA 20ª del TRLCSP que hace referencia a los *“Conciertos para la prestación de asistencia sanitaria y farmacéutica celebrados por la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas”*<sup>671</sup>.

Aunque desaparecen como modalidad de gestión indirecta del articulado de la LCSP, como decíamos, se siguen manteniendo en su disposición adicional 19ª (cuyo antecedente era la disposición adicional 20ª del APLCSP) con el mismo objeto de *“prestación de servicios de asistencia sanitaria y que, para el desarrollo de su acción protectora, celebren la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas y otras entidades o empresas”*, con la salvedad de que ya no tendrán la naturaleza de contratos

---

<sup>669</sup> Véase J. NIEVES BORREGO, “La gestión interesada en el derecho administrativo español”, Revista de administración pública nº 26, 1958, págs. 51-100. ISSN 0034-7639.

<sup>670</sup> Como dice L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: *“el interesamiento, esto es, la especial conexión entre la Administración y el gestor que trata de conseguir no sólo el funcionamiento normal del servicio, sino incluso el perfeccionamiento del mismo a través de esta especial forma de remuneración. La posibilidad de aumento de la remuneración del gestor en cuanto el servicio logre un desarrollo más eficiente, la posibilidad de que el gestor se interese, en definitiva, en el buen funcionamiento del servicio, es lo que hace que a este tipo de gestión se le califique de interesada”*. “De la “gestión interesada” a las “cláusulas de interesamiento””, Revista de administración pública nº 36, 1961, págs. 67-108. ISSN 0034-7639.

<sup>671</sup> En relación con los conciertos para la prestación de servicios sociales y sanitarios, véase K. MORENO, M. A. OLAECHEA, A. RODRÍGUEZ, “El desconcierto de los conciertos sanitarios”, Auditoría Pública nº 58, 2012, págs. 9-18, X. LAZO VITORIA, “La figura del “concierto social” tras las Directivas europeas de contratación pública”. Artículo de opinión en ObCP. 07.11.2016 y M. ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, “La colaboración privada en la gestión de servicios sociales públicos. La incidencia de las nuevas directivas de contratación y su transposición al ordenamiento jurídico español”, Revista española de derecho administrativo nº 172, 2015, págs. 317-362, ISSN 0210-8461.

de gestión de servicio público sino de concesión de servicios, criterio acorde a nuestro juicio con la nueva Directiva, siempre que se den los requisitos.

Además impone obligaciones de publicidad mediante un anuncio de información previa en su perfil de contratante y en el DOUE, anuncios de formalización del contrato del artículo 154 y serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación. Esta obligación de publicidad y transparencia, más que la obligación de articular el contrato como concesión de servicios y no como contrato de gestión de servicios es, a nuestro entender, la principal novedad ya que en la regulación del TRLCSP se llegaba a permitir que:

*“Los conciertos que la Mutualidad General Judicial celebre para la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas, y que sean precisos para el desarrollo de su acción protectora, se convendrán de forma directa entre la Mutualidad y la Entidad correspondiente, previo informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Justicia y de la Intervención Delegada en el Organismo”.*

En cualquier caso, la disposición adicional 19ª del LCSP es conforme con la normativa europea de contratación, así como con la jurisprudencia del TJUE, pero el concierto ya no será un contrato de gestión de servicios públicos.

Aquí es preciso hacer una matización al hilo de la STJUE de 27 de octubre de 2005, INSALUD, C-158/03, en la que, a pesar del punto de vista del gobierno español de que las licitaciones convocadas por el Instituto Nacional de la Salud para la prestación de servicios de terapias respiratorias domiciliarias se califican como contratos de gestión de servicios, el TJUE declara en su apartado 32 que *“a diferencia de lo que sostiene el Gobierno español, el presente asunto tiene por objeto contratos públicos de servicios y no contratos de gestión de servicios calificados de concesiones. En efecto, como se ha puesto de manifiesto en la vista, la Administración española sigue siendo responsable de cualquier perjuicio causado por una eventual irregularidad en la prestación del servicio. Esta circunstancia, que implica la inexistencia de transmisión de los riesgos relacionados con la prestación del servicio de que se trata, y el hecho de que sea la Administración sanitaria española quien retribuye el servicio respaldan la citada conclusión”*<sup>672</sup>.

---

<sup>672</sup> STJUE de 27 de octubre de 2005 (C-158/03 INSALUD) ECLI:EU:C:2005:642.

Es decir, sabemos que los conciertos no serán contratos de gestión de servicios, pero habrá que atender a la transferencia del riesgo para saber si son concesiones de servicios o contratos de servicios.

La última modalidad es la “*Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas*”<sup>673</sup>.

La Administración (especialmente en las CCAA y en las Entidades Locales) ha utilizado habitualmente esta figura (que se reguló en normativa de régimen local hasta la *Ley 57/2003, 16 de diciembre, de medidas de modernización del gobierno local*, que completó la regulación del contrato de gestión de servicios públicos, trasladando las modalidades de gestión indirecta de los servicios públicos a la legislación de contratos públicos) para elaborar infraestructuras en el sector del agua y en el de carreteras<sup>674</sup>.

De ahí que quedará regulada en la disposición adicional 35ª de la *Ley 30/2007, de Contratos de del Sector Público*, predecesora del TRLCSP, que como hemos visto las contemplaba en el artículo 277 y en su disposición adicional 29ª<sup>675</sup>.

En la actualidad la LCSP incide tanto en su exposición de motivos como en el apartado 3 de su artículo 28 en la importancia de una fórmula de adjudicación directa de contratos a una sociedad de economía mixta, técnica ajustada a la jurisprudencia europea (véase en particular el fallo de la STJUE de 15 de octubre de 2009 (C-196/08 Acoset SpA), y la regula en su disposición adicional 22ª (también contemplada por el APLCSP en su disposición adicional 23ª) y que por su importancia transcribimos<sup>676</sup>:

---

<sup>673</sup> F. CACHARRO GOSENDE, “La concesión de servicios en la LCSP/2017” en libro col. *La nueva contratación pública en el ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente* (dir.) Mª C. CAMPOS ACUÑA, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 1085-1091. ISBN: 9788470527531. S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo XIII. Contratos del sector público*. BOE, Madrid, 2018, págs. 109-111. ISBN 978-84-340-2496-0, J.M. GIMENO FELIU, “El nuevo modelo concesional: Hacia el necesario equilibrio entre lo Público y lo Privado. Las novedades de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 74, 2018, págs. 4-13. ISSN 1889-0016.

<sup>674</sup> Véase en concreto el apartado 1 del artículo 104 del *Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local* y que sigue vigente. “*Para la gestión indirecta de los servicios podrán las Entidades locales utilizar las formas de Sociedad mercantil o cooperativa cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la Entidad*”.

<sup>675</sup> J.M. GIMENO FELIU, “El nuevo modelo concesional: Hacia el necesario equilibrio entre lo Público y lo Privado. Las novedades de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 74, 2018, págs. 4-13. ISSN 1889-0016.

<sup>676</sup> Artículo 28.3 LCSP: *De acuerdo con los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia establecidos en este artículo, las entidades del sector público podrán, previo cumplimiento de los requisitos legalmente*

*“DISPOSICIÓN ADICIONAL VIGÉSIMA SEGUNDA. Adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta<sup>677</sup>.*

*1. Las concesiones de obras y de servicios podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra mayoritariamente capital público con capital privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado. (...).”*

Si nos fijamos bien, veremos que esta disposición adicional 22ª es muy similar a la disposición adicional 29ª del TRLCSP con la importante diferencia de que en esta última se habla de “*Fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado*” (y no de “*Adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta*”, lo cual tiene mucho sentido al eliminarse la figura de la CPP); de la adjudicación de “*contratos públicos y concesiones*” (y no únicamente de concesiones de obras y servicios) y de que la participación del capital público no tiene por qué ser mayoritaria.

Es preciso hacer aquí dos matizaciones. Por un lado, este requisito de carácter básico que exige la LCSP de que el capital sea público mayoritariamente no implica necesariamente que toda sociedad de economía mixta tenga capital público mayoritario, pero sí que, si se quiere articular una CPPI, será requisito *sine qua non*<sup>678</sup>. Por otro lado, capital público no quiere decir

---

*establecidos, celebrar contratos derivados de proyectos promovidos por la iniciativa privada, en particular con respecto a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios, incluidos en su modalidad de sociedad de economía mixta. Véase también STJUE de 15 de octubre de 2009 (C-196/08 Acoset SpA) ECLI:EU:C:2009:628 y STJUE de 6 de mayo de 2010 (C-145/08 Club Hotel Loutraki y otros) ECLI:EU:C:2010:247.*

<sup>677</sup> Véase I. GALLEGO CÓRCOLES, “El Derecho de la contratación pública. Evolución normativa y configuración actual” en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo I. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 123. ISBN: 978-84-9169-926-2

<sup>678</sup> M.D. REGO BLANCO, “Novedades sobre la sociedad de economía mixta en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, Documentación Administrativa: Nueva Época nº 4, 2017, págs. 151-159. ISSN-e 1989-8983. L. MÍGUEZ MACHO, “Ámbito objetivo y subjetivo. Especialidades del ámbito local” en libro col. *La nueva contratación pública en el ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente* (dir.) Mª C. CAMPOS ACUÑA, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, pág. 435. ISBN: 9788470527531. M.T. CANTO LOPEZ, “El buen gobierno de la sociedad de economía mixta en el marco de la contratación pública” en libro col. *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública* (dir.) M. FERNÁNDEZ SALMERÓN, R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 469-485. ISBN: 978-84-9190-594-3

persona jurídico- pública, es decir, los Poderes Adjudicadores no Administración Pública podrán hacer uso de esta modalidad<sup>679</sup>.

De estos artículos podemos deducir que esta modalidad no se refiere tanto a un contrato, como a una persona jurídica creada ad-hoc, para prestar servicios de titularidad pública. Como en esta persona jurídica concurre minoritariamente capital privado, se debe elegir al socio mediante reglas de concurrencia competitiva. Es decir, mediante los procedimientos regulados en la LCSP. Una vez establecida esta sociedad de economía mixta, esta deberá construir y/o explotar una infraestructura, asumiendo el riesgo de la operación.

Analizaremos ahora la problemática que plantea la actual regulación de la figura. Principalmente, es difícil que estas sociedades ad hoc, sean consideradas como sector privado a tenor de los requisitos establecidos por EUROSTAT, que exige hacer un análisis en tres fases consecutivas.

En primer lugar, la sociedad mixta creada debe tener personalidad jurídica autónoma, lo que exige capacidad de decisión y/o presupuesto independiente. Requisito de imposible cumplimiento si el capital mayoritario (recordemos que es una de las novedades introducidas por LCSP) es público.

Una vez superado este primer escalón, EUROSTAT exige que más del 50% de los costes de la sociedad vengán cubiertos por el 50% de la remuneración recibida por la prestación del servicio o la venta de los productos por ella elaborados. Esta exigencia no es problemática, ya que es inherente al contrato de concesión: la remuneración a través de la explotación.

Por último, la sociedad mixta, para ser definitivamente considerada como sector privado y así computar sus operaciones fuera del ámbito de endeudamiento de la Administración Pública, tendrá que soportar el riesgo de construcción y el de demanda y/o disponibilidad, que ya hemos visto que difiere con el riesgo de oferta o suministro consignado en la Directiva de Concesiones.

En cualquier caso, y a pesar de que este examen en tres fases de un resultado negativo, lo cierto es que las sociedades de economía mixta, sirven como catalizadores de proyectos que captan tanto los recursos públicos como privados para construir infraestructuras complejas

---

<sup>679</sup> J.M. GIMENO FELIU, "El nuevo modelo concesional: Hacia el necesario equilibrio entre lo Público y lo Privado. Las novedades de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 74, 2018, págs. 4-13. ISSN 1889-0016.



demandadas por la sociedad. Es más, la participación del sector privado garantiza la necesaria especialización tecnológica que pueden requerir este tipo de infraestructuras<sup>680</sup>.

De ahí que el requisito de capital público a la hora de articular una CPPI pueda dar lugar a consecuencias negativas. Por una parte, se reducen las oportunidades de Colaboración Público Privada Institucionalizada, ya que automáticamente disminuyen los recursos disponibles (ya no será posible acceder a los recursos privados con tanta facilidad), al tener que ser como mínimo el 51% de la participación en la sociedad de carácter público. Por otra parte, este capital público mayoritario lleva a que a estas sociedades les sea de aplicación la legislación en materia de contratación pública, si no como poderes adjudicadores, al menos como entidades del Sector Público. Por último, que el capital sea mayoritariamente público implica que las entidades privadas participantes pierden margen de acción y decisión, lo que es un claro desincentivo a su participación, ya que a pesar de que no sea mayoritaria, su participación en el capital de la sociedad será elevada, pero no tendrán el control<sup>681</sup>.

## **2.2. Régimen jurídico del contrato de gestión de servicios públicos**

Hasta la efectiva trasposición de la Cuarta Generación de Directivas de Contratación mediante Ley, el régimen a aplicar a los contratos de gestión de servicios que superasen los importes armonizados dependería de la transferencia del riesgo operacional<sup>682</sup>.

Según el documento elaborado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública y presentado y aprobado en Madrid, el 1 de marzo de 2016 sobre *“Los efectos jurídicos de las Directivas de Contratación Pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público”*, en caso de que sí se trasladase al concesionario el riesgo operacional, se aplicarían preferentemente todas las disposiciones de la Directiva de Concesiones que tuvieran efecto directo por ser claras, precisas e incondicionadas; en segundo

---

<sup>680</sup> A. GERMANI, M. RICCHI, “Il sistema del Partenariato Pubblico Privato in Spagna - confronto con l'Italia”, Unità Tecnica Finanza di Progetto. Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica. Febbraio 2008.

<sup>681</sup> M.D. REGO BLANCO, “Novedades sobre la sociedad de economía mixta en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, Documentación Administrativa: Nueva Época nº 4, 2017, págs. 152-159. ISSN-e 1989-8983.

<sup>682</sup> F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La Nueva Concesión de Servicios. Estudio del riesgo operacional*, Aranzadi, Navarra, 2018. ISBN: 978-84-9197-030-9. En particular, el Capítulo VI. La aplicación de la directiva de concesiones en España y E. RÍOS MARÍN. *La contratación pública local: avances y retrocesos en su regulación. Incidencia de las Directivas de Cuarta Generación*. Atelier, Barcelona, 2016, págs. 236-245.

lugar las normas genéricas del TRLCSP de los contratos sujetos a regulación armonizada y en tercer lugar las normas del TRLCSP del contrato de gestión de servicios públicos<sup>683</sup>.

Si el riesgo quedara en manos de la Administración contratante, que ya no concedente, el contrato de gestión de servicios públicos español que fuera de importe armonizado se consideraría contrato de servicios a efectos de legislación europea y se regiría en primer lugar por las disposiciones que tuvieran efecto directo, pero de la Directiva de Contratos; en segundo lugar, por las disposiciones de los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada del TRLCSP y por último, y ya sí coincide con el marco normativo enumerado más arriba, las normas del TRLCSP que se refieran al contrato de gestión de servicios públicos.

Todo esto sin perjuicio de que los contratos de gestión de servicios que no alcanzasen los umbrales comunitarios se rigieran por las disposiciones respectivas del TRLCSP. Con la promulgación de la LCSP desaparece esta inseguridad jurídica, al eliminarse de raíz este tipo contractual<sup>684</sup>. Su desaparición ha generado no poca controversia, ya que muchos defendían la posibilidad de haber mantenido este tipo contractual para importes no armonizados, de una manera similar a como en Italia se ha mantenido la CPP<sup>685</sup>.

### 2.3. Plazo

La duración de los contratos de gestión de servicios públicos resultaba problemática hasta la efectiva trasposición de las Directivas en la LCSP, ya que los plazos recogidos en el artículo 278

---

<sup>683</sup> Documento de estudio presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1 de marzo de 2016 por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, *Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público*.

<sup>684</sup> En palabras de P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, *“En general, el elenco de tipos contractuales que ahora reconoce la Ley española se corresponde exactamente con los que distinguen las Directivas Europeas de Contratación Pública. Y ello por cuanto el legislador español ha entendido que establecer una coincidencia entre los tipos contractuales que reconoce el Derecho europeo y los que sancione la norma nacional facilitará el cumplimiento de la normativa europea que nos vincula y evitará equívocos a la hora de proceder a la calificación de los contratos como los que la realidad se ha encargado de demostrar que se producían de forma recurrente”*. “Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 74, 2018, pág. 56. ISSN 1889-0016.

<sup>685</sup> Véase F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ: *“Todo ello hace que, si no es de iure, el contrato de gestión de servicio público siga existiendo de facto, como una especie de espíritu que cohabita en la morada del contrato de servicios. Pese a ello, sigue habiendo una zona gris en torno a la aplicación al contrato de servicios de otras reglas propias del servicio público, como puede ser el establecimiento previo del régimen jurídico del servicio público, la aprobación del estudio de viabilidad, la posibilidad de aplicar el rescate y el secuestro del servicio por la Administración o la subrogación del personal con el fin de garantizar la continuidad de la prestación, entre otras cuestiones.”* “La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 60. Iustel, abril 2016.

del TRLCSP eran muy superiores al de cinco años, establecido como regla general por la Directiva<sup>686</sup>:

*“El contrato de gestión de servicios públicos **no podrá tener carácter perpetuo o indefinido**, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, **sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas**, de los siguientes períodos:*

*a) **Cincuenta años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público**, salvo que éste sea de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, en cuyo caso podrá ser hasta 60 años.*

*b) **Veinticinco años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.***

*c) **Diez años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a).**”*

Estos plazos tan amplios son uno de los motivos que suscitaban que, a nivel local en nuestro país, contratos que debían licitarse como contratos de servicio se anunciaran como contratos de gestión de servicio público y es, posiblemente, uno de los motivos por los que el legislador lo eliminara como tipo contractual, y por el que tantas entidades locales han lamentado amargamente su desaparición<sup>687</sup>.

## **2.4. Conclusión**

Esta nueva regulación no debería suponer en teoría ningún problema en la trasposición y aplicación en Derecho español ya que la normativa española sobre el contrato de gestión de servicios públicos fue un referente en la redacción de la Directiva de Concesiones, que como ya sabemos, lo que intenta llevar a cabo es una armonización del régimen jurídico aplicable a todas

---

<sup>686</sup> Sin embargo, con la nueva regulación, *“el plazo ya no es una razón relevante para optar por la concesión frente al contrato de servicios”*. A. HUERGO LORA, “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, Documentación Administrativa: Nueva Época nº 4, 2017, pág. 48. ISSN-e 1989-8983

<sup>687</sup> A. HUERGO LORA, “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, Documentación Administrativa: Nueva Época nº 4, 2017, págs. 31-51. ISSN-e 1989-8983. Véase también M.A. DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, *El incumplimiento en la concesión de servicio público (la extinción de la concesión de servicio por causas de incumplimiento según la normativa general estatal y local)*, RDU, 1981. ISBN: 84-7111-165-9. Y F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Aranzadi, Navarra 2018. ISBN: 978-84-9197-030-9. En particular el Capítulo VI. La aplicación de la directiva de concesiones en España.

las concesiones de obras y de servicio que superen los umbrales comunitarios, amén de darles un régimen jurídico más claro, que no se base únicamente en principios del TFUE<sup>688</sup>.

De ahí que ya el APLCSP, antecesor de la LCSP elimine los contratos de gestión de servicios públicos, viniendo a ser sustituida por la concesión si se transfiere el riesgo, o cualquier otra modalidad contractual en caso contrario<sup>689</sup>.

A priori parece la solución más razonable porque, aparte de que sólo serían susceptibles de utilización por debajo de los umbrales comunitarios, la consecuencia lógica es que al no ser contratos sujetos a regulación armonizada, quedarían eximidos de ciertas obligaciones, como por ejemplo de la publicación en el DOUE, cosa que no sucede en el caso de las concesiones de servicios reguladas por la Directiva 2014/23/UE, siempre que superen los umbrales comunitarios.

No obstante lo dicho, nos interesa esta última afirmación sobre las concesiones de servicios, porque esta problemática en cuanto a las obligaciones de publicidad y transparencia se mantendrá ya que, aunque se elimine este tipo contractual quedando sustituido por las concesiones de servicios, la obligación de publicar anuncios en el DOUE dependerá de que los contratos alcancen el umbral comunitario.

Como vemos, la supresión del contrato de gestión de servicios públicos, aunque positiva desde el punto de vista de armonización con el Derecho Europeo, ha de matizarse. Muy especialmente porque como también hemos podido estudiar, no desaparecen todas las modalidades de gestión de servicios públicos, sino que se “esconden” en el preámbulo y las disposiciones adicionales de la Ley.

La única modalidad que desaparece efectivamente en el nuevo texto legal es la gestión interesada, que curiosamente, es la que suponía un “cierto” reparto de riesgos entre Administración y operador económico, y que, en base al tenor literal de la Directiva de Concesiones, sí se podría entender como concesión en el caso de que, aun limitados los riesgos, se transfiriesen en porcentaje determinante.

---

<sup>688</sup> En palabras de I. GALLEGO CÓRCOLES: *“Por lo demás, entre las novedades de la Ley con mayor incidencia práctica resalta la definición de los contratos de concesión de servicios como categoría en parte “heredera” de los contratos de gestión de servicios públicos”* “El Derecho de la contratación pública. Evolución normativa y configuración actual” en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo I. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 121. ISBN: 978-84-9169-926-2

<sup>689</sup> X. LAZO, “El contrato de concesión de servicios” en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo III. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2577 y ss. ISBN: 978-84-9169-926-2.

Dicho todo esto, no podemos dejar de reflexionar sobre la desaparición real de la figura del contrato de gestión de servicio público. Es decir, el término como tal desaparece del articulado de la LCSP, pero a excepción de la gestión interesada se siguen manteniendo todas las modalidades de gestión aunque sea de manera “escondida”.

### 3. Concesiones de obra y servicios en la LCSP

#### 3.1. Objeto del contrato de concesión. En particular, la transferencia del riesgo operacional

La LCSP define los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios en sus artículos 14 y 15, que por su importancia transcribimos<sup>690</sup>.

##### **Artículo 14. Contrato de concesión de obras<sup>691</sup>.**

*1. La concesión de obras es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior (referido al contrato de obras), incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la **contraprestación a favor de aquel consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra en el sentido del apartado cuarto siguiente, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio**<sup>692</sup>.*

---

<sup>690</sup> Véase J. TORNOS MAS, “El contrato de concesión de servicios” en libro col. *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público*. (coord.) J.M. GIMENO FELIÚ, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, págs. 1447-1484. ISBN: 9788491776277 9788491776253. S. Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo XIII. Contratos del sector público*. BOE, Madrid, 2018, págs. 71-123. ISBN 978-84-340-2496-0. De interés G. ARIÑO ORTIZ, “Contrato de obra, concesión de obra, concesión de servicio público, ¿son técnicas intercambiables?”, REDETI: Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red nº 22, 2005, págs. 57-83. ISSN 1139-482X,

<sup>691</sup> Para un estudio en profundidad, J. JIMÉNEZ LÓPEZ, “El contrato de concesión de obras” en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo III. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2506-2570. ISBN: 978-84-9169-926-2, A. PALOMAR OLMEDA, “El contrato de concesión de obras” en libro col. *La nueva contratación pública en el ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente* (dir.) M<sup>a</sup> C. CAMPOS ACUÑA, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 431-436. ISBN: 9788470527531 y M. A. BERNAL BLAY, *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”*, Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, entre otros. También J. PINTOS SANTIAGO, J. DE LA MORENA LÓPEZ, “Arts. 1-27” en libro col. *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*. (dir.) J.M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, P. BOCOS REDONDO, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 111-118. ISBN: 9788470527630

<sup>692</sup> El artículo 14 desarrolla el contenido del contrato:

*“2. El contrato podrá comprender, además, el siguiente contenido:*

En su apartado cuarto, transcribe en su literalidad la definición que hace la Directiva de Concesiones del riesgo operacional.

*4. El derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro 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.*

***Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable<sup>693</sup>.***

En este sentido, el artículo 254 de la LCSP, que analiza el principio de riesgo y ventura en la ejecución de las obras, recoge la obligación de trasladar al concesionario el riesgo operacional

---

*a) La adecuación, reforma y modernización de la obra para adaptarla a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que sirve de soporte material.*

*b) Las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquellas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales.*

*3. El contrato de concesión de obras podrá también prever que el concesionario esté obligado a proyectar, ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas obras que sean accesorias o estén vinculadas con la principal y que sean necesarias para que esta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación, así como a efectuar las actuaciones ambientales relacionadas con las mismas que en ellos se prevean. En el supuesto de que las obras vinculadas o accesorias puedan ser objeto de explotación o aprovechamiento económico, estos corresponderán al concesionario conjuntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por pliegos respectivos.”*

<sup>693</sup> Véase I. ALBENDEA SOLÍS, “El reequilibrio económico de los contratos públicos” en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo III. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGÓ CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2330-2334. ISBN: 978-84-9169-926-2, A. FORTES MARTÍN, *La gestión contractual del servicio de recogida de residuos domésticos*, lustel Publicaciones, Madrid, 2018, págs. 221-239. ISBN: 9788498903553 y M. FUERTES, *Las desventuras del dinero público. Elegía al principio de "riesgo y ventura*. Marcial Pons, 2018. ISBN: 978-84-9123-598-9, J.A. MORENO MOLINA, J. PINTOS SANTIAGO, *Los contratos administrativos y su aplicación: obras, suministros, servicios y concesiones de obras y servicios*. El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 244-248. ISBN: 9788470527791

de la concesión<sup>694</sup>. Es muy importante la previsión de que, sólo si la fuerza mayor impide por completo la realización de las obras, se podrá resolver el contrato con cargo a la administración concedente, debiendo abonar ésta el importe total de las obras ejecutadas, así como los mayores costes como consecuencia del endeudamiento con terceros. La conclusión lógica es que, como ya no se da traslado del riesgo, la operación sí se contabilizará en las cuentas públicas y computará déficit.

Esta definición se completa con la del artículo 13, referido al contrato de obras, que las define como “*el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble*” o “*la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o de su vuelo, o de mejora del medio físico o natural*”<sup>695</sup>.

Es decir, el objeto del contrato de concesión de obras es el diseño (que incluye el estudio de viabilidad (o estudio de viabilidad económico-financiera cuando por la naturaleza y finalidad de las obras o por la cuantía de la inversión requerida sea suficiente), el anteproyecto de construcción y explotación de las obras, al que seguirá el proyecto y su replanteo, y finalmente, el PCAP) y la ejecución de las obras, así como su explotación posterior a cambio de un precio<sup>696</sup>.

Por su parte, el **artículo 15** define el **Contrato de concesión de servicios**<sup>697</sup>.

---

<sup>694</sup> X. LAZO VITORIA, “El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión” en libro col. *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público*. (coord.) J.M. GIMENO FELIÚ, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, págs. 517-543. ISBN: 9788491776277 9788491776253

<sup>695</sup> Hay que tener en cuenta si la entidad adjudicadora es Administración Pública o no, ya que cambia el régimen jurídico a aplicar. En el primer caso, al ser contratos administrativos a tenor del artículo 25 de la LCSP, se rigen en su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción por esta misma ley. En el segundo, hay que distinguir en función de si la concesión alcanza los umbrales comunitarios o no. Si la respuesta es afirmativa, su preparación y adjudicación se rige por la LCSP (artículo 317 LCSP). En caso contrario, es preciso seguir las reglas consignadas en el artículo 318 LCSP en su adjudicación. Los efectos y extinción se rigen, eso sí, por normas de derecho privado, a excepción de los supuestos de modificación del contrato y de cesión y subcontratación. J. JIMÉNEZ LÓPEZ, “El contrato de concesión de obras” en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo III. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2511-2514. ISBN: 978-84-9169-926-2.

<sup>696</sup> Estos actos preparatorios del contrato de concesión de obras se recogen en los artículos 247 y ss. del CAPÍTULO II (Del contrato de concesión de obras) del TÍTULO II (De los distintos tipos de contratos de las Administraciones Públicas). Véase A. PALOMAR OLMEDA, “El contrato de concesión de obras” en libro col. *La nueva contratación pública en el ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente* (dir.) M<sup>a</sup> C. CAMPOS ACUÑA, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 1038-1048. ISBN: 9788470527531.

<sup>697</sup> Para un estudio en profundidad, X. LAZO, “El contrato de concesión de servicios” en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo III. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2547-2612. ISBN: 978-84-9169-926-2, F. CACHARRO GOSENDE, “La concesión de servicios en la LCSP/2017” en libro col. *La nueva contratación pública en el ámbito local claves para una contratación electrónica y transparente* (dir.) M<sup>a</sup> C. CAMPOS ACUÑA, El Consultor de Los

*“1. El contrato de concesión de servicios es aquél en cuya virtud **uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.***

*2. El derecho de explotación de los servicios **implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.**”*

En el caso de las concesiones de servicios, vemos que la LCSP (siguiendo el APLCSP) entremezcla las exigencias europeas de transferencia del riesgo operacional y de explotación como forma de remuneración, con la posibilidad de pago de un precio, siempre que este no elimine el riesgo; y la tradicional característica del contrato de gestión de servicios español, en que la actividad prestada indirectamente era de titularidad de la Administración concedente<sup>698</sup>. El cambio importante es que estos servicios prestados indirectamente, aunque titularidad de la Administración, no tienen por qué ser públicos, lo que supone una ampliación del objeto del antiguo contrato de gestión de servicios públicos<sup>699</sup>. Aspecto este que ha provocado la reacción

---

Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 1061-1122. ISBN: 9788470527531. Véase también J. PINTOS SANTIAGO, J. DE LA MORENA LÓPEZ, “Arts. 1-27” en libro col. *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.* (dir.) J.M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, P. BOCOS REDONDO, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 118-122. ISBN: 9788470527630 y J. ALEMANY GARCÍAS, *La recuperación de los servicios públicos locales. (Texto actualizado a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público)* Editorial Civitas, Madrid, 2018, págs. 48-63. ISBN: 9788491977261.

<sup>698</sup> Así lo sigue recordando el apartado 1 del **artículo 284** referido al ámbito del contrato de concesión de servicios: “*La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares*”. Véase J.M GIMENO FELIÚ, “La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente” en libro col. *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público.* (coord.) J.M. GIMENO FELIÚ, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, págs. 47-132. ISBN: 9788491776277 9788491776253. Véase también F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La Nueva Concesión de Servicios. Estudio del riesgo operacional*, Aranzadi, Navarra, 2018. ISBN: 978-84-9197-030-9

<sup>699</sup> La legislación local, en concreto, el artículo 85 de la LRBRL nos da las claves para determinar cuáles son servicios públicos. F. CACHARRO GOSENDE, “La concesión de servicios en la LCSP/2017” en libro col. *La nueva contratación pública en el ámbito local claves para una contratación electrónica y transparente* (dir.) M<sup>a</sup> C. CAMPOS ACUÑA, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, pág. 1077. ISBN: 9788470527531. Véase también J.M. GIMENO FELIÚ. “La delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP”, *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 156, 2012, pág. 20. Véase también F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La delimitación de los contratos públicos de servicios y de concesión de servicios.* J.M GIMENO FELIÚ, Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público. Thomson Reuters Aranzadi, 2018, págs. 477-509. ISBN: 9788491776277 9788491776253, A. HUERGO LORA, “Skin the game: Riesgo Operacional y Responsabilidad Patrimonial Administrativa”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 74, Iustel, marzo 2018, págs. 20-33. ISSN 1889-0016 y M. FUERTES, “Los riesgos del riesgo de explotación” en libro col. *Observatorio de*



de la doctrina, que pedía que se considerara el concepto tradicional de servicio público<sup>700</sup>. También el Consejo de Estado, en su dictamen al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, temía que la primacía del criterio de la transferencia del riesgo sobre el concepto de servicio público pudiera influir negativamente en la prestación a los ciudadanos<sup>701</sup>.

La problemática que esto puede generar se ha intentado solventar introduciendo requisitos en determinados contratos de servicios que conllevan prestaciones directas a favor de la ciudadanía, es decir, cuyo destinatario final no es la Administración Pública<sup>702</sup>.

Así lo pone ya de manifiesto la Ley en su Preámbulo

*“Por ello, se ha introducido un artículo, el 312, donde se recogen las normas específicas del antiguo contrato de gestión de servicios públicos relativas al régimen sustantivo del servicio público que se contrata y que en la nueva regulación son comunes tanto al contrato de concesión de servicios cuando estos son servicios públicos, lo que será el caso más general, como al contrato de servicios, cuando se refiera a un servicio público que presta directamente el empresario al usuario del servicio.*

*Para identificar a estos contratos que con arreglo a la **legislación anterior eran contratos de gestión de servicios públicos y en esta Ley pasan a ser contratos de servicios**, se ha acudido a una de las características de los mismos: que **la relación se establece directamente entre el empresario y el usuario del servicio, por ello se denominan contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos**”.*

---

los Contratos Públicos 2012 (dir.) J.M. GIMENO FELIÚ, M.A. BERNAL BLAY, Aranzadi, 2013, págs. 197-239. ISBN: 9788490147344.

<sup>700</sup> De interés, M.A. DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, *El incumplimiento en la concesión de servicio público (la extinción de la concesión de servicio por causas de incumplimiento según la normativa general estatal y local)*, RDU, 1981. ISBN: 84-7111-165-9.

<sup>701</sup> Dictamen del Consejo de Estado. Número de expediente: 1116/2015. Fecha de aprobación: 10.03.2016

<sup>702</sup> Véase el artículo 312 de la LCSP. J. ALEMANY GARCÍAS, *La recuperación de los servicios públicos locales. (Texto actualizado a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público)* Editorial Civitas, Madrid, 2018, págs. 32-35. ISBN: 9788491977261. También A. FORTES MARTÍN, *La gestión contractual del servicio de recogida de residuos domésticos*, Iustel Publicaciones, Madrid, 2018, pág. 252. ISBN: 9788498903553. En su opinión, “Sea como fuere, el legislador estatal, al incorporar el artículo 312 en el texto de la LCSP, entendemos que “renuncia”, siquiera de forma parcial, a su decisión de suprimir el contrato de gestión de servicios públicos al caer en la cuenta de que “no todo es blanco o negro” en la consideración de un contrato como de servicios o de concesión de servicios. Más bien, existe una zona intermedia, un escenario en el que se prestan auténticos servicios públicos donde, si bien no hay traslación al contratista del riesgo operacional en el umbral exigente marcado por la DACC (...) el mero contrato de servicios no alcanza tampoco a satisfacerlo por “quedarse corto””.

No obstante, algunos autores consideran que esta disposición es insuficiente si se tienen en cuenta la antigua regulación del contrato de gestión de servicios públicos<sup>703</sup>.

En cuanto a las actuales concesiones de servicios, su régimen jurídico, que se basa en el del, ya extinto, contrato de gestión de servicios públicos, se encuentra en los artículos 284 a 297 de la LCSP. Este último reenvía a las disposiciones del contrato de concesión de obras, como supletorias.

Además de que la actividad prestada indirectamente sea de titularidad de la Administración concedente, la diferencia entre las concesiones de obras y las concesiones de servicios, en el caso en que estas incluyan una parte de obra, es el carácter accesorio de las mismas<sup>704</sup>. Por ejemplo, una concesión en que la explotación consista en poner a disposición de los usuarios una determinada infraestructura, sería de obras. Sería el caso prototípico de una autopista de peaje. Mientras que si esa infraestructura es la base para prestar un servicio posterior, nos encontraríamos ante una concesión de servicios, como la construcción y posterior explotación de un hospital o una cárcel.

En este sentido es muy interesante la opinión de F. CACHARRO GOSENDE, acerca de que la distinción entre ambas figuras en la práctica carece de relevancia, porque el régimen recogido en la LCSP es prácticamente idéntico, resultando supletoria la regulación de las concesiones de obras en caso de laguna en las de servicios<sup>705</sup>.

En cualquiera de las dos variantes, para articular correctamente una concesión en nuestro país será preciso cumplir una serie de requisitos<sup>706</sup>. Requisitos que se deben consignar dentro de las proposiciones del PCAP.

---

<sup>703</sup> D. SANTIAGO IGLESIAS, "Los ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación. Exclusiones de la LCSP. Contrato de servicios y de concesión de servicios" en libro col. *La nueva Ley de Contratos del Sector Público: curso de actualización. Especial referencia a la contratación de las entidades locales* (dir.) S. DÍEZ SASTRE, Iuris Utilitas Editorial, Coruña, 2018, pág. 77. ISBN: 9788469788417

<sup>704</sup> Al respecto STJUE de 19 de abril de 1994 (C-331/92 Gestión Hotelera Internacional, S. A. y Comunidad Autónoma de Canarias) ECLI:EU:C:1994:155.

<sup>705</sup> "La concesión de servicios en la LCSP/2017" en libro col. *La nueva contratación pública en el ámbito local claves para una contratación electrónica y transparente* (dir.) M<sup>a</sup> C. CAMPOS ACUÑA, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, pág. 1084. ISBN: 9788470527531.

<sup>706</sup> Véase J.J. LAVILLA RUBIRA, *Régimen jurídico de la concesión de obras*. J.M. GIMENO FELIÚ, Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público. Thomson Reuters Aranzadi, 2018. Págs. 1415-1445. ISBN: 9788491776277 9788491776253 y J. TORNOS MAS, "El contrato de concesión de servicios" en libro col. *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público*. (coord.) J.M. GIMENO FELIÚ, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, págs. 1447-1484. ISBN: 9788491776277 9788491776253.

Así, la LCSP, el artículo 250 dedicado a los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de las concesiones de obra, al que nos remitimos para concesiones de servicios en base al artículo 297 que hace la regulación de la concesión de obras supletoria para la concesión de servicios “*siempre que resulte compatible con la naturaleza de aquel*”, analiza el contenido mínimo de las proposiciones, que iremos desgranando en los siguientes apartados<sup>707</sup>.

### 3.2. Plazo

“1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de concesión de obras deberán hacer referencia, al menos, a los siguientes aspectos: d) Contenido de las proposiciones, que deberán hacer referencia, al menos, a los siguientes extremos:

**3º Plazo de duración de la concesión vinculado al sistema de financiación de la concesión**<sup>708</sup>.”

La duración de una concesión es un elemento clave de su viabilidad financiera ya que incide en su rentabilidad y en el equilibrio del negocio concesional. Es por ello que el artículo 29 recoge la regla general de la Directiva de Concesiones sobre la duración máxima de cinco años de las concesiones.

A pesar de estar recogida en la Directiva, esta regla nos plantea la duda de si este plazo es meramente indicativo, ya que ambos textos aclaran que podrá superarse si es necesario para recuperar las inversiones junto a un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta el TIR. Apoyando esta teoría, nos encontramos con que el nuevo *Codice italiano* no introduce este plazo general de cinco años, pero sí indica que su duración está limitada al periodo máximo de recuperación de las inversiones y a que la remuneración sea adecuada. Y es más, el propio artículo en su letra i) aclara que éste podrá ser fijo o variable en función de los criterios establecidos en los pliegos.

Sin embargo, según el tenor literal del artículo 29, se podría entender que, en caso de que el plazo de la concesión no supere los cinco años, no sería necesario justificar este plazo de

---

<sup>707</sup> A. PALOMAR OLMEDA, “El contrato de concesión de obras” en libro col. *La nueva contratación pública en el ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente* (dir.) M<sup>a</sup> C. CAMPOS ACUÑA, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 1043-1046. ISBN: 9788470527531 y F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Aranzadi, Navarra 2018. ISBN: 978-84-9197-030-9. En particular el Capítulo VI. La aplicación de la directiva de concesiones en España

<sup>708</sup> Véase el artículo 250. *Pliegos de cláusulas administrativas particulares* de la LCSP, que varía en cuanto a su numeración y organización respecto a su homólogo en el APLCSP, pero no así el contenido principal.

recuperación de las inversiones y un beneficio razonable<sup>709</sup>. No obstante, consideramos que cualquier plazo de duración de una concesión deberá estar justificado y ello en base al primer inciso del apartado 6 del artículo discutido:

***“Los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios tendrán un plazo de duración limitado, el cual se calculará en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto y se hará constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares”***

En cualquier caso, en este mismo apartado, el artículo 29 explica cómo calcular el plazo de duración en el caso de que la concesión supere los cinco años, de acuerdo con lo establecido en la *Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española*<sup>710</sup>. Mediante esta remisión se evita la inseguridad jurídica que podría suponer el calcularlo, atendiendo *“tanto las inversiones iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión”*.

También especifica duraciones máximas (más allá de las cuales no se puede justificar una prórroga) para determinadas concesiones<sup>711</sup>. Estos plazos, que se encontraban ya en el artículo 278 del TRLCS, pero que no se recogen en la Directiva de Concesiones, son<sup>712</sup>:

---

<sup>709</sup> En este sentido se manifiesta F. CACHARRO GOSENDE: *“De la lectura del citado apartado 6 del artículo 29 se deducen las tres reglas básicas siguientes: 1) La duración de los contratos de concesión hasta un plazo máximo de cinco años podrá estipularse discrecionalmente en los pliegos, sin que la Ley establezca condicionantes específicos, más allá de la genérica previsión de que el plazo se calcule “en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto”*”. *“La concesión de servicios en la LCSP/2017”* en libro col. *La nueva contratación pública en el ámbito local claves para una contratación electrónica y transparente* (dir.) M<sup>a</sup> C. CAMPOS ACUÑA, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, pág. 1097. ISBN: 9788470527531.

<sup>710</sup> Véanse los artículos 4 y 5 de dicha ley.

<sup>711</sup> Sin embargo, como dice X. LAZO VITORIA, *“la reiteración en el art.29 LCSP de las conocidas reglas sobre plazos máximos de las concesiones (40, 25 y 10 años, dependiendo de su objeto) en nada desvirtúan la regla del art. 18 (de la Directiva de Concesiones) cuya aplicación es en todo caso preferente”*. *“El riesgo operacional, ¿Una nueva era para los contratos de concesión?”*, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho nº 74, 2018, págs. 62-69. ISSN 1889-0016. De la misma autora, *“El contrato de concesión de servicios”* en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo III. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGU CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 2605. ISBN: 978-84-9169-926-2. J.A. MORENO MOLINA, J. PINTOS SANTIAGO, *Los contratos administrativos y su aplicación: obras, suministros, servicios y concesiones de obras y servicios*. El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 213-215. ISBN: 9788470527791

<sup>712</sup> A. R. RODRÍGUEZ CASTAÑO, *“Objeto, causa y plazo de duración de los contratos públicos. División en lotes y contratos de objeto múltiple. Contrato mixto”* en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo I. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGU CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 735-739. ISBN: 978-84-9169-926-2. A.B. CASARES MARCOS, *“Arts. 28-29”* en libro col. *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*. (dir.) J.M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, P. BOCOS REDONDO, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 160-170. ISBN: 9788470527630.

***“a) Cuarenta años para los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio.***

***b) Veinticinco años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.***

***c) Diez años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a).”***

Desde nuestro punto de vista es correcto imponer límites máximos para evitar el cierre de mercado, pero también parece peligroso, ya que es probable que estos plazos se agoten sin necesidad. Es decir, que se introduzcan en el contrato porque son el límite máximo, pero la recuperación de la inversión y de una determinada rentabilidad no lo justifiquen<sup>713</sup>.

Precisamente esto es lo que intenta evitar la LCSP en el apartado 6 del artículo 29:

***“Los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios tendrán un plazo de duración limitado, el cual se calculará en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto y se hará constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares.***

***Si la concesión de obras o de servicios sobrepasara el plazo de cinco años, la duración máxima de la misma no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos”***<sup>714</sup>.

Otra crítica que se puede hacer es que estos plazos tan extensos, además de no estar recogidos en la Directiva, casan poco con su objetivo de abrir el mercado y aumentar la

---

<sup>713</sup> “El establecimiento de plazos excesivamente largos, aunque se encuentren dentro de los límites legales, erige barreras de entrada para nuevos operadores que ven imposibilitado su acceso al mercado durante todo el período de vigencia del contrato pero, por otra parte, los intervalos de tiempo demasiado reducidos pueden dificultar la amortización de las inversiones necesarias para realizar la prestación objeto del contrato, lo que puede disuadir de la presentación de ofertas y conferir así ventajas a los operadores ya instalados que no necesiten llevar a cabo dichas inversiones, y elevar los costes de gestión para los órganos de contratación” Así se manifiesta el Informe de 16 de julio de 2015 de la Comisión Nacional de los mercados y la Competencia. IPN/CNMC/010/15: Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Pág. 40. Y añade “las previsiones normativas en materia de plazos contractuales se han de concebir como plazos máximos, que no deben ser agotados necesariamente.” Pág. 41.

<sup>714</sup> Véase A. HUERGO LORA, “Skin the game: Riesgo Operacional y Responsabilidad Patrimonial Administrativa”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho nº 74, Iustel, marzo 2018, págs. 20-33. ISSN 1889-0016

conurrencia, porque este texto establece un límite básico de cinco años que sólo en caso de necesidad deberá superarse.

Por otra parte, nos podríamos encontrar con una concesión en la que la recuperación de las inversiones y un beneficio razonable superaran estos plazos. ¿Qué hacer entonces? Dos soluciones se nos ocurren:

La primera y más obvia es decidir que un negocio en que estos plazos no permiten recuperar la inversión, no puede llevarse a cabo mediante un contrato de concesión. Se tendrá que acudir entonces a la figura del contrato que corresponda, sin transferencia de riesgos.

La segunda es añadir a la remuneración por explotación el pago de un precio, posibilidad expresamente recogida en el artículo 252 de la LCSP en el caso de construcción de las obras objeto de concesión a través de la ejecución de parte de la misma por cuenta de la Administración o bien su financiación parcial (lo que se conoce como pago en especie) y en el 265 referido a la potencial aportación de la Administración a la financiación de las obras por motivos de rentabilidad económica o social o de interés público o general.

Como ya hemos explicado previamente, un motivo que justifica que la remuneración del concesionario consista en la explotación así como en un pago por la Administración concedente es que un sistema únicamente tarifario requeriría una duración muy extensa para garantizar la recuperación de las inversiones y de un beneficio razonable para el concesionario. El único límite a este pago, que puede efectuarse de diversos modos y en diversos momentos de la concesión, es que no elimine la transferencia de riesgo operativo de la concesión.

Por otra parte, queremos traer aquí a colación que *“los plazos fijados en los pliegos de condiciones sólo podrán ser ampliados en un 15 por ciento de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato en las circunstancias previstas en los artículos 270 y 290 (Mantenimiento del equilibrio económico del contrato) y 288 (Modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio económico)”*. Y el artículo 278 se reafirma en ello, al añadir que sólo se aumentará este plazo durante la ejecución para mantener el equilibrio económico financiero de la misma. La duda aquí estriba si sería posible alargar concesiones que apuran los plazos máximos que acabamos de comentar. La respuesta lógica sería negativa, al configurarse como límites infranqueables.

Como curiosidad destacar que en contratos de suministros también se limita la duración *del contrato* a cinco años. Y digo como curiosidad porque no existen las concesiones de suministros, pero a estos contratos se les aplicará este mismo plazo, al menos en España. Sólo que, a diferencia de concesiones este será un plazo máximo no susceptible de prórroga

mediante justificación, lo que resulta lógico, ya que estos contratos no suelen ser tan complejos ni requieren de las mismas inversiones iniciales. También en contratos de servicios el plazo máximo será, como en suministros, de cinco años. Pero en estos contratos sí se podrá establecer un plazo de duración superior cuando lo exija la amortización de las inversiones directamente relacionadas con el contrato, siempre que quede suficientemente justificado en el expediente. ¡Atención! Esto no quiere decir que el plazo de todos los contratos vaya a ser de cinco años. Si las inversiones se pueden recuperar antes, deberá ser menor, a riesgo de extender fraudulentamente la duración de un contrato, con el peligro de cerrar el mercado innecesariamente, restringiendo así la competencia.

### **3.3. Plan Económico Financiero de la concesión**

Entre el contenido mínimo de las proposiciones que analiza el artículo 250 nos encontramos en cuarto lugar con el Plan Económico Financiero:

*“4º Plan económico-financiero de la concesión (PEF en adelante) que incluirá, entre los aspectos que le son propios, el sistema de tarifas, la inversión y los costes de explotación, la tasa interna de rentabilidad o retorno estimada, y las obligaciones de pago y gastos financieros, directos o indirectos, estimados. (...)”*

El PEF se elabora mediante previsiones, que además de ser prudentes, se pueden basar en escenarios. Los riesgos también se han de evaluar en este documento obligatorio y previo, ya que servirán para articular correctamente el sistema de tarifas, los costes e inversiones y, en consecuencia, la TIR<sup>715</sup>. Lógicamente el plazo de la concesión tendrá un gran impacto en el documento, que se debería componer de dos partes.

Una primera, económica, que analiza la rentabilidad del proyecto valorando el diferencial entre flujos de caja y gastos, en función de cómo se haga su gestión. También analiza el coste de oportunidad de la inversión.

En segundo lugar, el análisis financiero, que estudia si el proyecto es sostenible o no, en función de un diferencial entre flujos de caja y gastos que dará lugar a un hipotético ingreso mínimo (que habrá de elegirse prudentemente y basándose en evidencias empíricas y no excesivamente optimistas). Esto permitirá seleccionar una estructura financiera, en la que intervendrá tanto el capital privado del concesionario, como préstamos y créditos que éste haya podido conseguir, tras negociar con los bancos. Debemos hacer aquí un pequeño *excursus*, ya

---

<sup>715</sup> Nos remitimos al **CAPÍTULO VI. LA GESTIÓN DEL RIESGO**, para un estudio en profundidad del PEF y del estudio de viabilidad.

que en el endeudamiento por préstamos bancarios es de capital importancia el TIR de la concesión. Veamos por qué.

Cuando el interés que exigen los bancos es menor que el TIR, al concesionario le interesará aumentar su ratio de endeudamiento, porque sus beneficios (margen de utilidad) aumentarán, cuánto mayor sea la tasa de endeudamiento (al ser la financiación barata). Y al contrario: si el tipo de interés es mayor que el TIR, al concesionario le interesa endeudarse lo menos posible para maximizar su utilidad neta.

Lógicamente, el capital propio del concesionario representará la mayoría del capital invertido, ya que difícilmente podemos imaginar una situación en que un banco esté dispuesto a asumir la mayor parte del riesgo financiero. No obstante lo cual, en el hipotético caso de que en una concesión se dé una estructura financiera donde el capital externo sea mucho mayor que el del concesionario, el riesgo financiero es muy elevado, porque mínimas variaciones de los tipos de interés provocarán grandes cambios en los flujos de caja<sup>716</sup>.

Por último, y volviendo al PEF, para ser un documento útil y completo, debería incluir un análisis de sensibilidad, referido a variables independientes (que no son ni el plazo, ni los costes directos o indirectos) que pueden afectar a la concesión y un análisis de probabilidad, que elabora una distribución probabilística sobre la obtención de determinados resultados. En este sentido, la ley exige que este PEF recoja mediante ajustes y modificaciones los efectos derivados del incremento o disminución de los costes en el caso de modificaciones del proyecto<sup>717</sup>.

### **3.4. Financiación pública en contratos de concesión de obra**

Otro contenido mínimo del PCAP será el porcentaje de financiación con cargo al erario público:

---

<sup>716</sup> G. FIDONI, "Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della Direttiva 2014/23/UE", *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario* nº 1. A. 25. (Dir.) M. P. CHITI, G. GRECO. GIUFFRÈ 2015, págs. 101-193. En este artículo el autor explica nuevos instrumentos financieros, como por ejemplo las obligaciones convertibles en acciones y el crédito subordinado que depende de promotores o inversores previamente seleccionados y que suelen ser gobiernos u otras instituciones. Entre estos nuevos instrumentos destacan los bonos híbridos, que presentan características tanto de la financiación mediante capital propio como externo y se emplean en grandes infraestructuras de carácter internacional.

<sup>717</sup> Véase el artículo 255. Modificación del proyecto. J.A. MORENO MOLINA, J. PINTOS SANTIAGO, *Los contratos administrativos y su aplicación: obras, suministros, servicios y concesiones de obras y servicios*. El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, pág. 120. ISBN: 9788470527791



*“5º En los casos de **financiación mixta de la obra, propuesta del porcentaje de financiación con cargo a recursos públicos, por debajo de los establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares**”<sup>718</sup>.*”

En España, a diferencia de Italia, donde el Correctivo introducido por el *Dlgs 56/2017* ha aumentado este porcentaje de financiación del 30% al 49%, manteniéndolo así el precio pagado por las Administraciones dentro de los márgenes permitidos por el SEC 2010, no se da un porcentaje límite a la financiación pública de la obra, siempre que quede garantizada la transferencia del riesgo operacional y que se justifique en que la Tasa Interna de Rentabilidad no sea suficiente para garantizar la recuperación de las inversiones y un nivel adecuado de rentabilidad<sup>719</sup>.

En este sentido, el artículo 252 en su apartado 3 afirma que *“el sistema de ayudas públicas deberá respetar en todo caso la transferencia efectiva del riesgo operacional”*. Para controlar la efectiva transferencia del riesgo, *“el concesionario **deberá separar contablemente los ingresos provenientes de las aportaciones públicas y aquellos otros procedentes de las tarifas**”*<sup>720</sup>.

Si bien en la ley nacional no se da ningún límite, la *Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos* de Navarra afirma que *“La construcción y la explotación de obras públicas objeto de concesión se efectuarán a riesgo y ventura del concesionario, quien asumirá el riesgo operacional derivado de su ejecución y explotación en los términos y con el alcance establecidos en esta ley foral, lo que será en todo caso compatible con los distintos sistemas de financiación de las obras y con las aportaciones a que pudiera obligarse el órgano de contratación que, en ningún caso, podrán exceder del 50% valor estimado del contrato”*<sup>721</sup>.

### 3.5. El equilibrio económico de las concesiones

En España, la legislación y la jurisprudencia, en la que ha tenido una gran influencia la doctrina del Conseil d'État francés, han ido incorporando la cláusula *rebus sic stantibus*, al derecho positivo<sup>722</sup>.

---

<sup>718</sup> Véase el artículo 250. *Pliegos de cláusulas administrativas particulares* de la LCSP.

<sup>719</sup> Véase el artículo 268 de la LCSP. Antiguo 266 del APLCSP.

<sup>720</sup> Véase el artículo 267.6 de la LCSP.

<sup>721</sup> Véase el apartado 1 del artículo 176. *Contrato de concesión de obras públicas*. BON nº 73, de 17 de abril de 2018 y BOE nº 108, de 4 de mayo de 2018. BOE-A-2018-6001.

<sup>722</sup> Para conocer las vicisitudes de esta incorporación, es de interés I. ALBENDEA SOLÍS, “El reequilibrio económico de los contratos públicos” en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo III. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGU CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2318-2328. ISBN:

En el marco de la nueva LCSP, es preciso analizar el mantenimiento del equilibrio económico de los negocios concesionales que consiste en un ejercicio de valoración entre dos intereses contrapuestos: el general y el del concesionario<sup>723</sup>. Este principio se debe compaginar, como ya hemos visto, con el de riesgo y ventura en la ejecución de las obras y en la explotación del servicio (recogido en el artículo 254 de la LCSP). La novedad en la regulación estatal es que la transferencia del riesgo operacional en los negocios concesionales es un requisito obligatorio de este tipo de contratos, que puede verse alterado por la aplicación de la técnica de reequilibrio de la concesión.

Este es uno de los motivos por los que, para reequilibrar el contrato y lograr la equivalencia de las prestaciones, el legislador da mucha importancia a la elaboración de estudios de viabilidad realistas y razonados, que en caso de ser negativos, son vinculantes para el poder adjudicador. Como dice el Consejo de Estado en su dictamen nº 701/2012:

*“Por otra parte, en los contratos de obra, y muy especialmente en los que se refieren a complejos proyectos de construcción de presas, **la fase preparatoria del contrato tiene tanta o más importancia que el correcto desempeño de la Dirección de los trabajos.** Este Consejo de Obras Públicas ya ha expresado en numerosas ocasiones la conveniencia de **extremar el rigor durante la redacción del proyecto inicial, como principal remedio para evitar que se introduzcan carencias, insuficiencias o imprevisiones en su contenido, que son la principal causa de la aparición de futuros conflictos o dificultades durante la fase de ejecución**”<sup>724</sup>.*

Como ya hemos estudiado el tema en profundidad (nos remitimos al epígrafe **4. Principio de riesgo y ventura vs. Principio de equilibrio del contrato** del **CAPÍTULO IV: LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO**), únicamente añadiremos que sólo se deberá restablecer el equilibrio en tres supuestos tasados y en ningún caso, *“por incumplimiento de las previsiones de la demanda*

---

978-84-9169-926-2 y S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo XIII. Contratos del sector público*. BOE, Madrid, 2018, págs. 181-186. ISBN 978-84-340-2496-0

<sup>723</sup> Artículos 270 y 290 de la LCSP, referidos a concesiones de obra y de servicios, respectivamente. Véase I. GALLEGO CÓRCOLES, “Circunstancias externas y reequilibrio económico del contrato público ¿nuevas perspectivas?”, *Revista Digital de Derecho Administrativo* nº 15, Enero-Junio 2016, págs. 115-142, ISSN-e 2145-2946. Véase también, sobre modificados contractuales, de la misma autora “El Derecho de la contratación pública. Evolución normativa y configuración actual” en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo I. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 138-141. ISBN: 978-84-9169-926-2

<sup>724</sup> Dictamen del Consejo de Estado. Número de expediente: 701/2012. Fecha de aprobación: 11.10.2012.

recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario”<sup>725</sup>.

El primero de estos supuestos es la modificación de obras o del régimen de prestación del servicio por causa de interés público. Esta posibilidad se recoge en los artículos 203 a 207 de la LCSP, que, atención, es de aplicación a los poderes adjudicadores no Administración Pública a tenor del artículo 319 de la LCSP<sup>726</sup>.

Esta potestad de “*ius variandi*” (que no debe confundirse con la capacidad de la Administración para interpretar los contratos) recogida por la antecitada ley es más limitada que la prevista por la Directiva de Concesiones<sup>727</sup>.

---

<sup>725</sup> F. CACHARRO GOSENDE, “La concesión de servicios en la LCSP/2017” en libro col. *La nueva contratación pública en el ámbito local claves para una contratación electrónica y transparente* (dir.) M<sup>a</sup> C. CAMPOS ACUÑA, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 1112-1118. ISBN: 9788470527531. Véanse los artículos 270 y 290 de la LCSP y sus homólogos 268 y 288 del APLCSP.

<sup>726</sup> Véase F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La modificación de los contratos públicos en la encrucijada: la crisis como causa de reequilibrio económico” en el libro col. *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia, Francia*, F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (coord.), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, págs. 191-261. ISBN 978-84-9098-933-3. Del mismo autor, “La depuración de las técnicas de equilibrio económico aplicables a la concesión de servicios de transporte regular de viajeros (comentario de la STS 1868/2016, de 20 de julio)”, *Revista de administración pública* nº 202, 2017, págs. 205-222. ISSN 0034-7639. Véase también C. HORGUÉ BAENA, “Modificación de los contratos” en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo II. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGU CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2259-2310. ISBN: 978-84-9169-926-2, F.J. VÁZQUEZ MATILLA, “Arts. 203-207” en libro col. *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*. (dir.) J.M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, P. BOCOS REDONDO, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 1027-1060. ISBN: 9788470527630 y J.M. GIMENO FELIÚ, “Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público” en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2015* (dir.) J. M. GIMENO FELIÚ, Aranzadi, Cizur Menor 2016, págs. 31-138.

Como ejemplo reciente de modificación de un contrato de concesión, nos encontramos con el incremento de los peajes de la autopista del Atlántico (AP-9), a causa de la ampliación de capacidad de la autopista en determinados tramos. Esta modificación no prevista en los pliegos está viciada de nulidad por exceder el 10% del precio de adjudicación del contrato. J. A. BLANCO MOA, “Modificación del contrato de concesión de la autopista del Atlántico”. Artículo de opinión en ObCP. 11.02.2019.

<sup>727</sup> Compárense los artículos 205 (*Modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales*) de la LCSP y 43 (*Modificación de los contratos durante su período de vigencia*) de la Directiva de Concesiones. Véase también R. NAVARRO GONZÁLEZ, “La motivación de las decisiones en la preparación y adjudicación del contrato” en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo II. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGU CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 1545-1548. ISBN: 978-84-9169-926-2.

Fuera de estos casos nos encontraremos ante un caso de modificación ilegal durante la vigencia del contrato. De ahí que, si la modificación no cumple los requisitos, será necesario resolver el contrato, de acuerdo con el artículo 211. 1.g) de la LCSP<sup>728</sup>.

El segundo supuesto de restablecimiento del equilibrio, el ejercicio de la potestad del *factum principis* de la Administración o modificaciones de carácter obligatorio para el contratista:

*“Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato”.*

Como ya decíamos en el **CAPÍTULO IV: LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO**, lo que diferencia el *factum principis* del *ius variandi*, es que el primero requiere que la medida administrativa se haya adoptado fuera del contrato, pero que incida directa o indirectamente en él. En cambio, el segundo supone la facultad de la Administración de modificar el contrato en función del interés público.

La crítica que hacíamos en el epígrafe mencionado, que volvemos a repetir aquí, es que debería decirse expresamente que el equilibrio se mantendrá, fueran las actuaciones propias de la administración concedente, como de otra administración, siempre que influyeran de manera directa o indirecta en el contrato. Posibilidad que no se recoge en el **artículo 270. Mantenimiento del equilibrio económico del contrato** y que lleva a la paradoja de que si la disposición general, no adoptada dentro del contrato, es aprobada por la Administración concedente, se podría activar la técnica del reequilibrio; mientras que si esta misma disposición, que afecta indirectamente al contrato es de otra Administración, el concesionario no tiene derecho a ello.

Y por último, causas de fuerza mayor que determinen de forma directa la ruptura de la economía del contrato. La fuerza mayor es una causa irresistible, imprevisible y extraña al funcionamiento de la concesión. Incluso en el caso de que se hubiera podido prever, debe ser inevitable<sup>729</sup>. Se incluyen en esta categoría los incendios causados por la electricidad

---

<sup>728</sup> J.M. BAÑO LEON, “Del ius variandi a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos”, Anuario de Gobierno Local nº1 2012, IDP, Barcelona, 2013, págs. 141-151. ISSN 2013-4924. F.J. VAZQUEZ MATILLA, “Las novedades en la fase de ejecución de los contratos públicos” en libro col. *La nueva Ley de Contratos del Sector Público: curso de actualización. Especial referencia a la contratación de las entidades locales* (dir.) S. DÍEZ SASTRE, Iuris Utilitas Editorial, Coruña, 2018, pág. 207. ISBN: 9788469788417.

<sup>729</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Noviembre de 1988 (STS 7685/1988) (ECLI: ES:TS:1988:7685).

atmosférica; fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes y los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

La fuerza mayor no debe confundirse con el caso fortuito, que siendo ínsito en el funcionamiento de la concesión y, pudiendo ser imprevisible o no, sí es evitable.

No podemos dejar de mencionar aquí la introducción del riesgo imprevisible que hace el artículo 205.2.b) de la LCSP, que recordemos, recoge las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares<sup>730</sup>:

*“Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente **se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles** en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato”*

Sólo se podrá modificar el contrato, si se dan estas circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, junto a tres condiciones cumulativas:

*“1.º Que la necesidad de la modificación se derive de **circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.***

*2.º Que la modificación **no altere la naturaleza global del contrato.***

*3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que **no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido***<sup>731</sup>.”

Una vez determinados los supuestos tasados que activan el principio de equilibrio económico, no queda sino establecer, a modo de ejemplo y sin ánimo de ser exhaustivos o repetitivos, posibles medidas de restablecimiento, como serían la modificación de las tarifas establecidas para la explotación, y en general, de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

---

<sup>730</sup> F.J. VÁZQUEZ MATILLA, “Arts. 203-207” en libro col. *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.* (dir.) J.M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, P. BOCOS REDONDO, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 1053-1057. ISBN: 9788470527630

<sup>731</sup> F.J. VAZQUEZ MATILLA, “Las novedades en la fase de ejecución de los contratos públicos” en libro col. *La nueva Ley de Contratos del Sector Público: curso de actualización. Especial referencia a la contratación de las entidades locales* (dir.) S. DÍEZ SASTRE, Iuris Utilitas Editorial, Coruña, 2018, págs. 213-215. ISBN: 9788469788417.

Lo que en ningún caso se puede hacer para lograr el equilibrio de las prestaciones es una modificación que, no estando prevista en el clausulado del contrato de concesión, exceda de los supuestos recogidos por el artículo 205 de la LCSP<sup>732</sup>. De ahí que la prórroga del contrato está vetada en un principio, al alterar el valor estimado del contrato y conculcar así los principios de publicidad, concurrencia e igualdad en las licitaciones<sup>733</sup>.

No obstante, cuando la fuerza mayor o el *“factum principis”*, modifiquen el régimen financiero del contrato, la Administración concedente podrá prorrogar el contrato *“por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial y siempre que la retribución del concesionario provenga en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios”* en contratos de concesión de obras, *“o por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial”* en contratos de concesiones de servicios<sup>734</sup>.

Y esto siempre que la concesión, ya sea de obra o de servicios, no supere los plazos máximos recogidos en el artículo 29.6 de la LCSP para cada tipo de contrato<sup>735</sup>.

Como novedad, que analizaremos en el epígrafe **4. Oficina Nacional de Evaluación**, de este mismo capítulo, destacar que este organismo debe emitir un informe en determinados casos tasados, cuando se inste por el concesionario el reequilibrio de la concesión.

### **3.6. La subcontratación en contratos de concesión**

El artículo 252 del APLCSP, ignorando la posibilidad dada por la Directiva de Concesiones, no obliga al concesionario a presentar una lista de subcontratistas a los que encargará partes de la ejecución, pero sí indica que *“la ejecución de la obra que corresponda al concesionario podrá ser contratada en todo o en parte con terceros”*.

---

<sup>732</sup> Véase J.M. GIMENO FELIÚ, “Liderazgo y gestión de los contratos públicos en la Colaboración Público-Privada: hacia la buena Gobernanza”, Asesoría Jurídica para la Cámara Comercio de Barcelona a requerimiento OTRI. Julio 2018.

<sup>733</sup> Véase V. AGUADO I CUDOLÀ, “Efectos de la invalidez y prórroga de los contratos públicos”, El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, 2017, págs. 223-272. ISBN 978-84-7351-589-4.

<sup>734</sup> Véanse respectivamente los artículos 270 y 290 de la LCSP para concesiones de obras y de servicios. De interés I. GALLEGO CÓRCOLES, “La ampliación del plazo concesional como fórmula del restablecimiento del equilibrio económico del contrato”, Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas nº. 118, 2012, págs. 54-61. ISSN 1579-3036.

<sup>735</sup> “a) Cuarenta años para los contratos de concesión de obras, y de concesión de servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio. b) Veinticinco años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio no relacionado con la prestación de servicios sanitarios. c) Diez años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a)”

Sin embargo, en las concesiones se especifica que, “*la subcontratación solo podrá recaer sobre prestaciones accesorias*”, remitiendo en cuanto a su forma y régimen a los artículos 215, 216 y 219<sup>736</sup>. El determinar qué prestaciones son accesorias se debe hacer atendiendo al caso concreto<sup>737</sup>.

Destacar que se elimina la posibilidad de que la Administración pueda prohibir la subcontratación (y también de que pueda obligar a contratar determinadas partes), a excepción de los contratos de carácter secreto o reservado, o aquellos que requieran medidas de seguridad especiales de acuerdo con la normativa vigente o por motivos de seguridad del Estado, en donde se requerirá la autorización expresa del órgano de contratación, si se quiere subcontratar. También se permite que el órgano de contratación establezca en los pliegos las tareas críticas que no pueden ser objeto de subcontratación.

La nueva regulación tampoco permite establecer un porcentaje máximo de subcontratación<sup>738</sup>.

Además, el contratista ya no debe notificar a la Administración de manera anticipada la subcontratación, aunque a efectos prácticos el resultado será el mismo, porque debe comunicarlo tras la adjudicación, o, en último término, al comenzar la ejecución<sup>739</sup>. De todas maneras, al igual que ocurre en la subcontratación de contratos, la responsabilidad de la ejecución por terceros sigue correspondiendo al concesionario, encargado de controlarlos<sup>740</sup>.

La Cuarta Generación de Directivas permitía los pagos directos a los subcontratistas por la Administración, posibilidad expresamente excluida por la LCSP, cuando afirma que “*los*

---

<sup>736</sup> Véase Artículo 296 de la LCSP. Para profundizar en el régimen de la subcontratación M.P. ORTEGA JIMÉNEZ, “Arts. 215-217” en libro col. *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*. (dir.) J.M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, P. BOCOS REDONDO, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 1110-1131. ISBN: 9788470527630.

<sup>737</sup> Véase, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada de 14 de febrero de 2017 (STSJ AND 1060/2017) ECLI: ES:TSJAND:2017:1060

<sup>738</sup> F.J. VAZQUEZ MATILLA, “Las novedades en la fase de ejecución de los contratos públicos” en libro col. *La nueva Ley de Contratos del Sector Público: curso de actualización. Especial referencia a la contratación de las entidades locales* (dir.) S. Díez Sastre, Iuris Utilitas Editorial, Coruña, 2018, págs. 199-200. ISBN: 9788469788417.

<sup>739</sup> Artículo 215.2.b) LCSP.

<sup>740</sup> Véase el artículo 253 de la LCSP. S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo XIII. Contratos del sector público*. BOE, Madrid, 2018, págs. 223-225. ISBN 978-84-340-2496-0 Para profundizar en el régimen de subcontratación de la LCSP, véase J. PUNZÓN MORALEJA, “Cesión y subcontratación” en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo II. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGU CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 1173-1187. ISBN: 978-84-9169-926-2.

*subcontratistas no tendrán acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos*". Sin embargo, la disposición adicional quincuagésima primera, sí que permite estos pagos directos siempre que el órgano de contratación lo haya previsto en el PCAP.

### **3.7. La situación de las autopistas españolas a la luz de la LCSP**

En este apartado es de obligada mención la desastrosa situación de un gran número de autopistas españolas tras la crisis financiera de 2008.

Entre 1998 y 2006 la AGE adjudicó trece concesiones de autopistas de peaje, de las que nueve se encuentran en concurso de acreedores.

Especialmente conocido es el caso de las cuatro radiales de Madrid, que se otorgaron en tres concursos diferentes (para la R-3 y R-5 por su inferior longitud (31,8 km y 28,9 km frente a 62,3 km y 52,5 km respectivamente), para la R-2 y para la R-4 respectivamente). A estas se sumaba la circunvalación M-50. Este proyecto resultaba novedoso, porque a esa escala y en un entorno urbano era el primero en que el Sector Privado se encargaba de la construcción, operación y mantenimiento<sup>741</sup>. Este es uno de los motivos por los que las predicciones de demanda y consecuentemente de beneficios esperados resultaran tan equivocados. Además, estas previsiones tenían en cuenta futuros desarrollos urbanísticos de la zona y desconocían la predisposición de los madrileños a pagar por el uso de infraestructuras, ya que esta forma de remuneración era novedosa en la Comunidad de Madrid en aquel momento.

Por si las previsiones incorrectas no fueran suficientes, la crisis de 2008 hizo que la demanda disminuyera drásticamente respecto a los niveles previstos, aunque ya antes distaba mucho de las previsiones iniciales<sup>742</sup>. El problema es que la curva del tráfico es muy elástica, lo que quiere decir que cuando el PIB crece (hay más recursos y dinero en circulación) el tráfico

---

<sup>741</sup> Interesante es que para presentar ofertas se exigía la presentación de un plan económico-financiero junto a una memoria explicativa y que no se utilizó la variable precio como único criterio de adjudicación, sino que se dio diferente peso a criterios como la inversión a efectuar y la estructura tarifaria, la viabilidad y la calidad técnica de la infraestructura, el plazo de explotación y gestión, así como la gestión ambiental y de tráfico. Véase A. ORTEGA HORTELANO, "Pago por uso de las infraestructuras viarias: Estudio de los accesos a Madrid", Cuaderno tecnológico de la Plataforma Tecnológica Española de la Carretera (PTC) nº 4, 2011, pág. 16. ISBN: 978-84-615-3967-3. Este autor se lamenta de que *"quizás habría sido mejor incentivar más la innovación, dar mayor libertad para poner los enlaces y su diseño, una libertad mayor para las tarifas, repartir más los riegos de forma que la Administración asumiese alguno más a cambio de por ejemplo reducir el periodo de la concesión"*. Opinión que no podemos más que suscribir.

<sup>742</sup> A efectos informativos generales es de interés esta noticia: *La crisis de las autopistas en quiebra explicada paso a paso*. Europa Press. 12 de enero de 2017. <https://www.europapress.es/economia/noticia-tesis-autopistas-espanolas-quiebra-explicada-paso-paso-20170110105332.html> (consultado el 15.10.2018)



aumenta exponencialmente; y viceversa, en años de crisis el tráfico se contrae más que el PIB<sup>743</sup>. De ahí que 2008 fuera un año aciago, ya que hasta ese momento la demanda creció, para disminuir drásticamente durante los años álgidos de la crisis.

A esto se sumó que las expropiaciones de terrenos se saldaron con sobrecostes a cargo de los beneficiarios de las mismas, a raíz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a la valoración del suelo, lo que también resultó en retrasos en las fechas de inicio de la explotación.

En particular en su sentencia de 21 de julio de 2011 afirma en su fundamento de derecho sexto que *“Es importante, en este orden de consideraciones, comprender que lo que justifica la valoración como urbanizable del suelo no urbanizable no es el lugar donde se encuentra el terreno expropiado, ni las expectativas urbanísticas que éste pueda tener. Lo único que justifica esa excepción a la regla general según la cual el suelo debe valorarse con arreglo a su clasificación urbanística es, sencillamente, evitar la discriminación que supondría que quien es expropiado para la realización de un sistema general que traerá seguramente consigo la transformación de su entorno en suelo urbanizable reciba un justiprecio correspondiente a suelo no urbanizable, mientras que los propietarios de terrenos próximos no expropiados vean -precisamente como consecuencia del nuevo sistema general- revalorizada su propiedad”*<sup>744</sup>.

Además muchas autopistas tuvieron que competir con alternativas gratuitas y de calidad y con el transporte público<sup>745</sup>. Este es el caso de las radiales de Madrid, a las que además se imponía un régimen tarifario determinado, donde los oferentes podían proponer precios inferiores, pero no superiores.

Este modelo puede funcionar si no hay alternativas a la autopista, o éstas son de una calidad muy inferior, pero no en este caso de accesos urbanos con niveles de prestación similares, como se ha comprobado *ex post*. Aquí hubiera funcionado mejor un régimen tarifario flexible en función de los niveles de congestión de las autovías libres de peaje. Además hubiera

---

<sup>743</sup> Una demanda elástica es *“aquella demanda que es sensible ante un cambio en el precio. De esta forma, una pequeña variación en el precio provoca un cambio más que proporcional en la cantidad demandada. (...) La elasticidad de demanda también conocida como elasticidad-precio de demanda, se define como el cambio porcentual de la cantidad demandada ante un cambio porcentual en el precio”*. <http://economipedia.com/definiciones/demanda-elastica.html> (consultado el 16.10.2018)

<sup>744</sup> STS de 21 de julio de 2011 (STS 5303/2011) Número de recurso: 2680/2008. ECLI:ES:TS:2011:5303.

<sup>745</sup> I. ALBENDEA SOLÍS, “El reequilibrio económico de los contratos públicos” en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo III. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2324-2328. ISBN: 978-84-9169-926-2,

sido muy positivo que ambas opciones hubieran estado bien conectadas para facilitar al usuario la transición de una vía a otra de una manera cómoda en función del nivel de tráfico.

La suma de estos factores supuso una alteración del equilibrio financiero de las concesiones que resultaron en la aprobación de cuentas de compensación en 2010 (medida a la que se podían acoger la circunvalación de Alicante, el acceso a la T-4 del aeropuerto de Barajas, las radiales de Madrid y las autopistas Alicante-Cartagena, Cartagena-Vera, Ocaña-La Roda, y Alto de las Pedrizas-Málaga), por las que el Estado pagaba a las concesionarias la diferencia entre un porcentaje fijado de los ingresos fijados (es decir, ya se tenía consciencia del excesivo optimismo de las previsiones realizadas) y los ingresos reales durante los tres próximos años, y que debían devolverse en condiciones ventajosas para el concesionario; en la prórroga de los plazos de explotación, en el incremento de las tarifas a pagar por los usuarios y en el otorgamiento de préstamos participativos a las sociedades concesionarias en 2010, autorizados por la Ley 26/2009 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010<sup>746</sup>.

Estos últimos se caracterizan de una parte porque, al contabilizarse como inversiones financieras no computan como déficit público, dando así un respiro a las arcas públicas. Y de otra, porque la devolución por el concesionario depende de los ingresos generados en la explotación. Si el tráfico aumenta respecto a las previsiones iniciales, mayor es el tipo de interés. Pero se establece un tipo fijo en el caso de que este no alcance las previsiones<sup>747</sup>. Aquí cabe preguntarse si esta limitación del riesgo de demanda permite seguir considerando la concesión como tal. Pero ya sabemos que la transferencia del riesgo no debe ser total.

No obstante ninguna de estas soluciones tenía como finalidad que las autopistas atrajeran a más usuarios, como hubiera sido, por ejemplo, la flexibilización de la estructura tarifaria<sup>748</sup>.

Así, estas medidas no fueron suficientes y nueve concesionarias se han declarado en concurso de acreedores, lo que activa el mecanismo de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración.

---

<sup>746</sup> M.A. BAEZA MUÑOZ, A. ORTEGA HORTELANO, J.M. VASSALLO MAGRO, "Reparto de riesgos en concesiones de infraestructuras ante la crisis económica", Universidad politécnica de Madrid, pág. 4. I. ALBENDEA SOLÍS, "El reequilibrio económico de los contratos públicos" en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo III. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2369-2370. ISBN: 978-84-9169-926-2

<sup>747</sup> M.A. BAEZA MUÑOZ, J.M. VASSALLO MAGRO, "Lecciones sobre la situación actual de las concesiones de autopistas de peaje españolas", Universidad politécnica de Madrid.

<sup>748</sup> A. ORTEGA HORTELANO, "Pago por uso de las infraestructuras viarias: Estudio de los accesos a Madrid", Cuaderno tecnológico de la Plataforma Tecnológica Española de la Carretera (PTC) nº 4, 2011. ISBN: 978-84-615-3967-3.

El problema de este mecanismo, tal y como estaba regulado en el artículo 271 del TRLCSP es que sólo juega a favor del concesionario porque no se valoraba la imputación a la Administración o al concesionario. Así, la Administración no sólo tenía que reembolsar las inversiones en obras y pagos por expropiaciones hechos, no en función de su valor de mercado (aunque la terminación anticipada no le fuera imputable), sino de su grado de amortización en función del plazo que restara de explotación; sino que también se veía obligada a indemnizarle por daños y perjuicios (aunque sólo en el caso de *“rescate de la explotación de la obra pública por el órgano de contratación”, “supresión de la explotación de la obra pública por razones de interés público” e “imposibilidad de la explotación de la obra pública como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato”*<sup>749</sup>). Sí que es cierto que el TRLCSP contemplaba la posibilidad de culpa del concesionario, pero además de que no aclaraba expresamente cuando se daba esta culpabilidad, no difería la forma de calcular el importe a devolverle. Sólo se establecía la incautación de la fianza y el resarcimiento por daños y perjuicios en lo que a esta excediera.

Lógicamente, las entidades financieras valoraban muy positivamente esta forma de resolución, porque suponía una garantía adicional en el pago de la deuda. Un efecto contraproducente de este mecanismo así desarrollado era que los licitadores presentaban ofertas excesivamente optimistas con costes muy reducidos y con unas previsiones de demanda muy aumentadas, llevando a que obtuviera la oferta no el licitador más eficiente y realista, sino el más agresivo. Como hemos visto en el epígrafe **5. Riesgo por extinción anticipada de la concesión: la Responsabilidad Patrimonial de la Administración** del **CAPÍTULO IV: LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO**, la LCSP introduce modificaciones para intentar poner coto a esta perniciosa práctica.

Es aquí donde entra el *“Convenio de gestión directa con la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, SME, SA, por el que se regula la gestión de la explotación y la preparación de la licitación de autopistas de titularidad estatal”*, que regula las relaciones entre la Administración General del Estado (Ministerio de Fomento) y SEITSA (Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, S.M.E., S.A) para atribuir a esta última a partir de enero de 2018, a excepción de la autopista Madrid-Toledo, AP-41, que pasó a manos públicas el 1 de abril de 2018, la gestión directa de la explotación y la preparación de su

---

<sup>749</sup> Véanse las causas de resolución de los apartados g), h) e i) del artículo 269 del antiguo TRLCSP.

posterior licitación, de ocho autopistas de titularidad estatal, susceptibles de ampliar su número mediante la celebración de adendas<sup>750</sup>. De este convenio llaman la atención varias cosas<sup>751</sup>.

En primer lugar se publica el 16 de agosto de 2017 sin que se haya producido el rescate. Muchas de las sociedades que explotaban las ocho autopistas se encuentran ahora mismo en diversas fases de concurso, lo que significa que, aun siendo de titularidad estatal, el Ministerio de Fomento no podrá disponer con carácter inmediato de las mismas.

Una vez el concurso llega a la fase de liquidación, se activa el mecanismo de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública y la Administración concedente debe abonar al concesionario el importe de las inversiones realizadas en función de la amortización (a tenor del TRLCSP que como veremos es la legislación *elegida* por el convenio para regular esta terminación anticipada). De ahí que, cuanto más dure el concurso de acreedores, menos deba pagar la Administración en cuestión porque aumenta el tiempo de “explotación” y se reduce el importe a pagar.

En este caso concreto, la RPA no ha sido todavía fijada, y no es descabellado suponer que una vez determinada, los concesionarios no estén de acuerdo con la cuantía, regalándole aún más tiempo a la Administración concedente.

En segundo lugar, SEITT es una sociedad anónima con la particularidad de ser el Estado el propietario de la totalidad de sus acciones, por lo que el único fin de encomendar la gestión de estas autopistas en quiebra a esta sociedad es que la operación no compute déficit público<sup>752</sup>. Que el Convenio tenga que finalizar el 31 de Diciembre de 2018, no hace sino ratificarnos en esta idea.

En este plazo tan breve la Sociedad Anónima tendrá no sólo que explotar las autopistas sino que también elaborar el estudio de viabilidad, los pliegos de cláusulas administrativas

---

<sup>750</sup> Resolución de 16 de agosto de 2017, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de gestión directa con la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, SME, SA, por el que se regula la gestión de la explotación y la preparación de la licitación de autopistas de titularidad estatal. BOE nº 204, de 25 de septiembre de 2017. Págs. 85595-85605.

<sup>751</sup> J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, “Convenio para la gestión de las autopistas rescatadas”, Artículo de opinión en Global Politics and Law. 25.08.2017.

<sup>752</sup> Como bien dice I. FERNÁNDEZ TORRES: “Hasta ahora, el ejecutivo ha tratado por todos los medios de encontrar soluciones beneficiosas para él y que no afectaran al déficit público. Y en esa pugna, ha intentado por todos los medios a su alcance poner freno al deseo de los acreedores de que se procediera a la liquidación interponiendo cuantos recursos e incidentes tuviera a su alcance (así se ve en los dos procedimientos “Accesos de Madrid, Sociedad concesionaria Española, S.A.” y “Ciralsa, Sociedad Anónima concesionaria del Estado” concesionarias, respectivamente, de las R-3/R-5 y de la circunvalación de Alicante)”. “A vueltas con el rescate de las autopistas”, Artículo de opinión en Agenda Pública. 15.11.2017.

particulares y de prescripciones técnicas, un informe sobre la valoración de las ofertas y redactar los anteproyectos de construcción y explotación.

En este sentido, el propio PEF publicado como ANEXO del Convenio nos pone sobre aviso, no sólo del exceso de optimismo en las estimaciones: por ejemplo el incremento anual del tráfico se estima en un 7,50%, llevando a que el total de ingresos por peajes sea de 93.461, cifrándose por el contrario el consumo de mercaderías en 1.400 y los gastos de personal en 16.280, obviando uno de los principales principios contables como es el de la prudencia; sino también de que tal vez estos errores vengan de una celeridad excesiva, que no casa bien con una operación de tal magnitud. Y es del todo lógico preguntarse el porqué de estas valoraciones poco prudentes si son los Planes Económico-Financieros excesivamente optimistas, que suponen que los costes no se compensan con los ingresos previstos, los que han llevado a la firma de este convenio en primer lugar.

Sin querer dar alas a teorías conspirativas, no hay que olvidar que las Sociedades Anónimas de Capital Público tienen un régimen mucho más laxo de control de gastos, de control financiero, etc. Lo que supone, valga la redundancia, un descontrol en el control del gasto público.

En tercer lugar, sorprende que habiendo en el momento de la aprobación del Convenio un Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público en la Cámaras, este afirme expresamente que se regirá por el TRLCSP.

De cara a los presupuestos generales y a la computación del déficit, nos preocupa que a nivel europeo poco importa el nombre que se le dé a las cosas, sino lo que en realidad son. Y en este caso, se trata una concesión fracasada, con un PEF excesivamente optimista previo a la adjudicación, cuya resolución anticipada se hace a cargo del Estado. Y este para que no le compute déficit, decide adjudicar su gestión y posterior licitación a una sociedad anónima de capital enteramente público. Deducimos que la aplicación del TRLCSP, que lógicamente no tiene en cuenta la normativa introducida por la Directiva de Concesiones de 2014, en particular sobre la transferencia del riesgo, es un intento de evitar la aplicación de la normativa europea, que pende sobre este contrato concesional cual espada de Damocles. Imaginamos que la Comisión Europea la hará caer sobre la cabeza de la Administración General del Estado.

De todas maneras, la elección del TRLCSP como legislación aplicable no deja de sorprender porque la nueva *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014* en línea con la *Ley 40/2015, de*

1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece la RPA en términos diferentes, afirmando que si la terminación de la concesión no es imputable a la Administración, la cuantía a devolver será el valor de la concesión en ese momento, que ahora mismo es más bien poco. Es por ello que elegir una normativa que obligará a pagar todo el valor de las inversiones hechas nos parece una sin razón, además de que no evitará que desde instancias europeas la operación sí se contabilice en el balance público.

### 3.8. Conclusión

Finalmente, es necesario hacer unas precisiones sobre el tipo de concesión “admitida” por la LCSP.

En cuanto a las concesiones de servicios, la legislación actual reconoce como tales a las calientes, las templadas y las frías no estrictas<sup>753</sup>. Pero es dudoso que incluya en su ámbito de aplicación a las concesiones frías estrictas, que sí que acoge por ejemplo, el legislador italiano bajo la figura de *Partenariato Pubblico Privato*. De ahí que, sobre la configuración como concesión de tales contratos no haya unanimidad en la doctrina, pues a priori, alcanzar unos determinados niveles en la prestación, es un factor perfectamente controlable por el operador económico, y por ello, no subsumible como riesgo<sup>754</sup>.

No obstante, cuando se trata de concesión de obras, el apartado 4 del artículo 267 de la LCSP, referido a la retribución por utilización de la obra parece reconocerlas expresamente<sup>755</sup>.

---

<sup>753</sup> Clasificación que hace la doctrina italiana y que explicamos en el epígrafe **2. Clasificación de las concesiones en función del tipo de riesgo y del número de participantes** del **CAPÍTULO IV: LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO**

<sup>754</sup> En este sentido se manifiesta P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ “Digamos que si la retribución de la concesión se basa exclusivamente en pagos por disponibilidad por parte de la Administración contratante, el concesionario asume un riesgo muy semejante al que asumiría un contratista de obras o servicios. Y precisamente ahí radicaría el problema para entenderlo integrado en la idea de “riesgo operacional”, pues tal como se ha presentado, el riesgo de disponibilidad sería un riesgo sobre el que el adjudicatario tendría el control y no parece que esto case bien con las previsiones de la Directiva” “Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho nº 74, lustel, marzo 2018, pág. 58. ISSN 1889-0016. Sin embargo, F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ parece defender una opinión diferente, “En definitiva, la LCSP 20017 admite tanto las concesiones de servicios retribuidas por los usuarios (concesiones propias o calientes), como las concesiones abonadas por la Administración (concesiones gratuitas o frías), si bien –en contra del tenor literal de la Directiva- excluye que, en este último caso, la remuneración del concesionario pueda depender exclusivamente de los pagos por disponibilidad del servicio; por el contrario, estará en función de la mayor o menor utilización del servicio por los usuarios” *La nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Aranzadi, Navarra 2018, pág. 76. ISBN: 978-84-9197-030-9. Sin embargo, este último autor se refiere aquí a las concesiones “frías no estrictas”, donde hay un tercero usuario indirecto y el riesgo de disponibilidad se ve superado por el de oferta.

<sup>755</sup> Véase en este sentido la crítica que hace el Informe 8/2015, de 20 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. *Anteproyecto de Ley de contratos del sector público*. En particular la página 40: “Si no se aclara explícitamente que también es posible que la

Al no hacer la Directiva distinción al respecto, no es comprensible que el legislador español diferencie en cuanto a la forma de retribución en las concesiones de servicio y en las concesiones de obra, es decir, pagos por frecuentación o pagos por disponibilidad, permitiendo esta última modalidad únicamente en las concesiones de obra.

Y no es comprensible porque el resultado final será una reducción drástica de la utilización de las concesiones de servicios, objetivo no deseado por la Directiva, que sólo buscaba armonizar su régimen.

Así lo entiende la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón:

*“Tampoco un sistema de pagos por disponibilidad, o de ayudas públicas que complementen al sistema de retribución, en sí mismo, alteran, a priori, esta posible transferencia de riesgos, siempre que no se utilicen para garantizar todos los costes operativos, pues desaparecería el riesgo de exposición a las reglas de funcionamiento del mercado”<sup>756</sup>.*

Mientras se transfiera el riesgo operacional, no asegurando la recuperación de los costes operativos y las inversiones, debería admitirse el pago por disponibilidad.

#### **4. Oficina Nacional de Evaluación**

Dentro del análisis de la figura concesional en España, es de obligado estudio la nueva Oficina Nacional de Evaluación (ONE de ahora en adelante), órgano colegiado integrado en la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación<sup>757</sup>. Y es de obligado estudio porque su objeto es controlar que las concesiones son financieramente sostenibles a

---

*retribución del concesionario (de servicios) vaya ligada al riesgo de disponibilidad —como si se hace, en cambio, para el concesionario de obras— puede fácilmente concluirse que no es posible la retribución basada en el citado criterio. Cabe añadir que la redacción actual del artículo 287.1 podría no ser acorde con el contenido de la Directiva 2014/23/UE (artículo 5.1), porque la Directiva no establece ninguna distinción al respecto.”*

<sup>756</sup> Informe 13/2015, de 30 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. *Criterios para calificar como concesión un contrato de transporte regular permanente de viajeros de uso general en autobús*

<sup>757</sup> Esta Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación está presidida en la actualidad por María José Santiago Fernández, y tiene como funciones velar por la correcta aplicación de la legislación en materia de contratación pública, promover la concurrencia y evitar ilegalidades. Respecto a esta Oficina es de interés A. CERRILLO I MARTÍNEZ, “Nuevos mecanismos de control para garantizar la integridad en la contratación pública ” en libro col. *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público*. (coord.) J.M. GIMENO FELIÚ, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pág. 1632. ISBN: 9788491776277 9788491776253. Véase también “El Gobierno estructura la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación Pública”, Legal Today. 7.05.2018

través de informes preceptivos<sup>758</sup>. Básicamente es un instrumento de control de concesiones de obras y servicios *ex ante*<sup>759</sup>.

El motivo principal para la creación de esta oficina se encuentra en el artículo 7 de la *Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera* que recoge el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

Por ello contratos, convenios, concesiones y cualquier acto que afecte a los gastos o ingresos públicos llevado a cabo por el sector público (Administración central, Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y Administraciones de Seguridad Social) y por las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público dependientes de las administraciones públicas (en todo lo que se refiera específicamente a las mismas) deben supeditarse al cumplimiento de principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera<sup>760</sup>.

Esta Oficina Nacional de Evaluación venía recogida en la disposición adicional trigésimo sexta del TRLCSP, introducida a su vez por el apartado doce de la disposición final novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y se desarrolla en el Proyecto de Orden ministerial por la que se determina su composición, organización y

---

<sup>758</sup> X. LAZO VITORIA, "La Oficina Nacional de Evaluación: un control reforzado para las licitaciones públicas de la Administración General del Estado y de las Entidades locales". Artículo de opinión en ObCP. 14.12.2015. Véase A. BETANCOR RODRÍGUEZ, "Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación" en libro col. *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público*. (coord.) J.M. GIMENO FELIÚ, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, págs. 689-713. ISBN: 9788491776277 9788491776253. En particular las páginas 708 y ss. y P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, "Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 74, Iustel, marzo 2018, págs. 60-61. ISSN 1889-0016.

<sup>759</sup> Para profundizar, véase J. ÁLVAREZ MONTOTO, "El equilibrio económico en los contratos de concesión y la oficina nacional de evaluación", *Revista de estudios locales* nº 190, Cunal 2016, págs. 58-68. ISSN 1578-9241.

<sup>760</sup> "En el pasado, se han puesto en marcha muchos proyectos de colaboración público-privada en ámbitos como la gestión del agua y sus infraestructuras, la construcción, conservación y explotación de carreteras, el transporte ferroviario, la educación o la sanidad. **Sin embargo, no se ha dispuesto de una información completa y rigurosa ni de unos criterios comunes de análisis de la sostenibilidad y eficiencia de estos proyectos que permitieran acometerlos con garantías**". Proyecto de Orden Ministerial para desarrollar su organización y funciones. La nueva Oficina Nacional de Evaluación garantizará la eficiencia y sostenibilidad de las inversiones públicas del Estado, corporaciones locales y comunidades autónomas", Servicios de prensa de la Moncloa. Gobierno. 20.06.2016



funcionamiento<sup>761</sup>. Ahora mismo, y sin cambios reseñables, este organismo se regula en el art. 333 LCSP<sup>762</sup>.

Esta orden consta de cinco artículos sobre el objeto de la ONE, su composición, su organización, sus funciones y su funcionamiento, a las que se suman dos disposiciones adicionales sobre el no incremento del gasto público y el registro electrónico de inversiones sostenibles y tres disposiciones finales sobre títulos competenciales, habilitación normativa y entrada en vigor.

Las CCAA podrán firmar un convenio con la ONE o crear sus propios organismos autonómicos.

Como decíamos al principio, la estudiamos en este capítulo referido a España y tras introducir las concesiones en el nuevo texto legal, porque como hemos adelantado su objeto es controlar que las concesiones son financieramente sostenibles.

Para lograr este objetivo, la ONE debería tener acceso a determinados datos de las empresas que presentan una oferta, de cara a comprobar su sostenibilidad financiera a largo plazo, lo que está muy relacionada con los objetivos y estrategias de la empresa.

Entre la información de la que debería disponer la ONE, podemos destacar el método de toma de decisiones de inversión de la empresa (que debe basarse en indicadores objetivos y razonables, así como en flujos de efectivo y tasas de descuento reales), el procedimiento de evaluación de las desviaciones y sistemas de alerta temprana, así como las medidas que se toman habitualmente para reconducir la situación<sup>763</sup>.

La ONE evalúa la sostenibilidad financiera evacuando informes preceptivos en dos momentos distintos de la contratación.

Con carácter previo a la licitación de los contratos de concesión de obras y de servicios públicos que celebren los poderes adjudicadores dependientes de la Administración General del Estado y de las Corporaciones Locales, elaborará un informe siempre que o bien se realicen aportaciones públicas a la construcción o a la explotación de la concesión, así como cualquier medida de apoyo a la financiación del concesionario; o bien la tarifa sea asumida total o parcialmente por el poder adjudicador concedente (peaje en sombra o precios sociales

---

<sup>761</sup> *Proyecto de Orden Ministerial por la que se determina la composición, organización y funcionamiento de la Oficina Nacional de Evaluación*. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

<sup>762</sup> Véase A. ARIAS RODRÍGUEZ, "Llega la Oficina Nacional de Evaluación", *Contratación, Entidades Locales*. 13.08.2015

<sup>763</sup> J.C. GÓMEZ GUZMÁN, "Oficina Nacional de Evaluación. Función financiera", *NovaGob* 17.05.2016

estudiados en el **CAPÍTULO IV: LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO**, en concreto en el epígrafe **2. Clasificación de las concesiones en función del tipo de riesgo y del número de participantes**), cuando el importe de las obras o los gastos de primer establecimiento superen un millón de euros<sup>764</sup>. En este último caso, la ONE tendrá que analizar la efectiva transferencia del riesgo de demanda al concesionario.

Estos primeros informes evalúan si, en atención al riesgo de demanda transferido al concesionario y en función de la inversión realizada, las ayudas concedidas, los flujos de caja esperados y el TIR, la rentabilidad del proyecto es adecuada y sostenible.

A posteriori y sólo en caso de restablecimiento del equilibrio en estos mismos contratos que ha tenido que informar con anterioridad, emitirá un informe sobre los acuerdos que analizará si las compensaciones financieras establecidas mantienen una rentabilidad razonable.

Si la Administración o entidad destinataria del informe preceptivo decide apartarse de su contenido deberá motivarlo a riesgo de incurrir en arbitrariedad.

Una serie de críticas se pueden hacer a este nuevo órgano<sup>765</sup>.

En primer lugar, que el Proyecto de Orden limita el informe preceptivo a los contratos de concesión de servicio “público” lo que restringe mucho su ámbito de aplicación. Además no casa bien con la regulación europea, cuyo objetivo último es poder aplicarse a todo tipo de concesiones de servicios sean de titularidad pública o no. La competencia de la ONE debería extenderse a informar cualquier concesión de servicios.

En esta línea, la referencia a los contratos de gestión de servicios, ya desaparecidos en la nueva LCSP (y que antes de la trasposición, debido al efecto directo de la definición del artículo 5 de la Directiva estaba ya en vías de extinción o por lo menos de profunda transformación) sólo llevará a confusiones en la aplicación de la ley y a “olvidos” justificados en la petición de informes preceptivos, evitando así una importante vía de control. Lo correcto sería llamar a las cosas por su nombre y utilizar el término de concesión de servicios, en consonancia con la Directiva y la ya vigente ley y ya recogido por el APLCSP.

---

<sup>764</sup> J.J. LAVILLA RUBIRA, “Régimen jurídico de la concesión de obras” en libro col. *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público* (coord.) J.M. GIMENO FELIÚ, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pág. 1427. ISBN: 9788491776277 9788491776253

<sup>765</sup> J. M. GIMENO FELIÚ, R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, I. GALLEGU CÓRCOLES, X. LAZO VITORIA, A. I. PEIRÓ BAQUEDANO Y P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, *Alegaciones al “Proyecto de Orden Ministerial por la que se determina la composición, organización y funcionamiento de la Oficina Nacional de Evaluación”, presentadas por el Observatorio de Contratación Pública.*

Además no lo extiende a las demás figuras paraconcesionales, como los contratos de Colaboración Público-Privada (a extinguir) o los conciertos, que se seguirán utilizando en determinados casos concretos ya estudiados. Esta limitación del objeto resulta injustificada si se tiene en cuenta que la ONE puede eventualmente tener competencia (nos referimos a los informes de reequilibrio del contrato, aunque la orden debería aclararlo expresamente) sobre contratos ya formalizados. Y resulta todavía más incomprensible si se lee la exposición de motivos del proyecto de Orden ministerial:

*“Hasta ahora, son muchos, y en diversos sectores económicos, los proyectos de colaboración público-privada que se han desarrollado en España. (...) Sin embargo, no se dispone de una información completa y rigurosa ni unos criterios comunes de análisis de la sostenibilidad y la eficiencia de estos proyectos que permitan que se acometan con garantías.*

*Son muchos los países de nuestro entorno que ya han abordado esta problemática optando por diferentes soluciones pero todas ellas tienen un elemento en común: la necesidad de que haya un órgano encargado de esta coordinación y seguimiento que vele por la eficiencia, sostenibilidad y viabilidad de los proyectos de inversión. (...)*

*Con esta Orden España también pone en funcionamiento su propia solución para seguir profundizando en la mejora de la planificación y ejecución de los proyectos de colaboración público-privada.”*

Todo en esta exposición hace pensar que los proyectos de colaboración público privada, sea cual sea su denominación, son importantes para el desarrollo económico del país, y en consecuencia, su control previo es vital para alcanzar la sostenibilidad y la eficiencia económica. ¿Por qué limitar entonces el control a una subcategoría exclusivamente?

En materia de estructura, vemos aquí que el problema que puede tener la ONE es el que han tenido y tienen los tribunales de Contratación Pública. La ONE sólo tiene competencias en concesiones otorgadas por la AGE y por las Entidades Locales, pudiendo las CCAA crear sus propios organismos de evaluación o bien, mediante convenio, atribuir estas competencias a la ONE. La expresa inclusión de las entidades locales en su ámbito de aplicación subjetivo sí eliminará el problema de planta abierta que han enfrentado los tribunales de contratación. Pero no queda resuelto lo que ocurre si una CCAA ni crea una entidad competente, ni firma un convenio de atribución de la competencia.

Por otro lado, teniendo en cuenta el volumen de trabajo que se puede esperar, la organización parece un poco magra. Además es incomprensible que, siendo la función de la ONE evaluar la documentación presentada por el poder adjudicador, la mitad de sus miembros

provengan del mismo. ¿Dónde queda allí la necesaria independencia e imparcialidad de la entidad? A los resultados nos atenderemos.

También es de obligada mención el hecho de que, el informe preceptivo evacuado por la ONE, se realizará si la tarifa es asumida total o parcialmente por el poder adjudicador concedente, cuando “*el importe de las obras o los gastos de primer establecimiento superen un millón de euros*”. Este concepto indeterminado y difícil de precisar, que ni siquiera tenía una definición en el TRLCSP, se utilizaba en relación con el contrato de gestión de servicios públicos, que queda desplazado. Lo lógico y más beneficioso en aras a la seguridad jurídica, sería utilizar el concepto de Valor Estimado del contrato, que aclaran y delimitan perfectamente las Directivas<sup>766</sup>.

## 5. Conclusión

A pesar de que en España la figura concesional no es una absoluta desconocida, los requisitos de la Directiva sí que obligarán a la adaptación legislativa (que parece orientada al buen camino) y al acomodo en la práctica de la nueva figura, sobretudo en el caso de funcionarios públicos y licitadores reticentes a abandonar la figura del contrato de gestión de servicios<sup>767</sup>.

Así, la principal novedad que supone la Directiva para el Derecho Español sería la unificación del régimen jurídico de las concesiones, tanto de obras como de servicios que superen el umbral comunitario marcado en la Directiva y actualizado cada dos años. Este valor se calcula, ya no con el gasto de primer establecimiento, sino teniendo en cuenta el volumen total de negocios generado por el concesionario, IVA excluido<sup>768</sup>.

Interesa recordar que el ya derogado TRLCSP excluía expresamente las concesiones de servicios públicos. Exclusión por otra parte lógica, si tenemos en cuenta que este texto se basaba en las anteriores Directivas, que también las excluían.

---

<sup>766</sup> Véase en particular el artículo 8.2 y 3 de la Directiva de Concesiones en referencia a las concesiones.

<sup>767</sup> F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ. *La nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Aranzadi, Navarra 2018. ISBN: 978-84-9197-030-9. En particular el Capítulo VI. La aplicación de la directiva de concesiones en España

<sup>768</sup> P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “La Directiva de Concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de servicios de interés general”, en libro col. *Servicios de Interés General Colaboración Público-Privada y sectores específicos*, (dir.) V. PARISIO, V. AGUADO I CUDOLÀ, B. NOGUERA DE LA MUELA. Tirant lo Blanch. Valencia 2016. ISBN 978-84-914-3793-2. G. Giappichelli Editore. Torino 2016. ISBN/EAN 978-88-921-0553-9. Págs. 77-128.

A esta novedad se añade que, de acuerdo a la Directiva de Concesiones, no se podrá denominar a un contrato en el que la remuneración se hace depender exclusivamente de estándares de calidad cuyo cumplimiento depende exclusivamente del concesionario como concesión. La justificación es que en este tipo de contrato la transferencia de riesgo brilla por su ausencia, ya que el operador económico puede controlar perfectamente los niveles a los que presta los estándares prefijados.

En estas adjudicaciones, tanto la Administración “concedente”, como el supuesto “concesionario” salían beneficiados, porque el poder adjudicador no tenía que contabilizar los activos en sus cuentas públicas y el operador económico no se hacía cargo del riesgo de demanda especialmente negativo en tiempos de recesión económica, que quedaba del lado del poder adjudicador.

No obstante lo dicho, a tenor de la nueva ley, sí que se podrán articular negocios concesionales en que no se transfiera el riesgo de demanda, porque sea la propia Administración concedente la usuaria. Pero en este caso deberá quedar muy claramente establecida la transferencia del riesgo de oferta o suministro, en base a penalizaciones automáticas por incumplimientos en la disponibilidad y los estándares de calidad. Aunque desde nuestro punto de vista sea muy dudosa la existencia de una verdadera concesión en este caso.

En España, esto tendrá consecuencias jurídicas en la calificación de determinados contratos que, al hilo de la crisis y para evitar la consolidación contable en el balance de una Administración ya deficitaria, se denominaba de concesión de servicios, basándose únicamente en la transferencia del riesgo de disponibilidad, riesgo que ya ni siquiera se recoge en el texto de la Directiva. Estos contratos deberán reorientarse a la categoría residual de contratos de servicios, que ven ampliado su objeto al incluir, ya no sólo aquellos contratos en que la Administración contratante recibía directamente el servicio prestado como usuaria final, sino también aquellos, en que, al no darse la transferencia del riesgo operacional se califican como contratos en que los servicios se prestan al ciudadano.

Como vemos, la figura analizada no ha estado, ni estará exenta de controversia, ya no sólo por la inseguridad que ahora mismo genera su régimen jurídico, sino también por los elevados costes originados en la falta de control en determinadas operaciones, que han llevado a terminaciones anticipadas y a la consecuente activación de la RPA, tal y como venía configurada en el TRLCSP; así como por la necesaria reorientación de determinados contratos mal tipificados originalmente.

Por otra parte y para concluir, destacar la supresión del contrato de Colaboración Público Privada, como consecuencia de la escasa utilidad práctica, ya que, como dice el preámbulo de la nueva LCSP, su objetivo puede fácilmente desarrollarse mediante el contrato de concesión, figura sí regulada por instrumentos normativos a nivel europeo<sup>769</sup>. De hecho, en España muchas CPP se han adjudicado en formas de contratos de concesión de obra. Además, en términos financieros, es indiferente que el proyecto se articule a través de un contrato de concesión o de una CPP (que queda ya definitivamente descartada). De ahí que EUROSTAT haya analizado de manera aleatoria tanto contratos de concesión como de CPP para determinar si computan déficit o no<sup>770</sup>.

A tenor del ya derogado TRLCSP, este contrato suponía que *“una Administración Pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas”* encargaba a un operador económico por un tiempo determinado en función de la inversiones realizadas y el plazo de amortización *“la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general”* incluyera *“a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión; b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas; c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado; d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado”*<sup>771</sup>. La remuneración además consistía en un precio a lo

---

<sup>769</sup> Véase M.A. BERNAL BLAY, “La colaboración público-privada institucional”, Revista Aragonesa de Administración Pública nº 37, 2010, págs. 93-138. ISSN 1133-4797. También I. GALLEGO CÓRCOLES, “El Derecho de la contratación pública: Evolución normativa y configuración actual”, en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo I. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 121. ISBN: 978-84-9169-926-2 y X. LAZO, “El contrato de concesión de servicios” en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo III. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2574-2576. ISBN: 978-84-9169-926-2.

<sup>770</sup> A. B. MACHO PÉREZ, E. MARCO PEÑAS, “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT”, Revista de Administración Pública nº 194, 2014, págs. 437-474. ISSN: 0034-7639.

<sup>771</sup> Véase su artículo 11. Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Para un estudio de esta figura ya extinta, M.T. BRUNETE DE LA LLAVE, *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009. ISBN: 9788481262575; A. DORREGO DE CARLOS y F. MARTÍNEZ VAZOSA, *La colaboración pública privada en la Ley de contratos del sector público. Aspectos administrativos y financieros*, La Ley, Madrid, 2009. ISBN: 9788481262117. M.A. BERNAL BLAY, *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”*, Civitas

largo de todo el periodo de ejecución y podía “*estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento*”, lo que no deja de recordar al riesgo de disponibilidad.

Atendiendo a esta definición y probado que se transfiera efectivamente el riesgo operacional, se pueden detectar las notas del negocio concesional, lo que muy bien explica la desaparición de la figura, que tampoco se regula en la Directiva, sino en instrumentos de *soft law* a nivel europeo.

Sin embargo, y aunque estamos de acuerdo con la afirmación que hace la LCSP en su preámbulo, consideramos que el mantenimiento del término CPP puede ser interesante de cara a la configuración del riesgo.

Las concesiones, tal y como se definen en la Directiva se caracterizan por la transferencia del riesgo operacional, que no contempla el riesgo de disponibilidad. Es más, una concesión en que sólo se transfiera este riesgo, dejará de ser concesión.

Pero si atendemos a los criterios del SEC 2010 un contrato en el que se transfiera este riesgo junto al de construcción será una Asociación Público Privada (cuando cumpla con determinadas exigencias), que no computa dentro del ámbito de endeudamiento de la Administración concedente (objetivo muchas veces principal), pero que no será una concesión según los parámetros de la Directiva.

Como discusión teórica y doctrinal es un tema fascinante, pero a nivel práctico es una complicación a la que se podría poner término fácilmente, reservando el término “concesión” a las concesiones “calientes” o “templadas”, en que se transfiere el riesgo de oferta o suministro y/o el de demanda; e incluso en el caso estudiado de concesiones “frías” no estrictas donde hay un ciudadano, usuario indirecto del servicio, lo que permite la articulación del nuevo riesgo de oferta o suministro porque ya no nos encontramos ante una relación bilateral.

Y denominando a las concesiones “frías” estrictas, en las que si se trasmite algún riesgo, será, en el caso de concesiones de obra, el de construcción; al que se podrá sumar el riesgo de disponibilidad de no cumplir los parámetros prefijados en el contrato (tal y como viene configurado en el SEC 2010), como CPP.

---

Thomson Reuters, Pamplona, 2011, págs. 466-592. M. HERNANDO RYDINGS, *La Colaboración Público Privada. Formulas Contractuales*. Civitas Cizur Menor 2012. ISBN: 9788447039920 y A. PALOMAR OLMEDA, *Colaboración público privada: análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad contractual*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011. ISBN: 978-84-9903-898-8.

En resumen, se trata de identificar el riesgo de disponibilidad del SEC 2010, que caracteriza a las concesiones “frías” estrictas, con la CPP; el riesgo de demanda con las concesiones “calientes” y el de oferta o suministro con las concesiones “calientes”, “templadas” y “frías” no estrictas.

La siguiente cuestión que cabría plantearse aquí sería cual es el posible régimen regulatorio de una potencial CPP. En el caso de que se transfiera el riesgo de demanda y/o el de oferta o suministro, es decir, lo que hemos denominado como concesiones “calientes”, “templadas” y “frías” no estrictas, está claro que hay que atenerse a las disposiciones de la Directiva de Concesiones.

Si por el contrario, lo que se transfiere es el riesgo de disponibilidad, en lo que hemos identificado como concesiones “frías” estrictas, la normativa a seguir no está tan clara. Y a nuestro parecer se debe al empeño de llamar concesión a un contrato que no lo es. Y no lo es porque el riesgo de disponibilidad no es una contingencia incontrolable para el concesionario. Las concesiones “frías” estrictas, a las que podríamos denominar CPP siguiendo al legislador italiano, son lisa y llanamente contratos. Ciertamente son complejos, pero no por ello dejan de ser contratos que se deberían regir por las disposiciones de la Directiva “clásica”.

Y esto además, tiene una razón de ser. Cuando se transfiere un riesgo incontrolable por el concesionario (es decir, demanda u oferta o suministro), éste va a estar muy interesado en que los estudios de viabilidad sean correctos y en potenciar la rentabilidad de su inversión. Además, estos parámetros suelen ser más fácilmente controlables por la Administración concedente o por el usuario final, que recurrirá a la infraestructura o servicio únicamente si satisface sus estándares de calidad. Luego se puede hacer una adjudicación más flexible.

Mientras que en el caso de las concesiones “frías” donde lo que se transfiere es el riesgo de disponibilidad, que consiste en el cumplimiento de parámetros previamente establecidos, la rentabilidad del concesionario no se hace depender de un factor externo al concesionario, con lo cual se preocupará menos de sacar el máximo rendimiento a su inversión y de elevar los estándares de calidad (es más, esto podría influir negativamente en sus beneficios finales).

Pero además, suele darse el caso, en supuestos de información asimétrica, de que la Administración no pueda efectivamente controlar que está produciendo según los requisitos acordados, o incluso que esos requerimientos impliquen lo mejor que puede ofrecer el mercado.

De ahí que una regulación más estricta en su adjudicación, como es la de contratos sea mucho más recomendable.



La buena noticia para los poderes adjudicadores es que, aunque no sean concesiones en el sentido de las Directivas, si cumplen con los criterios del SEC 2010, no computarán dentro del ámbito de endeudamiento de las Administraciones Públicas.

De todas maneras, como el legislador italiano lo ha previsto ya expresamente en su nuevo Código de Contratos, podemos esperar a observar los resultados en la práctica de nuestro vecino y decidir en consecuencia. Podemos advertir ya un problema práctico. Y es que habrá una doble regulación sobre un mismo tema: a nivel Europeo y a nivel interno de Italia, siendo este último nivel independiente y autónomo del primero, al menos hasta donde no haya contradicciones con la regulación europea.

A modo de cierre y como avanzamos en el **CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN**, España era hasta 2007 el primer país de Europa (excluyendo Reino Unido) en número de contratos de Colaboración Público Privada, caracterizándose además por la rapidez y “eficacia” en su adjudicación e implementación. Decimos “eficacia” con entrecorchetes, porque hechos posteriores han demostrado como insostenibles muchos de estos contratos. En muchas ocasiones por los elevados justiprecios que imponían los Tribunales Superiores de Justicia (llegando a alcanzar el valor completo del proyecto) o por estimaciones de demanda excesivamente optimistas, como sería el caso de las radiales de Madrid, mencionadas en el epígrafe 3 de este capítulo.

En cualquier caso, interesa decir que la CPP se introdujo en España de la mano de la Ley de Contratos del Sector Público del 2007<sup>772</sup>. Pero curiosamente, aunque el objetivo de esta ley era la trasposición de la *Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios*, esta figura tiene su origen, no en esta Directiva sino en el *Acuerdo del Consejo de Ministros, de 25 de febrero de 2005, por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso a la productividad*<sup>773</sup>.

---

<sup>772</sup> “En torno a la Colaboración” en libro col. *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, (dir.) F. LAGUNA SANQUIRICO. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A y Fundación Ramón Areces, Madrid 2012, págs. 45-53.

<sup>773</sup> Véase el mandato 44º de dicho acuerdo: “Cuadragésimo cuarto. Mandato al Ministerio de Economía y Hacienda para que en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transpondrán las nuevas directivas en materia de contratación, se incluya una regulación de los contratos de colaboración público privados.–El Ministerio de Economía y Hacienda incorporará en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público por el que se transpondrá la Directiva 2004/18/CE, además de las normas necesarias para la completa y correcta transposición de la directiva al derecho interno, una regulación de los contratos de colaboración entre el sector público y el privado, para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, así como los mecanismos legales adecuados que permitan identificar la

Para concluir este capítulo, mostramos en este cuadro el número de operaciones de CPP llevadas a cabo en España a finales de 2007 por sectores y por volumen en la contratación (en millones de euros).

<b>Sector</b>	<b>Valor del proyecto</b>	<b>Número de proyectos</b>
Carreteras	5579	8
Sanidad	642	6
Transporte Público Local	138	1
Transporte (Aeropuertos)	112	1
Infraestructuras hídricas	27	1
Otros	366	2
<b>TOTAL</b>	<b>6864</b>	<b>19</b>

Gráfico de elaboración propia a partir de A. GERMANI, M.RICCHI, "Il sistema del Partenariato Pubblico Privato in Spagna - confronto con l'Italia", Unità Tecnica Finanza di Progetto. Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica. Febbraio 2008. Con datos del DLA Piper International Law Firm, European PPP Report 2007.

---

*proposición más ventajosa presentada por los licitadores a fin de garantizar la obtención del mayor valor posible como contrapartida a los recursos financieros aplicados al contrato"* BOE nº 79, de 2 de abril de 2005. Págs 11349 – 11355. BOE-A-2005-5272.

## CAPÍTULO VIII. ITALIA

### 1. Introducción

En Italia, el 19 de abril de 2016, cumpliendo con los plazos de trasposición exigidos por las Directivas europeas, se publicó la nueva ley de contratación pública<sup>774</sup>.

Antes de entrar a analizar el complejo marco normativo italiano, pueden resultar de interés unas cifras indicativas. Italia es el cuarto país de la Unión Europea en volumen de contratación pública, con una media de 172,6 miles de millones de euros al año (con un valor de 27,7 miles de millones al año de los contratos publicados en TED), lo que representa un 10,7% de su PIB, del cual, únicamente un 16,2%, se destina a contratos por encima de los umbrales comunitarios<sup>775</sup>.

Hasta abril de 2016, la regulación de contratos públicos de obras, servicios y suministros en Italia se encontraba en el Código de contratos Públicos de 2006 y en el reglamento de ejecución y aplicación del mismo, además de en un elevado número de actos de contenido normativo para sectores específicos (más de seiscientos)<sup>776</sup>.

El código de 2006, que trasponía las Directivas de Contratación de 2004 y venía a sustituir a la ley Merloni (que toma el nombre del Ministro de Obras Públicas, Francesco Merloni, pero que en realidad se llama *Legge quadro in materia di lavori pubblici*), se parece a nuestro TRLCSP en las alteraciones soportadas<sup>777</sup>. Sufrió 52 modificaciones mediante actos normativos a nivel nacional (la gran mayoría decretos leyes por razón de urgencia o necesidad) y 6 causadas por

---

<sup>774</sup> Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n. 50. *Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*. Gazz. Uff. 19.04.2016, n. 91, Suppl. Ordinario. Muy criticado ha sido el hecho de que no reciba el nombre de código, ya que su objetivo es reunir en un mismo texto toda la normativa reguladora de los contratos y las concesiones, tanto en sectores ordinarios como especiales. Aunque ha mantenido esta extensísima denominación, en la práctica los juristas la llaman Codice degli Appalti.

<sup>775</sup> R. DE NICTOLIS. "Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà", Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo nº 19, 2016. 5 de Octubre de 2017. ISSN 1826-3534.

<sup>776</sup> A. PAJNO, "La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione" en libro col. *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione (Atti LXI. Convegno Varenna)* (coord.) G. DELLA TORRE, Editorial Giuffrè Editore 2016, págs. 29-75.

<sup>777</sup> *D.lgs. n. 163/2006* (Codice dei contratti pubblici) y *legge 11 febbraio 1994, n. 109* (Legge quadro in materia di lavori pubblici), respectivamente.

reglamentos comunitarios<sup>778</sup>. El parcheo español tiene más seguidores entre los Estados Miembros.

Este cuadro normativo anterior se caracterizaba por su complejidad ya que, solamente el Código contaba con 257 artículos y 22 anexos<sup>779</sup>. Y esto, sin incluir en el cómputo el reglamento de ejecución, los sectores especiales entre los que se encuentran la defensa y los bienes culturales; ni las normas que por razón de competencia pueden promulgar las regiones italianas, cuyo margen de regulación aumenta en las Provincias de Estatuto Especial.

De hecho, para comprender el nuevo Código de 2016, hay que entender que en Italia se solapan dos niveles competenciales que tendrán que conjugarse para la aplicación y desarrollo mediante decretos-ley del Código. Estos dos niveles son el estatal y el regional, donde se debe distinguir las regiones de estatuto ordinario y las regiones de estatuto especial (que deben adaptar su legislación propia según las disposiciones de sus estatutos y este decreto legislativo). En este sentido se manifiesta el artículo 2 del Código de Contratos de 2016 y el artículo 4 del Código de 2006. La situación es, como vemos, similar a la española, sólo que la autonomía legislativa de las regiones en materia de contratación es inferior a la que tienen las CCAA en España<sup>780</sup>.

A este cuadro normativo extenso se añadían normas y regímenes transitorios que generaban más inseguridad jurídica y litigiosidad en el contencioso. Para paliar este problema fueron apareciendo numerosas interpretaciones de los jueces administrativos y de la *Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici* (ahora sustituida por el ANAC<sup>781</sup>)<sup>782</sup>.

De ahí que, un punto positivo del nuevo Código, es la “simplificación” que ha supuesto: 220 artículos (que aumentan no en número total, pero sí con añadidos –bis, -ter y –quater mediante el *Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56*), frente a los 257 del Código de 2006, que sumados a los de su reglamento de actuación superaban los 600<sup>783</sup>. No obstante, esta reducción

---

<sup>778</sup> G.M. RACCA, “Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei suoi aspetti giuridici ed applicativi”, Congreso Idee e ricerche nel settore edilizia-costruzioni, 29 giugno 2006, Torino.

<sup>779</sup> Véase R. CARANTA, *I Contratti Pubblici. Sistema diritto amministrativo italiano*. Giappichelli 2012 ISBN: 8834825993

<sup>780</sup> Cinco regiones tienen un estatuto especial: Sicilia, Sardegna, Valle d'Aosta, Trentino-Alto Adige y Friuli-Venezia Giulia.

<sup>781</sup> Autorità Nazionale Anti-Corruzione: La Autoridad Nacional Anti-Corrupción

<sup>782</sup> El *Decreto Ley n. 90/2014* convertido en n. 114/2014 suprimió la AVCP (Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici), transfiriendo sus competencias a la ANAC (Autorità Nazionale Anti-Corruzione).

<sup>783</sup> Cómo crítica al nuevo Código, y en particular a la (falta de) normativa aplicable a los contratos bajo importe armonizado, véase O. ABBAMONTE, “Appalti sotto-soglia e certezza del diritto”, Congreso “I

en principio positiva, hay que tener en cuenta que el viejo Código se desarrolló con los años y que en el nuevo ya hay planeados numerosos reglamentos y líneas guías, vinculantes o no del ANAC, que guardan una, cuanto menos curiosa, semejanza con los reglamentos<sup>784</sup>.

A la complejidad normativa se sumaba la subjetiva: en Italia, como en España, el número de poderes adjudicadores es muy elevado (más de 32.000 entidades adjudicadoras). Esto comporta que la demanda esté muy fragmentada y sea de pequeña dimensión, lo que motiva que el valor medio de los contratos sea bajo: 1.200.000 euros por obras, 2.000.000 por servicios y 1.300.000 por servicios y que la compra pública se lleve a cabo mayoritariamente por las regiones y entes locales, ascendiendo a tan sólo un 40% la compra pública estatal<sup>785</sup>.

La existencia de numerosos procedimientos de licitación atípicos (véanse nuestras instrucciones en Poderes Adjudicadores no Administración Pública en contratos bajo los umbrales de importe armonizado) eran un problema añadido. A favor del nuevo Código hay que decir que, aunque el artículo 125 del viejo Código de 2006 contemplaba las instrucciones internas para procedimientos de adjudicación en contratos de importe no armonizado, el código actual ya no las recoge<sup>786</sup>.

La tesis mayoritaria es que las instrucciones ya existentes se siguen manteniendo, pero siempre que se respeten los principios (y decimos nosotros, ¿lógicamente también las normas expresas?) del nuevo Código. Sería interesante, o bien eliminarlas, o bien hacer una revisión en profundidad de las existentes. En cualquier caso, a futuro, no se podrán elaborar nuevas instrucciones, lo que es muy positivo desde el punto de vista de la transparencia y de la seguridad jurídica.

Lógicamente, todos estos puntos mencionados actúan en detrimento de la eficiencia y el control de gasto. Era preciso pues un control verdaderamente eficaz y flexible (que parece que

---

contratti sotto-soglia alla luce delle linee-guida n. 4/2016" organizado por IGI en Roma el 19 de abril de 2018.

<sup>784</sup> R. DE NICTOLIS. "Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà", Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo nº 19, 2016. 5 de Octubre de 2017. ISSN 1826-3534.

<sup>785</sup> A. PAJNO. "La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione" en libro col. *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione (Atti LXI. Convegno Varenna)* (coord.) G. DELLA TORRE, Editorial Giuffrè Editore 2016, págs. 29-75.

<sup>786</sup> A.I. PEIRÓ BAQUEDANO, "La trasposición de la directiva de concesiones. Estudio comparado Italia-España" en libro col. *Observatorio de los contratos públicos 2016*. (dir.) J.M. GIMENO FELIÚ. Aranzadi. Navarra 2017, págs. 175-235. ISBN: 978-84-9177-176-0

la nueva ley otorga a la ANAC<sup>787</sup>) y una reducción del número de entidades adjudicadoras, propugnado por la ley de delegación y recogido en la nueva ley de contratación de 2016.

Por otra parte, el Código de 2016, que sí contempla los métodos alternativos de resolución de controversias, no recoge en cambio los recursos en materia de contratos, que se encuentran en el *Codice del processo amministrativo (DLGS n. 104/2010)*.

Este último recoge en su artículo 119 recoge el procedimiento acelerado/simplificado, recientemente modificado por el d.lgs. n. 90 del 2014. Frente al juicio civil, el procedimiento es mucho más rápido, ya que el plazo para interponerlo es de 30 días y no de 60, aunque con ciertas incertidumbres respecto a la adjudicación, la aplicación de sanciones, la declaración de ineficacia del contrato y el resarcimiento del daño. Esta inseguridad se manifiesta en el hecho de que, muchas entidades adjudicadoras deciden esperar a las sentencias antes de tomar ninguna decisión (lo que retrasa enormemente los procesos de adjudicación), ya que no saben cuál es la interpretación lógica.

En Italia, como en España, el contencioso es el orden jurisdiccional competente para entrar a conocer en materia de contratación. Pero no en todas las fases del contrato, sino sólo la fase de adjudicación.

*“120. - Disposiciones específicas para las sentencias mencionadas en el artículo 119, párrafo 1, letra a)*

*1. Los **actos de los procedimientos de adjudicación**, incluidos los procedimientos de adjudicación de encargos y de concursos de proyectos y las actividades técnico-administrativas relacionadas, relacionadas con obras públicas, servicios o suministros, así como las disposiciones*

---

<sup>787</sup> El ANAC es una autoridad independiente que según el artículo 213 del Código de Contratos de 2016 vigila la contratación pública y regula dicha actividad, a través de la elaboración de líneas guía (que pueden ser o no vinculantes según decida posteriormente el Consiglio di Stato), además de prevenir y detectar la corrupción y gestionar el sistema de cualificación de los poderes adjudicadores y las centrales de contratación. Es decir, clasifica a los poderes adjudicadores que pueden adquirir autónomamente, de manera que sólo estos puedan realizar licitaciones por su cuenta, debiendo recurrir a centrales de compra agregada en cualquier otro caso. Esta clasificación, que tiene una duración de cinco años, se basa en requisitos de capacidad de programación y de verificación de la ejecución de los contratos y del conjunto del procedimiento. Tiene también potestad sancionadora, de inspección, así como para formular propuestas y sugerencias al legislador y al gobierno, entre otras muchas. Lo cierto es que el nuevo Código da al ANAC unos poderes sin precedentes. Véase también Véase P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018. ISBN 978-88-9391-332-4

*conexas de la Autoridad nacional anticorrupción relacionadas con los mismos, sólo pueden impugnarse ante tribunal administrativo regional competente.*<sup>788</sup>”

El problema principal era que el recurso seguido anteriormente a la reforma del *Codice del processo amministrativo*, permitía la impugnación por criterios de selección por los operadores económicos que habían sido excluidos, una vez que ya se había adjudicado el contrato. Esto llevaba a la contestación por el adjudicatario impugnado de los requisitos del recurrente. Es lo que se conoce como recurso incidental y retrasaba enormemente las licitaciones. El actual artículo 120.2bis trata de encontrar una solución, obligando a recurrir inmediatamente los actos que suponen la expulsión a causa de requisitos subjetivos, económico-financieros y técnico-profesionales. Si no se hace así, el operador económico ya no podrá ejercitar el recurso incidental en actos posteriores.

La solución viene de la mano de una reorganización del procedimiento en que, en una primera fase, se estudia la admisión y exclusión de los participantes; fase directamente impugnabile (ya que impide continuar en el procedimiento y la exclusión es un acto directamente lesivo). El procedimiento sigue así únicamente con las empresas que cumplieran los requisitos subjetivos, pasando a valorar los criterios referidos a la oferta.

Si leemos con atención, en realidad veremos que, este recurso sigue el *iter* procedimental español, donde se analizan, en primer lugar los criterios de selección, para una vez descartados los operadores económicos que no los cumplan, pasar a los criterios de adjudicación, que tienen que ver con la oferta.

Hay que tener en cuenta que en los casos en que el juez administrativo deba anular la adjudicación definitiva declara la ineficacia del contrato. Pero la nulidad viene declarada por el juez civil.

Volviendo a la trasposición, para la elaboración acelerada tanto del Código de 2006, como del actual, se ha optado por una ley de delegación (que se asemejaría a la ley de delegación legislativa mediante ley de bases del artículo 82 de la CE1978). La diferencia es que la ley de delegación del anterior código era muy vaga y se basaba únicamente en cuatro puntos y la del actual código es más precisa, y, en consecuencia, mucho más extensa (71 puntos).

---

<sup>788</sup> Traducido de “120. - Disposizioni specifiche ai giudizi di cui all'articolo 119, comma 1, lettera a) 1. Gli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità nazionale anticorruzione ad essi riferiti, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente.”

Esta última ley de delegación tenía dos objetivos muy ambiciosos. Por un lado, la trasposición de las tres Directivas en plazo, y por otro, la racionalización y simplificación del cuadro normativo vigente en materia de contratos públicos<sup>789</sup>. Con la excusa de la reorganización, el nuevo decreto legislativo pretende lograr la derogación *expresa* de todas las fuentes anteriores y la reducción del número de Poderes Adjudicadores, para alcanzar objetivos de racionalización de recursos y especialización. Principio clave aquí, es el de buena administración.

Para ello la ley de delegación ofrecía dos alternativas:

1. La primera consistía en promulgar dos decretos legislativos en distintos tiempos. Uno primero, a más tardar el 18 de abril de 2016, para trasponer las Directivas y uno segundo, con fecha límite del 31 de julio de 2016, para “reordenar” la materia de contratación pública.
2. La segunda implicaba publicar estos dos decretos en una sola vez, el 18 de abril de 2016, alternativa por la que se decantó el gobierno italiano, y que ha sido criticada por los plazos excesivamente cortos para simplificar, flexibilizar y reorganizar toda la materia, además de trasponer las tres nuevas Directivas en un solo código<sup>790</sup>.

Los más críticos ya advertían de la futura necesidad de “parchar” la nueva ley y de hecho, en el mismo texto se recogen ya, expresamente, 38 decretos destinados a corregir y especificar determinados aspectos, a los que se sumaran un elevado número de decretos según necesidades<sup>791</sup>. En la propia ley de delegación, los decretos se dividen según su carácter: el primer grupo recoge los decretos de carácter *atécnico*, para corregir errores que se aprecien inmediatamente tras la entrada en vigor de la nueva ley de contratación pública y los segundos, de carácter *técnico*, que se emitirán tras un periodo adecuado de implementación, monitorización y verificación del impacto de la nueva normativa<sup>792</sup>. En el

---

<sup>789</sup> *Legge 28 gennaio 2016 n.11 - Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonche' per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* en Gazz. Uff., 29 gennaio 2016, n. 23.

<sup>790</sup> Véase R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*. Zanichelli, 2017.

<sup>791</sup> Véase a modo de ejemplo el artículo 213.1.

<sup>792</sup> 8. *Entro un anno dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi di cui al comma 1 il Governo puo' adottare disposizioni integrative e correttive nel rispetto dei principi e criteri direttivi e della procedura di cui al presente articolo*. Punto 8 de la *Legge 28 gennaio 2016 n.11*.



próximo apartado 2, en el epígrafe 2.3, estudiaremos uno de estos decretos previsto para corregir errores de la ley y ya publicado: el *Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56*.

En efecto, los plazos de elaboración de la nueva ley de contratos de 2016, fueron muy limitados: teniendo en cuenta que la fecha de publicación de la ley de delegación fue el 28 de Enero de 2016, en poco más de un mes el gobierno elaboró un borrador que envió al Consejo de Estado el 7 de Marzo de 2016. Éste, en veinticinco días emitió su dictamen. Para ello, el día 12 de Marzo de 2016 instituyó una Comisión especial que repartió el trabajo en cinco subcomisiones. Finalmente, el informe coordinado se publicó el 1 de abril.

Si bien es cierto que los plazos han sido excesivamente cortos y que la calidad de la trasposición puede ser cuestionable en algunos puntos, la técnica es muy interesante para asegurar la trasposición de la normativa europea a tiempo, sin impedir la actuación del legislador para adaptar las formas de cumplimiento a las características nacionales. Es decir, es la vía intermedia entre la recepción directa inglesa, con intervención anecdótica del legislador, y el necesario (y eterno) proceso legislativo español.

En el dictamen publicado el 1 de abril, el Consejo de Estado advierte de fallos en la elaboración de la ley. Por ejemplo, la falta o la trasposición incompleta de algunos puntos de la ley de delegación por una elección política del gobierno, que no podrá remediarse mediante los decretos correctivos. Tampoco se han traspuesto en su totalidad los principios de las concesiones de servicios hídricos. Sí, en cambio, las de concesiones de autopistas, que recogen la prohibición tajante de prórroga de concesiones, así como el inicio tempestivo de una nueva licitación cuando a la concesión de autopista le queden 24 meses de duración<sup>793</sup>.

Otra crítica es la posibilidad de que el gobierno se haya excedido en la competencia atribuida por la ley de delegación. Las alarmas saltan en el procedimiento de urgencia en protección civil, que utiliza la adjudicación directa y en el debate público, sólo permitido en determinados casos.

También parece una extralimitación italiana, la regulación de la Colaboración Público Privada (figura que no existe en textos normativos a nivel europeo, sólo en instrumentos de *soft law*), en concreto, el derecho de preferencia que pueden ejercer los operadores económicos que promuevan ideas y proyectos, que no se recoge en las Directivas, y que, a nuestro modo de ver, generará no pocos problemas porque atenta directamente contra el principio de igualdad de trato y de no discriminación y afectará a la competencia efectiva.

---

<sup>793</sup> Véase el artículo 178 del D.Lgs. 18-4-2016 n. 50.

Sin embargo, el Consiglio di Stato aprecia la claridad en la definición de la CPP, su ámbito de aplicación, el reparto de riesgos y los modos de licitación/concesión<sup>794</sup>. Además, la falta de regulación europea de los contratos de CPP no impediría su regulación a nivel de Estado Miembro, ya que no nos encontramos en una materia de competencia exclusiva de la UE. Lo que sí que ocurre es que habrá una doble regulación sobre un mismo tema: a nivel Europeo y a nivel interno de Italia, siendo este último nivel independiente y autónomo del primero, al menos hasta donde no haya contradicciones con la regulación europea.

Aunque es objetivamente cierto que la regulación de la CPP es muy clara y relativamente sencilla y transparente (sobre todo en relación con otras figuras y tras la publicación del DLGS 56/2017, que añade importantes salvaguardas), mantener esta figura puede ser interesante, pero únicamente de cara a una configuración correcta de los riesgos.

Y esto porque, aunque algunos autores italianos afirman que si la Comisión ha optado por no regular esta figura, no es porque quiera hacerla desaparecer, sino porque no era necesario su tratamiento unitario a nivel europeo, menos, cuando la principal categoría de la CPP, la concesión, tiene una Directiva completa a ella dedicada<sup>795</sup>; nosotros lo entendemos a *sensu contrario*: ¿Cuál es el sentido de dar una regulación interna distinta a una figura ya conocida y contemplada por el derecho comunitario?

Como ya hemos explicado en el **CAPÍTULO VIII: ESPAÑA**, en el epígrafe **5. Conclusión**, la CPP puede ser interesante de cara a la configuración del riesgo.

En este capítulo dedicado a Italia, lo veremos en el apartado 2, en el **epígrafe 2.2. Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n. 50**. Ya adelantamos que tiene que ver con el reparto de riesgos en concesiones y las categorías concesionales que dividen entre concesión “fría” (negocio susceptible de CPP) y “caliente” (ejemplo paradigmático de concesión de servicios comunitaria). El problema es que la articulación de una concesión fría, donde se transfiera efectivamente el riesgo de oferta (que en la CPP italiana sigue siendo el de disponibilidad, lo que nos parece un término mucho más correcto), es bastante discutible.

En Italia, la CPP se ha utilizado principalmente para grandes proyectos de infraestructuras en transporte y sanidad. Se utiliza precisamente para grandes proyectos, ya que, para pequeñas cantidades, no suelen dar lugar a ventajas en términos de economías de escala que se espera

---

<sup>794</sup> Véase el artículo 180 del D.Lgs. 18-4-2016 n. 50.

<sup>795</sup> M.P.CHITI, “Il Partenariato pubblico e Privato e la nuova direttiva concessioni” en libro col. *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato - Temi europei, istituti nazionali e operatività*, (dir.) G. CARTEI, M. RICCHI. Editorial Scientifica. Nápoles 2015.

de estos proyectos. Véase a modo de ejemplo la construcción del hospital Niguarda en Milán<sup>796</sup>, el hospital de Brescia<sup>797</sup> y el de Mestre<sup>798</sup>.

Es decir, en teoría, la CPP se utiliza en contratos complejos y de cuantías elevadas para seleccionar al mejor candidato, pero el derecho de prevalencia recogido en el Código de Contratos italiano de 2016, que obliga a seleccionar al que hizo la primera oferta si iguala a la mejor oferta, podría llevarnos a un caso de “*adverse selection*”<sup>799</sup>. Tengamos en cuenta que el artículo no dice como iguala la mejor oferta. ¿Reduciendo precios? ¿Aumentando calidad? Y seguimos preguntándonos, ¿cómo hará este primer oferente para igualar esa oferta cuando, con una alta probabilidad en estos contratos complejos, la mejor relación calidad-precio suele venir de la mano del know-how de la empresa proponente de la mejor oferta, que obviamente mantendrá esos conocimientos como secretos comerciales y serán por ende confidenciales?

Por otra parte y en relación con el “*adverse selection*” y la asimetría de la información, cabe hacerse la razonable pregunta de si la Administración concedente se halla en grado de poder negociar en *condiciones de igualdad* con el colaborador privado (pregunta extensible a las concesiones). Si la Administración no cuenta con los medios técnicos y personales adecuados y suficientes, no será capaz, no ya de elegir al mejor candidato, sino de desarrollar con él la mejor solución a sus necesidades.

En España, el *Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector público* (APLCSP) y la definitiva *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014* han eliminado la CPP, visto el uso incorrecto en la experiencia práctica<sup>800</sup>.

En nuestro país, la figura nace con la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, como una traducción directa de la figura recogida por la legislación francesa y lo que la caracteriza, en

---

<sup>796</sup> [http://www.infopp.it/writable/notizieRassegna/Pf\\_120704\\_niguarda.PDF](http://www.infopp.it/writable/notizieRassegna/Pf_120704_niguarda.PDF) (Consultado el 12.01.2018)

<sup>797</sup> <https://www.amberinfrastructure.com/our-sectors/case-studies/brescia-hospital/> (Consultado el 12.01.2018)

<sup>798</sup> <http://www.piemef.com/default.asp?iID=GGKKGK> (Consultado el 12.01.2018)

<sup>799</sup> Explicado dentro de la teoría de agente-principal en el epígrafe **3. El riesgo en la Directiva 2014/23/UE** en el apartado 3.3 dedicado al riesgo de disponibilidad del **CAPÍTULO IV: LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO**.

<sup>800</sup> Uno de los pocos ejemplos es el despliegue, explotación, mantenimiento y comercialización de Banda Ancha de Nueva Generación de Aragón: ConectAragón [http://www.aragon.es/DepartamentosOrganismosPublicos/Departamentos/InnovacionInvestigacionUniversidad/AreasTematicas/Telecomunicaciones/ci.pag\\_10\\_conectaragon.detalleDepartamento?channelSelected=0](http://www.aragon.es/DepartamentosOrganismosPublicos/Departamentos/InnovacionInvestigacionUniversidad/AreasTematicas/Telecomunicaciones/ci.pag_10_conectaragon.detalleDepartamento?channelSelected=0) (consultado el 4.07.2017)

un momento en que ya se vislumbraba una crisis económica brutal, es la forma de financiación de infraestructuras complejas. Y decimos “complejas”, con reticencias, porque en realidad las pocas veces que se ha utilizado, la dificultad del contrato estribaba en la falta de fondos de la Administración contratante, que entonces, de manera residual (si fallaban las demás técnicas, aunque más correctamente deberíamos decir, si fallaba la financiación) acudía a esta figura. Una dificultad añadida es que no daba un régimen jurídico para el contrato (publicidad, umbrales, recursos), sino que este se hacía depender del objeto del contrato.

De ahí nuestra opinión de que Italia pueda encontrarse con incoherencias y problemas en la práctica, al solaparse la figura con la de concesiones, sí regulada en la 4ª Generación de Directivas<sup>801</sup>. Ya la propia redacción de las maneras de adjudicar un contrato de CPP genera dudas, pues trata a la concesión como una especie de “tipo contractual” para esta modalidad.

Es más, en Italia como ha sucedido en España, la figura ha tenido una reducida tasa de utilización. En efecto los datos de la Unità Tecnica Finanza di Progetto (UTFP), afirmaban que solo el 44% de las iniciativas de CPP entre 2002 y 2011 eran finalmente adjudicadas<sup>802</sup>. Los motivos de su escaso éxito son comunes en ambos países: carencia de estudios de viabilidad económico financiero correctos, elevada litigiosidad, plazos de adjudicación amplios y su uso fraudulento sin transferencia del riesgo operativo, ocultando en realidad un contrato tradicional.

Otro motivo de su reducido éxito es que, cuando nos encontramos ante las sociedades de economía mixta, una subcategoría dentro de la CPP, la legislación italiana no favorece su creación de manera que se supere el test en tres fases de Eurostat para considerarlas como sector privado, desconsolidándose así la operación del balance público, eliminando así una de las principales ventajas de su utilización<sup>803</sup>.

Otro posible problema del texto del código, que nosotros no vemos como tal, tiene que ver con su terminología. A fin de utilizar un lenguaje común, el Código opta por traducir los conceptos italianos en aquellos utilizados por la legislación europea, logrando así una mayor

---

<sup>801</sup> J.M.GIMENO FELIÚ, “Il recepimento delle direttive sugli appalti pubblici del 2014 in Spagna”, Seminario Universidad Bocconi Noviembre 2016.

<sup>802</sup> F. SUTTI, I. GOBBATO. “Il mercato del PPP alla luce del nuovo Codice degli Appalti”. *Paper. L’attuazione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici: problemi, prospettive, verifiche*, pág. 78.

<sup>803</sup> A. GERMANI, M.RICCHI, “Il sistema del Partenariato Pubblico Privato in Spagna - confronto con l’Italia”, Unità Tecnica Finanza di Progetto. Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica. Febbraio 2008.

identificación con la regulación europea, pero con el consiguiente choque lingüístico a nivel estatal<sup>804</sup>.

## 2. Trasposición de las directivas y racionalización de la normativa vigente

Como ya hemos explicado en la introducción, con los dos ambiciosos objetivos de, por un lado, trasponer a tiempo las tres nuevas Directivas en materia de contratación pública y por otro, reordenar el complejo normativo vigente, el Estado italiano ha optado (como ya hizo para elaborar el Código de 2006) por elaborar una ley de delegación:

*Legge 28 gennaio 2016 n.11 (in Gazz. Uff., 29 gennaio 2016, n. 23) - Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonche' per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, que se ha materializado en el Decreto legislativo 18-4-2016 n. 50, que se compone de 220 artículos, más 25 anexos, en su mayoría traducciones directas de las Directivas, excepto el IV.*

En este apartado estudiaremos los mandatos de la ley de delegación y el nuevo Código, haciendo hincapié en novedades y detalles a tener en cuenta.

### 2.1. Legge 28 gennaio 2016, n. 11<sup>805</sup>

En primer lugar, esta ley de delegación recoge la *posibilidad* de los operadores económicos de utilizar el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC), así como de un documento similar, que el Ministerio de Infraestructuras y Transportes ponga a disposición de los participantes:

---

<sup>804</sup> R. DE NICTOLIS. "Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà", Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo nº 19, 2016. 5 de Octubre de 2017. ISSN 1826-3534.

<sup>805</sup> Legge 28 gennaio 2016, n. 11. *Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonche' per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.* Gazz. Uff. Serie Generale. 29.01.2016, n.23.

*"para reducir la carga de la documentación, los licitadores pueden utilizar el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) o un documento similar elaborado por el Ministerio de Infraestructura y Transporte para certificar la posesión de los requisitos"<sup>806</sup>*

Es decir, da la *posibilidad*, que no *obligación* a los licitadores de utilizar el DEUC y deducimos, que, como en la Directiva 2014/24/UE relativa a la adjudicación de contratos, los poderes adjudicadores estarán obligados a aceptarlo<sup>807</sup>. Lo que nos genera dudas es ese otro documento análogo generado por el Ministerio de Infraestructuras y Transportes: ¿Los operadores económicos sólo podrán utilizar o uno u otro modelo? ¿Cuándo se deberá utilizar uno u otro? ¿No podrán demostrar de ninguna otra manera que cumplen los criterios de selección, adjudicación y no exclusión?

En España, en cambio, los poderes adjudicadores están obligados a proveer un modelo declaración responsable que se ajuste al DEUC, que a su vez deberán necesariamente presentar los operadores económicos interesados. En efecto, según el artículo 140.1 de la LCSP (cuya redacción se mantiene del APLCSP):

*"a) Las proposiciones en el procedimiento abierto deberán ir acompañadas de una declaración responsable que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación de conformidad con lo indicado en el artículo siguiente, que deberá estar firmada y con la correspondiente identificación (...)*

*b) En el caso de solicitudes de participación en los procedimientos restringido, de licitación con negociación, en el diálogo competitivo y en el de asociación para la innovación, la declaración responsable a que se refiere la letra a) anterior pondrá de manifiesto adicionalmente que se cumple con los requisitos objetivos que se hayan establecido de acuerdo con el artículo 162 de la presente Ley, en las condiciones que establezca el pliego de conformidad con el formulario normalizado del documento europeo único de contratación a que se refiere el artículo siguiente."*

El artículo 141 añade que, *"El modelo que recoja el pliego seguirá el formulario de documento europeo único de contratación aprobado en el seno de la Unión Europea, (...)"*

Por otra parte, la ley de delegación italiana obliga al Gobierno a aclarar en qué circunstancias se puede modificar el contrato, distinguiendo entre variaciones sustanciales y no

---

<sup>806</sup> Traducido de la ley de delegación: *"aa) previsione che, al fine di ridurre gli oneri documentali, i partecipanti alle gare possano utilizzare il documento di gara unico europeo (DGUE) o analogo documento predisposto dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per autocertificare il possesso dei requisiti"*

<sup>807</sup> Véase el artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE relativa a la adjudicación de contratos

sustanciales, en particular dentro de la ejecución del contrato, fase olvidada en las anteriores Directivas de 2004. Además, estas modificaciones deben ser adecuadamente justificadas y motivadas y debidamente autorizadas por el Responsable Único del Contrato (RUP).

Se recoge la posibilidad de resolver el contrato por parte de la administración adjudicadora, cuando este supere una determinada cuantía, asignando las responsabilidades pertinentes (en concreto al proyectista por errores en la planificación en caso de obras) y la previsión de un adecuado régimen sancionador para las entidades adjudicadoras, si no se comunica, o se comunica tardíamente a la ANAC las modificaciones de contratos de importe igual o superior al umbral de las Directivas<sup>808</sup>.

Este mandato del poder legislativo al Gobierno me parece muy acertado, excepto en un punto. ¿Por qué sólo es necesario comunicar las modificaciones en contratos de importe comunitario? Con esta medida tan poco ambiciosa, no se logra generar la necesaria transparencia en la Contratación Pública, porque la mayoría de los modificados no deberán ser comunicados a la Autoridad que mejor puede controlar si hay indicios de corrupción.

Un elemento muy importante, y que ya hemos comentado en la introducción, es que en la trasposición de las Directivas y en la racionalización y sistematización del cuadro normativo, el legislador y el gobierno italiano han optado por mantener y *extender* la figura de la Colaboración Público Privada.

*"racionalización y extensión de las formas de Colaboración Pública Privada, especialmente en relación al Project Finance y al arrendamiento financiero de obras públicas o de servicio público, fomentando su utilización también mediante el uso de instrumentos financieros innovadores y específicos y el apoyo técnico a las entidades adjudicadoras, garantizando la transparencia y la publicidad"*<sup>809</sup>.

El regular la CPP se enmarcaba en el segundo objetivo de racionalización y sistematización del antiguo marco normativo y no en el primero de trasposición de las Directivas, que no contemplan este tipo de contrato.

Al hecho de que no esté contemplada por la normativa comunitaria (de hecho sólo se regula en instrumentos de *soft law*), se suma el factor de que, la regulación italiana es un tanto

---

<sup>808</sup> Véase el punto 1. ee) de la Legge 28 gennaio 2016 n.11 di Deleghe

<sup>809</sup> Traducido de ley de delegación: *"(ss) razionalizzazione ed estensione delle forme di partenariato pubblico privato, con particolare riguardo alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, incentivandone l'utilizzo anche attraverso il ricorso a strumenti di carattere finanziario innovativi e specifici ed il supporto tecnico alle stazioni appaltanti, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti"*

oscura, ya que no queda clara la diferencia entre CPP y concesión en la nueva ley de contratos. En ocasiones, parece que la concesión sea un tipo contractual de la CPP, pero, sin embargo tiene en un capítulo anterior su propia regulación. Lo que nos plantea las siguientes preguntas: ¿Qué regulación es subsidiaria? ¿La de la CPP para las concesiones al ser esta más extensa? ¿O la de concesiones para CPP, al ser éste el negocio preferido por el legislador comunitario? La confusión generada por la definición de CPP y su relación con la concesión, debería ser superada en aras de la seguridad jurídica.

Como ya hemos defendido en el **CAPÍTULO VII: ESPAÑA**, en la gran mayoría de los casos, los objetivos de la CPP podrían llevarse a cabo con el negocio de concesión, tanto de obras como de servicio, o incluso mixta, sin generar tantas dudas sobre la normativa que les es aplicable. No obstante, sí que consideramos útil la distinción de cara a clarificar el tipo de riesgo que queda asignado al concesionario, en uno u otro negocio.

Por otra parte, la ley de delegación (seguida al pie de la letra por la nueva ley de contratos), hace mucho hincapié en las cláusulas sociales. El único problema que vemos a este mandato, por otro lado completamente correcto y en sintonía con la Cuarta generación de Directivas de Contratación, es el hecho de que, en caso de empate, favorece a las empresas que cuenten con mano de obra local y tiene en cuenta criterios de territorialidad y de mantener una cadena de suministros lo más cercana posible. La idea que parecía subyacer en esta disposición era la protección del tejido empresarial conformado en su mayoría por pequeñas y medianas empresas. Sin embargo, tal y como está redactado, se corre el grave riesgo de fomentar la territorialidad de las empresas y de proteger únicamente a las PYMES locales. Por eso, desde nuestra humilde opinión, el criterio es completamente contrario al espíritu de apertura y concurrencia propugnado por las Directivas y contrario, además, a los principios del TFUE, en concreto, al de igualdad y no discriminación de trato. Como mucho podría intentar ampararse en los considerandos 6 y 7 de, tanto la Directiva de Contratos como la de Concesiones<sup>810</sup>.

*“valorización de las necesidades sociales y la sostenibilidad ambiental, mediante la introducción de criterios y métodos de evaluación de ofertas, que permitan seleccionar a las empresas que se comprometan a recurrir a la mano de obra local o a asumir al personal ya contratado en la ejecución del mismo. Todo en cumplimiento de los principios de economía de*

---

<sup>810</sup> “Ha de recordarse también que los Estados miembros gozan de libertad para organizar la prestación de los servicios sociales obligatorios o de cualquier otro servicio, como los servicios postales, los servicios de interés económico general o los servicios no económicos de interés general, o una combinación de ambos. **Conviene aclarar que los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva.**” (C.6 Directiva 2014/24/UE y C.7 Directiva 2014/23/UE)



*contrato, de la promoción de la continuidad de los niveles de empleo, de la simplificación e implementación del acceso a las PYMES, teniendo también en cuenta aspectos de la territorialidad y de cadenas de suministro cercanas y asignando una ponderación relativa al impacto en el empleo sujeto a los procedimientos de acceso al mercado de contratación pública, siempre de conformidad con la legislación de la Unión Europea*<sup>811</sup>.

Ya en perfecta sintonía con los principios europeos de contratación, encontramos la previsión de una disciplina específica para contratos de servicios sociales con intensidad de mano de obra, que introduzca cláusulas sociales que fomenten la estabilidad del personal, que tenga en cuenta los convenios colectivos que presentan las mejores condiciones de trabajo y que elimine el criterio precio como único criterio de adjudicación en este tipo de contratos.

*“la redacción de una **regulación específica para los contratos de servicio público, que no sean naturaleza intelectual, especialmente de aquellos con una alta intensidad de mano de obra**, definidos como aquellos en los que el coste de la mano de obra es de al menos el 50 por ciento del importe total del contrato. Esta regulación deberá introducir “cláusulas sociales” para promover la estabilidad laboral del personal empleado, tomando como referencia, para cada producto o sector de actividad, el convenio laboral colectivo nacional que presente las mejores condiciones para los trabajadores, y excluirá expresamente la utilización del único criterio precio para la adjudicación, entendido como el criterio de precio más bajo o la subasta a la baja, siempre de conformidad con la legislación de la Unión Europea*<sup>812</sup>.

---

<sup>811</sup> Traducido de ley de delegación: *“ddd) valorizzazione delle esigenze sociali e di sostenibilita' ambientale, mediante introduzione di criteri e modalita' premiali di valutazione delle offerte nei confronti delle imprese che, in caso di aggiudicazione, si impegnino, per l'esecuzione dell'appalto, a utilizzare anche in parte manodopera o personale a livello locale ovvero in via prioritaria gli addetti gia' impiegati nel medesimo appalto, in ottemperanza ai principi di economicita' dell'appalto, promozione della continuita' dei livelli occupazionali, semplificazione ed implementazione dell'accesso delle micro, piccole e medie imprese, tenendo anche in considerazione gli aspetti della territorialita' e della filiera corta e attribuendo un peso specifico anche alle ricadute occupazionali sottese alle procedure di accesso al mercato degli appalti pubblici, comunque nel rispetto del diritto dell'Unione europea”*

<sup>812</sup> Traducido de ley de delegación: *“fff) previsione di una disciplina specifica per gli appalti pubblici di servizi, diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli ad alta intensita' di manodopera, definiti come quelli nei quali il costo della manodopera e' pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto, prevedendo l'introduzione di «clausole sociali» volte a promuovere la stabilita' occupazionale del personale impiegato, prendendo a riferimento, per ciascun comparto merceologico o di attivita', il contratto collettivo nazionale di lavoro che presenta le migliori condizioni per i lavoratori ed escludendo espressamente il ricorso al solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo piu' basso o del massimo ribasso d'asta, comunque nel rispetto del diritto dell'Unione europea”*

Por último, y de mucho intereses para esta tesis, nos gustaría resaltar la regulación de las concesiones, bastante exhaustiva teniendo en cuenta que nos encontramos ante una ley de delegación al gobierno.

La ley da un mandato de elaborar una normativa completa en materia de concesiones, que armonice y simplifique la existente, e incluya el contenido de la Directiva 2014/23/UE, relativo a la adjudicación de contratos de concesión, respetando el éxito del referéndum revocatorio del 12-13 de Junio de 2011 para las concesiones en el sector hídrico<sup>813</sup>.

Esta normativa deberá recoger el principio del equilibrio económico financiero de la concesión, y el riesgo operativo definido por la Directiva, así como respetar los plazos de ejecución, obligando a justificar un plazo más largo en la recuperación de la inversión. Adelantamos ya como crítica que en el *Codice*, no se incluye expresamente el plazo de cinco años de la Directiva 2014/23/UE.

Además, obligará a los titulares de concesiones, tengan personalidad jurídica pública o privada, a adjudicar mediante procedimientos con publicidad una cuota igual al 80% de contratos de obras, servicios o suministros relacionados con las concesiones de importe superior a 150.000€, permitiendo que el restante 20% se pueda encargar mediante la técnica *in house providing*, o por procedimientos también con publicidad pero simplificados.

Lo más interesante es que para las concesiones ya en ejecución, se regula un régimen transitorio que prevé un plazo para adaptarse a estas exigencias no superior a 24 meses, con la excepción de las concesiones existentes adjudicadas mediante el procedimiento de *finanza di progetto*, o procedimientos con publicidad<sup>814</sup>.

Este régimen transitorio, se vuelve más específico en el caso de concesiones de autopistas, exigiendo que se inicie un procedimiento de adjudicación con un plazo mínimo de 24 meses antes de que la concesión decaiga, y una disciplina especial para las concesiones que ya hayan concluido, pero sigan en funcionamiento, o estén ya dentro de ese plazo de 24 meses y no hayan iniciado un procedimiento de adjudicación. Se hace particular hincapié en la prohibición de la prórroga de plazos de ejecución, lo que tiene mucho sentido, desde una

---

<sup>813</sup> Véase punto 1.hhh) de la *Legge 28 gennaio 2016 n.11 di Deleghe* (referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011 per le concessioni nel settore idrico).

<sup>814</sup> Véase el punto 1.iii) de la *Legge 28 gennaio 2016 n.11 di Deleghe* y el artículo 183 del Código de Contratos de 2016.

perspectiva europea donde podría llegar a considerarse ayuda estatal ilegal a tenor del artículo 107 del TFUE<sup>815</sup>.

## 2.2. Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n. 50<sup>816</sup>

Como ya hemos dicho en la introducción, el Gobierno italiano ha optado por llevar a cabo los dos objetivos de la Ley de Delegación en un solo decreto publicado en el Boletín Oficial el 19 de abril de 2016<sup>817</sup>.

En este apartado, nos dedicaremos a analizar los artículos del nuevo Código italiano más relevantes de cara al tema que nos ocupa.

En primer lugar analizaremos el tercer artículo del nuevo Código italiano, en el que, casi a modo de desmotivación al valiente, se recogen de manera oscura e intrincada, todas las definiciones existentes en materia de contratación pública. Al artículo, que ocupa la friolera de 8 páginas, sí que hay que reconocerle que recoge las definiciones exactamente como se contemplan en las Directivas y que en muchos casos, son la positivización de la doctrina del TJUE.

En concreto, a modo de copia y pega de las Directivas (lo que debe ser valorado positivamente, pues evita interpretaciones “creativas”) tenemos las definiciones de concesión de obras y servicios<sup>818</sup>.

**“«Concesión de servicios»<sup>819</sup>, contrato a título oneroso celebrado por escrito en virtud del cual, uno o más poderes adjudicadores, confían a uno o más operadores económicos, la prestación y gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras mencionadas en la letra II) (Contratos públicos de obras) otorgando como remuneración únicamente el derecho a**

---

<sup>815</sup> Véanse los puntos 1. III) y mmm) de la *Legge 28 gennaio 2016 n.11 di Deleghe*.

<sup>816</sup> Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n. 50. *Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*. Gazz. Uff. 19.04.2016, n. 91, Suppl. Ordinario.

<sup>817</sup> Un resumen crítico de los cambios que ha supuesto este Decreto legislativo en la normativa de contratación pública italiana lo encontramos en R.CAPONIGRO. *Le prime criticità nell'applicazione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici da parte della giurisprudenza amministrativa*. 17 de abril de 2018. [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (consultado el 18.09.2018).

<sup>818</sup> Véase F. FRACCHIA, “Concessione amministrativa” en libro col. *Annali I. Enciclopedia del diritto*. (dir.) A. FALZEA, P. GROSSI, E. CHELI, R. COSTI. Editorial Giuffrè Editore, 2008, págs. 250-277.

<sup>819</sup> La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público define los contratos de concesiones en su artículo 15, que consideramos es más claro que la Directiva de Concesiones (y que el artículo 3 del Código italiano) que las define en negativo, por oposición a las concesiones de obra (Art. 5.1. b).

***esplotar dichos servicios cubiertos por el contrato o este derecho acompañado de un precio, asumiendo el concesionario el riesgo operacional ligado a la gestión de los servicios***<sup>820</sup>.

El artículo italiano de las definiciones, una vez aclarados los conceptos de concesión de obra y de servicios, traspone lo que se debe entender como riesgo operativo y en consecuencia de construcción, de demanda y oferta.

***«Riesgo operacional», es el riesgo asociado con la gestión de las obras o servicios por parte de la demanda, de la oferta o ambos, transferidos al concesionario. Se considera que el concesionario asume el riesgo operacional si, en condiciones normales de funcionamiento, no queda garantizada la recuperación de las inversiones realizadas o de los costes incurridos para la gestión de las obras o servicios objeto de la concesión. La parte del riesgo transferido al concesionario debe conllevar una exposición real a las fluctuaciones del mercado, de modo que cualquier pérdida potencial estimada que sufra el concesionario no sea meramente nominal o desdeñable***<sup>821</sup>.

***«Riesgo de construcción», el riesgo relacionado con el retraso en los plazos de entrega, el incumplimiento de estándares fijados en el proyecto, el aumento de los costes, los problemas técnicos y la no realización de la obra***<sup>822</sup>.

***«Riesgo de disponibilidad», el riesgo relacionado con la capacidad, por parte del concesionario, de prestar los servicios pactados, tanto en términos de volumen como de calidad***<sup>823</sup>.

---

<sup>820</sup> Traducido del Código de 2016: “vv) «concessione di servizi», un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera ll) («appalti pubblici di lavori») riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi”

<sup>821</sup> Traducido del Código de 2016: “zz) «rischio operativo», il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito al concessionario. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile”.

<sup>822</sup> Traducido del Código de 2016: “aaa) «rischio di costruzione», il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera”.

<sup>823</sup> Traducido del Código de 2016: “bbb) «rischio di disponibilità», il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti”.

*“«Riesgo de demanda» es el riesgo asociado con los diferentes volúmenes de demanda del servicio que debe satisfacer el concesionario, o el riesgo de que no haya usuarios del servicios y por tanto, de flujos de efectivo”<sup>824</sup>.*

Atención porque la legislación italiana, dentro de la definición del riesgo operativo, hace referencia, como en la Directiva de Concesiones, al riesgo de oferta que supera el concepto comprendido en el riesgo de disponibilidad recogido por el SEC 2010. Sin embargo, a continuación, no define el riesgo de oferta sino el riesgo de disponibilidad, que recordemos, sólo se extiende a las concesiones de tipo “frío” y no es susceptible de aplicarse a las concesiones “calientes”. Este tipo de riesgo sería asociado a los contratos de CPP. El riesgo de demanda sí que coincide con el de las Directivas y con el del SEC, y no genera dudas.

La pregunta lógica sería, aparte de si es una opción correcta, ¿cuál es la motivación del legislador para actuar así? A mi modo de ver, la única respuesta es el mantenimiento de la figura de la Colaboración Público Privada, que no existe como tal en la normativa europea. Sólo se recoge en documentos de carácter no vinculante<sup>825</sup>.

Es en este instrumento de contratación en el que se basa el SEC 2010 para explicar la concepción de riesgo de disponibilidad:

*“«Contrato de Colaboración Público Privada», contrato a título oneroso celebrado por escrito, por el cual uno o más poderes adjudicadores otorgan a uno o más operadores económicos, por un período determinado, dependiendo del plazo de amortización de la inversión o de las modalidades de financiación, la construcción, transformación, mantenimiento y gestión operativa de una obra a cambio de su utilización, su explotación económica o la prestación de un servicio relacionado con el uso de la obra, **asumiendo el operador económico el riesgo según lo estipulado en el contrato**. Sin perjuicio de las obligaciones de información previstas en el artículo 44, párrafo 1-bis, del Decreto Ley de 31 de diciembre de 2007, n. 248, modificado por la ley del 28 de febrero de 2008, n. 31, **se aplican los contenidos de las decisiones de EUROSTAT**<sup>826</sup>.”*

---

<sup>824</sup> Traducido del Código de 2016: “ccc) «rischio di domanda», il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa”.

<sup>825</sup> Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en materia de Contratación Pública y Concesiones. Bruselas, 30.4.2004 (COM (2004) 327) final.

<sup>826</sup> Traducido del Código de 2016: “eee) «contratto di partenariato pubblico privato», il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione,

Vemos que esta figura se sigue contemplando expresamente en el Código italiano. La misma definición recoge la asunción del riesgo por el operador económico, “*secondo modalità individuate nel contratto*”, y hace referencia a las decisiones de EUROSTAT. He ahí el motivo más probable de que se siga utilizando la definición de riesgo de disponibilidad.

*«Equilibrio económico y financiero», es la simultaneidad de condiciones de viabilidad económica y sostenibilidad financiera. Por viabilidad económica se entiende la capacidad del proyecto para crear valor dentro de la efectividad del contrato y generar un nivel adecuado de rentabilidad para el capital invertido; la sostenibilidad financiera será la capacidad del proyecto de generar suficientes flujos de efectivo para garantizar el reembolso del préstamo<sup>827</sup>.»*

Este principio, que ya hemos estudiado en profundidad y que es un elemento clave en la configuración de las concesiones, aparece expresamente recogido entre las definiciones del Codice.

A raíz de la conservación de la CPP, se mantiene otra serie de contratos como el de puesta a disposición, que no existen a nivel comunitario. Estas figuras paraconcesionales (*contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità*), también existen en la legislación sobre contratos española.

*“«Contrato de disponibilidad». Contrato por el cual se otorga, a riesgo y ventura del adjudicatario, la construcción y puesta a disposición de la autoridad contratante de una obra de propiedad privada destinada a la prestación de un servicio público, a cambio de una contraprestación. Se entiende por puesta a disposición la carga del operador económico de asegurar el uso constante de la obra, según los parámetros de funcionalidad previstos en el contrato, asumiendo el riesgo y garantizando el perfecto mantenimiento y la resolución de cualquier potencial vicio<sup>828</sup>.»*

---

*trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano i contenuti delle decisioni EUROSTAT”*

<sup>827</sup> Traducido del Código de 2016: “*fff) «equilibrio economico e finanziario», la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economico e sostenibilità finanziaria. Per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito; per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento”*

<sup>828</sup> Traducido del Código de 2016: “*hhh) «contratto di disponibilità», il contratto mediante il quale sono affidate, a rischio e a spese dell'affidatario, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico*

Aunque la elección de los procedimientos de adjudicación es una copia de los procedimientos recogidos en las Directivas, del artículo 59 del *Codice* merece la pena destacar la excepción que suponen todas estas figuras “paraconcesionales”, donde no se prohíbe adjudicar la planificación y la ejecución de obras conjuntamente al mismo adjudicatario.

Por su especial interés para el tema de la tesis, nos detendremos ahora en la Parte III del Código que se refiere a los ***Contratti di concessione***. Así, en este apartado de la tesis, estudiaremos la regulación de las concesiones y la CPP en el nuevo Código, así como los artículos del Código que tienen un mayor impacto en el reparto del riesgo en concesiones.

En primer lugar, es necesario clarificar que para el estado italiano, la concesión de servicios es también una figura nueva, ya que la Directiva “clásica” de 2004 se limitaba, como ya sabemos a definir las concesiones de obra dándoles unas líneas guía y a definir (en negativo) las concesiones de servicios, a las que se limitaba a someter a los principios básicos del TFUE.

Así, el D.LGS n. 163 del 2006, definía las concesiones de servicios y las excluía de su marco de aplicación<sup>829</sup>. Y al contrario, en la definición de las concesiones de obra, incluía a éstas en su ámbito de aplicación, dándoles un régimen jurídico<sup>830</sup>. Esta parca regulación provocó que, en no pocas ocasiones, y como también ha ocurrido en España, no se transfiriera efectivamente el riesgo operativo (ya que no quedaba claro el concepto) o que las concesiones se alargaran *sine die*.

Pero es que, además, la diferencia entre fase de adjudicación y fase de ejecución, ha propiciado en el plano nacional italiano, que la responsabilidad del control de cada una de estas fases se asignen a distintas estructuras administrativas, dificultando alcanzar el objetivo global de la concesión, que se desarrolla en las fases de preparación, adjudicación y ejecución, que suponen un conjunto, no una serie de compartimentos estancos.

Para paliar este problema, el nuevo Código de Contratación italiana regula la figura de la concesión siguiendo en gran parte, punto por punto, la redacción de la Directiva 2014/23/UE.

---

*servizio, a fronte di un corrispettivo. Si intende per messa a disposizione l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti”*

<sup>829</sup> Véase el artículo 30.2 del d.lgs. n. 163 del 2006.

<sup>830</sup> Véanse los artículos 142 al 151 d.lgs. n. 163 del 2006. Véase el Capítulo III, arts. 152 y ss.) del mismo que recogen la figura del promotor financiero, de la sociedad de proyecto, del arrendamiento financiero y del contrato de disponibilidad cuya normativa era común.

En el *Titolo I: Principi generali e situazioni specifiche* se encuadra el artículo 164 que, al estilo de la Directiva de Concesiones, aclara que, en materia procesal, la regulación de las concesiones debe remitirse a la parte de contratos. También aclara que los servicios no económicos de interés general quedan excluidos de la aplicación de esta parte.

El artículo 164 del Código prevé que en cuanto sea compatible se aplique a las concesiones las disposiciones de contratos sobre principios generales, exclusiones, procedimientos de adjudicación, publicación de anuncios, criterios de adjudicación, modalidades de ejecución, etc, quedando a salvo la libertad de los entes adjudicadores de organizar el procedimiento de elección del concesionario, dentro del respeto a las normas del código aplicables a concesiones. El Código distingue aquí entre entes concedentes, que son administraciones públicas, a los que se les aplica todo el Código, de las entidades concedentes, que no son administración pública, a las que sólo se les aplica la Parte III sobre concesiones<sup>831</sup>.

A continuación el artículo 165 del Código hace referencia al tema, vital en concesiones, del riesgo y el equilibrio económico financiero en las concesiones. La definición del riesgo, analizada anteriormente, es una copia de las Directivas, lo que facilita su interpretación: *“la transferencia al operador del riesgo operacional (...) se refiere a la **posibilidad de que, en condiciones normales de funcionamiento, alteraciones relacionados con los costes e ingresos de la concesión incidan sobre el plan económico y financiero de la concesión**”*<sup>832</sup>.

Es preciso estudiarlo caso por caso.

El recurrente problema de las concesiones, viene al conjugar esta necesaria transferencia del riesgo operativo con el equilibrio financiero del contrato, tarea nada fácil debido a la complejidad del mismo y a su normalmente largo plazo de duración<sup>833</sup>. El apartado dos recoge medidas que la Administración concedente puede introducir para lograrlo:

---

<sup>831</sup> Es de interés F. FRACCHIA, E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*. Giuffrè 18ª EDICIÓN. Septiembre 2016.

<sup>832</sup> Traducido del Código de 2016: *“il trasferimento al concessionario del rischio operativo (...) riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario”*.

<sup>833</sup> El Tar Sardegna en su Sentencia n.213 de 10 de marzo de 2011 declaró nulo un contrato de concesión por no transferir el riesgo al operador económico, de acuerdo con los principios comunitarios.



*"Con el único propósito de alcanzar el equilibrio mencionado anteriormente, el poder adjudicador puede establecer también en la licitación un precio consistente en una contribución pública o en la cesión de bienes inmuebles"*<sup>834</sup>.

Es la remuneración a través de la explotación en conjunción con un precio.

De todas maneras, *"el potencial pago de un precio, sumado al valor de cualquier garantía pública u otro mecanismo de financiación a cargo de la administración pública, no puede superar el 30% del coste total de la inversión, incluidas las cargas financieras"*<sup>835</sup>.

El legislador italiano, a diferencia de las Directivas que sólo exigen la transferencia efectiva del riesgo operativo, impone un límite porcentual a este precio o pago por la Administración, lo que da certeza en la aplicación, pero suscita dudas de si será correcto en todos los casos<sup>836</sup>. Sobre todo porque es un requisito que puede desincentivar la financiación privada de los proyectos públicos y un límite añadido a los requisitos de la Directiva, lo que en contratos sujetos a sus disposiciones, podría ser causa de *gold plating*.

Este es uno de los motivos por los que el Correctivo introducido por el Dlgs 56/2017 haya aumentado este porcentaje del 30% al 49%, manteniendo así el precio pagado por las Administraciones dentro de los márgenes permitidos por el SEC 2013, pero sin penalizar a las operaciones "frías". Esta penalización en las operaciones en que el riesgo de disponibilidad queda transferido al operador económico y que son pagadas, principalmente, por el Poder Adjudicador supone que, disponiendo todavía de fondos en las cuentas de inversión (que podrían destinarse a un mayor pago del precio), el órgano de contratación se ve obligado a

---

<sup>834</sup> Traducido del Código de 2016: *"Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili"*.

<sup>835</sup> Traducido del Código de 2016: *"l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al trenta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari"*.

<sup>836</sup> AVCP. Determinazione n.20/2001 del 4/10/2001. Q/178/c-AG 149-R/987/01. Oggetto: Finanza di progetto.

aumentar los gastos corrientes, ya que esa diferencia entre el precio pagado y los costes se deriva en un incremento del canon a pagar.



Gráfico de elaboración propia en el que se ve claramente que si aumenta el % pagado a través de un precio, disminuirá la cantidad a pagar a través de un canon y viceversa.

En cualquier caso, *“La ocurrencia de hechos no atribuibles al concesionario que afectan el equilibrio del plan económico financiero puede comportar su revisión mediante la redeterminación de las condiciones de equilibrio. La revisión debe lograr el mantenimiento de la transferencia de los riesgos al operador económico y de las condiciones de equilibrio económico y financiero del contrato”*<sup>837</sup>.

Si el proyecto tiene interés estatal o ha sido financiado con cargo al erario público, esta revisión del equilibrio económico financiero del contrato se subordina a la evaluación del *Nucleo di consulenza per l’Attuazione delle linee guida per la Regolazione dei Servizi di pubblica utilità* (NARS), un órgano técnico de asesoramiento y apoyo en materia de tarifas y de la regulación de los servicios de interés público no regulados en un sector específico<sup>838</sup>.

El apartado tres de este artículo 165 indica cuando tiene lugar la formalización de la concesión: tras la presentación de la documentación sobre la financiación de la obra. Este apartado también contempla las consultas preliminares al mercado cuando se va a adjudicar una concesión, en términos más flexibles que cuando se trata de contratos.

Por otra parte, este mismo artículo reconoce que las concesiones son contratos complejos, que requieren financiación y participación privada. Para facilitar esta financiación, el

<sup>837</sup> Traducido del Código de 2016: *“Il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull’equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all’operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto”*.

<sup>838</sup> Véase <http://www.programmazioneeconomica.gov.it/nars-regolazione-servizi-di-pubblica-utilita/>

contrato y el plan económico financiero deben garantizar la viabilidad del proyecto. Esta viabilidad viene definida como la disponibilidad de recursos en el mercado financiero, en una cuantía que pueda satisfacer las necesidades a cubrir, su sostenibilidad y una congruente rentabilidad.

El artículo 165 del actual Código avanza el contenido del siguiente artículo: la administración adjudicadora puede organizar libremente el procedimiento que seguirá para otorgar una concesión, siempre que se garantice una elevada calidad, la seguridad y la accesibilidad del servicio, la igualdad de trato, así como el acceso universal al servicio público.

Un tema espinoso es el cálculo del valor estimado de una concesión, necesario para saber, entre otras cosas, si es de importe armonizado, y en consecuencia, qué normas de publicidad deberá cumplir o no.

La Directiva 2014/23/UE de Concesiones aclara en su artículo 8 que, *“el valor de la concesión será el volumen de negocios total de la empresa concesionaria generados durante la duración del contrato, excluido el IVA, estimado por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, así como de los suministros relacionados con las obras y los servicios”*. Definición copiada punto por punto y coma por coma en la legislación italiana, artículo 167<sup>839</sup>.

Este valor se debe calcular en el momento de envío del anuncio de la concesión, o si este no se puede establecer, en el momento de iniciar el procedimiento de adjudicación. Como en la Directiva, se advierte que si en el momento de la adjudicación, este valor supera en un 20% al previsto, será este el valor estimado de la concesión.

El Código italiano, siguiendo la redacción de la Directiva de Concesiones, en su apartado 4, hace amago de explicar cómo se hará este cálculo, pero se limita a decir que el método deberá venir especificado en los documentos de concesión, aclarando que sea cuál sea la elección del método para calcular el valor estimado de una concesión, no se efectuará con la intención de excluirla del ámbito de aplicación del Código. Coincide con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público en los elementos que se deben tener en cuenta para su estimación:

1. *“Cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato.*
2. *Cuando se haya previsto abonar primas o efectuar pagos a los candidatos o licitadores, la cuantía de los mismos.*

---

<sup>839</sup> Idéntica definición encontramos en el artículo 101.1.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Definición que ya se encontraba en el APLCSP.

3. Si se han previsto en pliegos posibles modificaciones se *considerará valor estimado del contrato el importe máximo que este pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones al alza previstas.*
4. *En los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, (...) se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación.*
5. *La renta procedente del pago de tasas y multas por los usuarios de las obras o servicios, distintas de las recaudadas en nombre del poder adjudicador.*
6. *Los pagos o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, concedidos al concesionario por el poder adjudicador o por cualquier otra autoridad pública, incluida la compensación por el cumplimiento de una obligación de servicio público y subvenciones a la inversión pública.*
7. *El valor de los subsidios o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, procedentes de terceros a cambio de la ejecución de la concesión.*
8. *El precio de la venta de cualquier activo que forme parte de la concesión.*
9. *El valor de todos los suministros y servicios que el poder adjudicador ponga a disposición del concesionario, siempre que sean necesarios para la ejecución de las obras o la prestación de servicios.”*

Por otra parte, hay que resaltar que el apartado 7 del artículo 167 del Código recoge la posibilidad de lotificar, pero no se obliga a la aplicación del principio de divide o justifica, al igual que en la Directiva de Concesiones.

Como hemos analizado previamente, un elemento clave en el equilibrio económico financiero de la concesión es su duración. El artículo 18.2 de la Directiva 2014/23/UE aclara que *“para las concesiones que duran más de cinco años, la duración máxima de la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos”*.

El Código italiano no introduce este plazo general de cinco años, pero sí indica que su duración está limitada al periodo máximo de recuperación de las inversiones y a que la remuneración sea adecuada.

En cuanto a los contratos mixtos de concesión, tanto en Italia como en España, se sigue la regla del objeto principal del contrato si se trata de obras o servicios que establecía ya la

Directiva 2004/18/CE. La nueva Directiva añade un requisito, y es que sólo pueden ser contratos de concesión mixtos, aquellos en que sus prestaciones no son objetivamente separables<sup>840</sup>.

Si son concesiones mixtas de servicios sociales y servicios específicos recogidos en el anexo IX del Código, que es una copia del Anexo IV de la Directiva 2014/23/UE y que incluye “servicios sanitarios, sociales y afines; servicios administrativos, sociales, educativos, sanitarios y culturales; servicios de seguridad social de afiliación obligatoria; servicios de prestaciones; otros servicios comunitarios, sociales y personales, incluidos los prestados por sindicatos, organizaciones políticas, asociaciones juveniles y demás servicios de organización de afiliaciones; servicios religiosos; servicios de hostelería y restauración; servicios jurídicos; otros servicios administrativos y gubernamentales”, etc, se sigue la regla del valor estimado más elevado.

¿Y qué ocurre si en un contrato mixto nos encontramos con una concesión y un contrato? La solución es simple: las reglas a aplicar serán las del contrato.

¿Y en concesiones mixtas de obras y servicios? La regla general es la del objeto principal, Sin embargo, esta norma queda desplazada en el caso de contrato mixto de concesión de servicios y de contrato de suministro, donde se aplica la regla del valor máximo estimado<sup>841</sup>. Esta disposición no está prevista expresamente en la Directiva de Concesiones, aunque podría enmarcarse en el ámbito de las concesiones que engloban varias actividades del artículo 22.2. No obstante lo dicho, el apartado genera dudas, ya que el punto 11 de este artículo del Código recoge expresamente este tipo de concesiones que reúnen en un seno varias actividades. Además, este tipo de concesión hace referencia a varias actividades, pero todas dentro de una misma concesión. No hay un contrato de suministro y una concesión de servicios adjudicados conjuntamente.

De todas maneras, la redacción de este artículo es un tanto compleja porque incluye y redacta, de manera diversa, los artículos 20 al 22 de la Directiva de Concesiones, reunificando contratos mixtos por objeto, por si hay contrato y concesión y por variedad de actividades.

Así como ni la Directiva ni el Código obligan a seguir un procedimiento específico para la adjudicación de concesiones, sí que dan una serie de garantías en su desarrollo. Dentro del mismo *Título I* de la *Parte III*, pero en el *Capo II: Garanzie procedurali* destaca que la

---

<sup>840</sup> Véase X. LAZO VITORIA, “La fusión de prestaciones de distinta clase en un único contrato. Estado de la cuestión y Nuevo régimen jurídico establecido por las directivas de contratación pública de 2014” en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2015* (dir.) J. M. GIMENO FELIÚ, Civitas, Cizur Menor, 2016, págs. 223-245. ISBN: 978-84-9135-286-0

<sup>841</sup> Artículo 169.10 del Código de 2016.

administración concedente puede limitar el número de candidatos, pero no se establece ningún número mínimo. El único límite es que se base en criterios objetivos y que quede garantizado un nivel adecuado de concurrencia. Como ya hemos dicho anteriormente, el procedimiento es menos formal y dotado de mayor flexibilidad.

Además, a tenor del apartado 7 del artículo 171, esta administración concedente podrá negociar libremente con las partes. Es aquí donde se ve la flexibilidad en la adjudicación de concesiones, ya que para negociar, no es preciso que el poder adjudicador haya optado por un diálogo competitivo o un procedimiento negociado. El artículo no da la suficiente claridad, pero lo lógico sería que esta opción de negociar se recogiera en el anuncio de adjudicación de concesión a fin de respetar los principios de transparencia y no discriminación.

Los criterios de selección recogidos en el artículo 172, deben ser proporcionales a la capacidad que se exigirá al concesionario para ejecutar el contrato y garantizar la concurrencia. Los criterios de adjudicación, por su parte, pueden ver modificados excepcionalmente su orden de clasificación *“cuando el poder o entidad adjudicador reciba una oferta que proponga una solución innovadora con un nivel excepcional de rendimiento funcional que no pudiera haber previsto un poder o entidad adjudicador diligente”*<sup>842</sup>. Para tener en cuenta dicha solución innovadora, el poder o entidad adjudicador deberá informar a todos los licitadores sobre la modificación y emitir una nueva invitación a presentar ofertas.

En el *Capo III*, dedicado a la ejecución en concesiones, se regulan la subcontratación y las modificaciones contractuales tras la adjudicación. Se fomenta la subcontratación en concesiones de importe comunitario. En este sentido, el artículo 174 exige que los operadores económicos, que no sean PYMES, presenten un elenco de subcontratistas en determinados casos:

*“a) concesión de obras, servicios y suministros para los cuales **no se requiere especialización**;*

*b) concesión de obras, servicios y suministros para los cuales es posible encontrar en el mercado un elevado número de subcontratistas, dada la **gran cantidad de operadores que prestan estos servicios**”*<sup>843</sup>.

---

<sup>842</sup> Regla del artículo 41.3 de la Directiva de Concesiones y directamente traspuesta en el Código.

<sup>843</sup> Traducido del Código de 2016: *“ a) concessione di lavori, servizi e forniture per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione; b) concessione di lavori, servizi e forniture per i quali risulti possibile reperire sul mercato una terna di nominativi di subappaltatori da indicare, atteso l'elevato numero di operatori che svolgono dette prestazioni”*.

Es decir, cuando la concurrencia sea elevada y las tareas a ejecutar no sean complejas.

El concesionario tiene la obligación de comunicar a la Administración concedente quienes son sus subcontratistas de obras y servicios y cualquier modificación en los mismos. Curiosamente, las comunicaciones respecto a subcontratistas de suministros se ven exceptuadas de este requisito de comunicación.

En el Código italiano, a diferencia de la LCSP, se recoge la obligación del poder adjudicador de pagar directamente al subcontratista de la concesión, siempre si se trata de una PYME, y en caso de incumplimiento del concesionario o bajo requerimiento del subcontratista si se trata de una gran empresa. Es de obligada mención en este punto, que la administración concedente deberá pagar directamente a las PYMES, siempre que la naturaleza de la concesión lo permita.

Este artículo 174 al completo fomenta este tipo de empresas, pero puede suscitar la duda de si el legislador delegado italiano no se ha excedido en su celo por protegerlas, ya que el pago directo por la Administración, libera al concesionario de la responsabilidad solidaria que tiene junto a la subcontrata respecto a la remuneración y cotización de sus trabajadores.

Dentro de este capítulo dedicado a la ejecución de las concesiones, tiene especial importancia el artículo 175 sobre las modificaciones durante el periodo de vigencia del contrato. Destaca la previsión de que no será ilegal una modificación, independientemente de su valor, siempre que no altere la naturaleza del contrato y que no suponga una prórroga. Nuestra duda aquí, es si esta prórroga podría suponer ayuda de Estado ilegal, además de incidir en el equilibrio económico financiero del contrato.

En el mismo capítulo se recogen las normas especiales en materia de concesiones de autopistas y su particular régimen transitorio<sup>844</sup>. La localización del artículo dentro del capítulo podría explicarse porque es el régimen transitorio para aquellas concesiones que ya han caducado y sin embargo siguen funcionando prórroga tras prórroga y aquellas que caducarán en breve.

En Italia, es habitual que las concesiones de autopistas caduquen y sin embargo no se inicie un nuevo procedimiento de adjudicación. El artículo 178.1 es un mandato muy claro para, en caso de concesión de autopista ya finalizada pero en prórroga, iniciar un procedimiento en menos de seis meses, prohibiéndose así mismo las ulteriores prórrogas.

Si la concesión está todavía en vigor, el procedimiento de adjudicación debe iniciarse 24 meses antes de la fecha de terminación. Lo que resulta muy lógico, si se tiene en cuenta que es

---

<sup>844</sup> Véase el artículo 178 del Código.

un proceso complejo y que puede ser interesante realizar consultas al mercado. Sin embargo, si no se ha terminado el procedimiento de adjudicación antes del fin de la concesión, el concesionario está obligado a seguir prestando el servicio en las mismas condiciones. Lo cual es tanto como validar tácitamente la prórroga, ya que no se prevén sanciones para los incumplidores.

Es importante saber que dentro del riesgo operativo en este tipo de concesión, se debe entender incluido el de tráfico, que se encuadraría en la subcategoría de riesgo de demanda.

La *Parte IV: Partenariato pubblico privato e contraente generale* del Código se dedica a la regulación de la Colaboración Público Privada, figura que conocíamos en el TRLCSP y regulada a nivel europeo en instrumentos de *soft law*, pero que no se encuentra en ningún instrumento dispositivo de la UE y que ha sido eliminada en la LCSP.

La pregunta que es preciso hacerse llegados a este punto, a parte de la pertinencia de la figura, es ¿cómo distinguir entre un contrato de concesión de la Parte III, que acabamos de estudiar, y una CPP de esta cuarta parte del *Codice di 2016*?

Lo que debemos entender es que, la concesión regulada a nivel europeo se caracteriza por la transferencia del riesgo operativo, pero sin hacer distinciones en cuanto al riesgo transferido: el de demanda o el de oferta. Y es aquí donde entra el legislador italiano, que de forma novedosa determina que si se transfiere el riesgo de disponibilidad (el legislador, con buen criterio a nuestro parecer no lo llama riesgo de oferta o suministro, porque no es este riesgo recogido en la Directiva el que se transfiere, sino el de disponibilidad del SEC 2010) y es la Administración concedente la encargada del pago de la remuneración, nos encontramos ante un contrato de CPP (art. 183), y si por el contrario, se transfiere el de demanda (art. 165) y es el usuario final el que paga por el servicio, será un contrato de concesión.

Esta clasificación, que como veremos implica mayores garantías procedimentales en el caso de la CPP (garantías procedimentales aún más acentuadas tras el Decreto Correctivo de 19 de abril de 2017<sup>845</sup>), se justifica en que, en el caso de la concesión, al transferirse el riesgo de demanda, es el mercado el que “juzga” la actuación del concesionario, que se verá obligado a ser eficaz y eficiente en la construcción y explotación de la infraestructura o en la prestación del servicio, optimizando los costes y manteniendo los niveles de calidad para poder recuperar la

---

<sup>845</sup> Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56. *Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.* (GU Serie Generale n.103 del 05-05-2017 - Suppl. Ordinario n. 22)



inversión y obtener un beneficio razonable, cumpliendo así con el Plan Económico-Financiero y sin necesidad de añadir garantías adicionales.

Por el contrario, en los negocios de CPP, en los que la Administración paga un canon en función de estándares de calidad fijados en contrato (atención, el legislador italiano se está refiriendo aquí a las concesiones “frías”), sobretodo en casos en que se dé una situación de información asimétrica entre agente y principal, el concesionario no tendrá ese incentivo externo a cumplir con el Plan Económico-Financiero, optimizando los costes y manteniendo el nivel de calidad.

Por eso el legislador italiano introduce mayores exigencias, tanto procedimentales como en sede contractual, para evitar que la Administración pague en exceso respecto a los riesgos que efectivamente soporta el concesionario (como ya hemos visto, cuanto más riesgo soporte este, mayor será la contraprestación que exija), o que no reciba una infraestructura o servicio según los estándares establecidos<sup>846</sup>. Se pretende así “dificultar”, o mejor dicho, facilitar el uso de estas operaciones sólo cuando las circunstancias lo requieran, evitando así potenciales daños al erario público.

En particular, el mencionado *dlgs 56/2017*, que además de sustituir el término concesionario por el de operador económico dentro de la definición de riesgo operativo, para así incluir en la definición a aquel que no participa en una concesión, sino en una CPP, introduce una serie de normas para dotar de mayores garantías a las CPP frente a las concesiones<sup>847</sup>.

Estas modificaciones se refieren al análisis previo y adecuado que justifique la utilización de este tipo contractual, al procedimiento de adjudicación y a la monitorización del riesgo. Pero, sobretodo hacen hincapié en la adjudicación del contrato únicamente en base a un proyecto definitivo, y no a un proyecto de viabilidad (que por el contrario si resulta aceptable en el caso de las concesiones, añadiéndose con posterioridad en la fase ejecutiva del contrato los otros dos niveles: el definitivo y el ejecutivo).

En cuanto al procedimiento de adjudicación hay que resaltar, frente a la gran flexibilidad que se da en contratos de concesiones donde rige la discrecionalidad de la Administración concedente que, además de poder diseñar libremente el procedimiento siempre que se den

---

<sup>846</sup> M. RICCHI, “L’Architettura dei Contratti di Concessione e di Partenariato Pubblico Privato nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici d.lgs. 50/2016”, *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, Il Mulino nº 3, 2016, págs. 9-11.

<sup>847</sup> F. LAUS, *Il rapporto collaborativo tra pubblico e privato nella contrattazione pubblica. Unione Europea e ordinamenti nazionali: analisi comparata di modelli e riforme*, Bononia University Press, 2018, págs. 219-223. ISBN: 8869232948.

unos requisitos mínimos de publicidad y se respeten los principios de la contratación pública, puede si lo prefiere hacer uso del procedimiento abierto, del restringido, del negociado con y sin publicidad, del diálogo competitivo, de la asociación para la innovación y de la *“finanza di progetto”*<sup>848</sup> (en los que además puede conducir libremente negociaciones con los licitadores<sup>849</sup>), que en los contratos de CPP se excluye, tanto la posibilidad de que las Administraciones elaboren sus propios procedimientos *ad-hoc*, como de que negocien en el marco de los procedimientos autorizados. Es más, el artículo 181.1 especifica que los contratos de CPP se otorgarán con arreglo a procedimientos *“públicos, también a través del diálogo competitivo”*<sup>850</sup>. Por otra parte, si prestamos atención en la lectura de los distintos tipos contractuales que se integran en la categoría general de CPP, veremos que, además de tipos contractuales, son de *facto*, procedimientos contractuales diversos con requisitos específicos cada uno de ellos.

Hay además otra razón para denegar a las entidades adjudicadoras la posibilidad de estructurar procedimientos de negociación para el caso concreto, y es que dentro de los procesos de adjudicación de CPP, se introduce ya la obligación de negociar. Un operador económico que renuncie a este diálogo, perderá automáticamente el contrato y sólo podrá recuperar, en su caso, los gastos de presentación de oferta<sup>851</sup>.

Por lo que respecta a la exigencia de adjudicación del contrato de CPP, en base a un proyecto definitivo, la justificación es que, cuanto más definido esté, más fácil será captar financiación por parte de las entidades financieras, al quedar limitadas las desviaciones en los costes. Se reduce así también la posibilidad de que la Administración se vea obligada a pagar, además del canon debido, posibles desviaciones que le sean imputables por el mal diseño del proyecto o de la adjudicación, o por hechos imprevisibles. De ahí que, como base del procedimiento de adjudicación de una CPP, se utilice el proyecto definitivo y no el simple estudio de viabilidad técnica financiera<sup>852</sup>. Incluso el procedimiento de *“Finanza di progetto”*, exige que el estudio utilizado como base de la licitación sea el técnico financiero y no, como en el Código de 2006, el estudio únicamente financiero. Además, los licitadores deberán presentar un

---

<sup>848</sup> Véanse los arts. 60 a 65 y art. 183 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n. 50.

<sup>849</sup> Véase el art. 171.7 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n. 50.

<sup>850</sup> Traducido del Código de 2016: *“ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo”*.

<sup>851</sup> M. RICCHI, *“L’Architettura dei Contratti di Concessione e di Partenariato Pubblico Privato nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici d.lgs. 50/2016”*, Rivista giuridica del Mezzogiorno, Il Mulino n° 3, 2016, págs. 9-11.

<sup>852</sup> M. RICCHI, *“Concessioni e PPP, nel codice 2016 due discipline in base al tipo di rischio. Il Correttivo cancella rigidità e refusi”*, Gli appalti dopo il correttivo. L’analisi delle norme e il testo del Codice coordinato con il Dlg 56/2017. Edilizia e Territorio Dossier n°5-6, Mayo-Junio 2017.

proyecto definitivo, mientras que con carácter previo, sólo debían presentar un proyecto preliminar.

En cambio, el correctivo sí que extiende la obligación de presentar los documentos de solicitud de financiación, referidos al proyecto definitivo en la celebración del contrato, también a las concesiones. El objetivo de este mandato es que, a parte de ser prudentes en sus valoraciones económico financieras a la hora de elaborar los proyectos base, los operadores económicos involucren a las instituciones financieras desde un primer momento en el proyecto, reduciéndose así el riesgo de financiación e incrementando la viabilidad del contrato.

El contrato se resolverá si, tras 18 meses de la celebración (y lógicamente de la aprobación del proyecto definitivo), no se ha hecho efectiva la financiación. Esta forma de resolución no permitirá al operador económico recuperar ningún coste.

La monitorización constante del riesgo, es un sistema de garantía especialmente vinculado a los contratos de CPP y ello porque la monitorización en directo permite detectar desviaciones e incumplimientos que suponen la aplicación automática de las penalizaciones, que a su vez, suponen la efectiva transferencia del riesgo de disponibilidad (recordemos que estamos en sede de CPP y no es riesgo de oferta). De ahí que el propio Código exija la inclusión, mediante cláusula en los pliegos del contrato, de la obligación del concesionario de introducir y mantener actualizado un sistema de monitorización informatizado en todas las fases contractuales: diseño y planificación, desarrollo y gestión; así como la puesta a disposición de la Administración de la información obtenida<sup>853</sup>.

Se trata de los Sistemas de Proyecto o BIM que ya mencionamos en el **CAPÍTULO IV: LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO**, epígrafe **2: Clasificación de las concesiones en función del tipo de riesgo y del número de participantes**, en relación con las concesiones “frías”.

Por otra parte, y aunque debemos admitir que, precisamente debido a esta cautela del legislador italiano, la regulación de la CPP en el Código es clara, relativamente sencilla y transparente (sobre todo en relación con otras figuras), mantener esta figura, dará lugar a no pocas contradicciones y confusiones.

---

<sup>853</sup> Véase el art. 181.4 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n. 50, así como la línea guía del ANAC de obligatorio cumplimiento “*Linee guida sui sistemi di monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull’attività dell’operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*” documento aprobado por el *Consiglio dell’Autorità* en la sesión de 1 de febrero de 2017.

Ya el Código italiano de 2006 suponía una “fuga” del derecho europeo (lo mismo se podría decir de la figura regulada en nuestro TRLCSP), ya que la CPP no existía en las Directivas 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, ni en la 2004/17/CE sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. Tampoco las nuevas Directivas de la cuarta generación contemplan este contrato, limitándose su regulación a instrumentos de *soft law*.

El antiguo Código definía la CPP, y a continuación refería un elenco de contratos en ella subsumidos, como son la financiación de proyecto, el arrendamiento financiero, el contrato de disponibilidad y la figura del contratista general (figuras que como hemos visto, se mantienen en el Código de 2016). Hay que aclarar que la gestión de la obra o del servicio, típica de la concesión, no debe darse para que estemos ante una CPP. Ejemplos de ello serían el arrendamiento financiero y el contrato de disponibilidad. Pero siempre será preciso que se trasfiera el *riesgo de disponibilidad*, que no nos cansaremos de repetir, es un concepto recogido en la normativa del SEC 2010, pero que desaparece por completo en la Directiva 2014/23/UE, sustituyéndose por el más amplio de riesgo de oferta<sup>854</sup>.

El artículo 180 del actual Código, que recoge la definición del contrato de CPP (y que ha sido profundamente modificado por el Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56, entre otras cosas extendiendo su ámbito objetivo de aplicación a todo tipo obra pública), en su apartado 3 explica el riesgo operativo, cuya trasmisión es necesaria para que el contrato sea efectivamente una CPP.

*“En el contrato de Colaboración Público Privada, la transferencia de riesgo al operador económico incluye, además del riesgo de construcción, el riesgo de disponibilidad o, en el caso de actividades lucrativas prestadas a terceros, el riesgo de la demanda durante el período de explotación de la obra, tal como se definen, respectivamente, en el artículo 3, párrafo 1, letras aaa), bbb) y ccc). El contenido del contrato queda definido entre las partes para que la recuperación de las inversiones realizadas y los costes en que incurra el operador económico, para realizar la obra o prestar el servicio, dependan de la efectiva provisión del servicio, de la posibilidad de utilizar la obra o del volumen de servicios prestados en relación con la demanda, y en cualquier caso, del nivel de calidad pactado, siempre que la valoración se haga ex ante. En el contrato de Colaboración Público Privada además de los riesgos, se regulan los incidentes*

---

<sup>854</sup> Véase G. FIDONI, “Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della Directiva 2014/23/UE”, *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario* n° 1. A. 25. (Dir.) M. P. CHITI, G. GRECO. GIUFFRÈ 2015, págs. 101-193.

referidos a las contraprestaciones que no se deriven de hechos imputables al operador económico”<sup>855</sup>.

Lo que llama la atención del lector es que, aunque la redacción es muy similar a la de la Directiva 23/2014, y a la del artículo 165, ya analizado en concesiones, este artículo no habla del riesgo de oferta, sino al igual que el reglamento (UE) nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, del riesgo de disponibilidad. ¿Cuál es el riesgo que hay que transferir para que sea efectivamente CPP? ¿El riesgo transferido es distinto en concesiones y CPP? Primer motivo de confusión localizado. Una uniformización de las categorías de riesgos (que son distintos atendiendo a la Parte II dedicada a las concesiones y a la Parte IV sobre la CPP) resulta por tanto indispensable, en aras de la seguridad jurídica y de conformidad a las Directivas Europeas de Contratación. También la pertinente aclaración de los distintos tipos de riesgo, a qué contratos van referidos cada uno y el por qué.

En este mismo artículo 180, en su apartado 8, se considera a las concesiones un tipo de contrato de la modalidad de CPP, que es un contrato que abarca gran cantidad de situaciones.

*“Entre la tipología de los contratos a los que se hace referencia en el párrafo 1, se incluye la “finanza di progetto” (figura interesante, ya que no se trata de un modelo contractual, sino más bien de un sistema de adjudicación de concesión de obra y servicios a iniciativa del operador económico, y que lógicamente se podría utilizar en la adjudicación de otros contratos de CPP), la concesión de obras de construcción y gestión, la concesión de servicios, el arrendamiento financiero de obras públicas, el contrato de disponibilidad y cualquier otro procedimiento para la realización en asociación de obras o servicios que presenten las características mencionadas en los párrafos anteriores”*<sup>856</sup>.

---

<sup>855</sup> Traducido del Código de 2016: “Nel contratto di partenariato pubblico privato il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera come definiti, rispettivamente, dall'articolo 3, comma 1, lettere aaa), bbb) e ccc). Il contenuto del contratto è definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico, per eseguire il lavoro o fornire il servizio, dipenda dall'effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell'opera o dal volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda e, in ogni caso, dal rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati, purché la valutazione avvenga ex ante. Con il contratto di partenariato pubblico privato sono altresì disciplinati anche i rischi, incidenti sui corrispettivi, derivanti da fatti non imputabili all'operatore economico”.

<sup>856</sup> Paper. L'attuazione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici: problemi, prospettive, verifiche. Artículo traducido del Código de 2016: “Nella tipologia dei contratti di cui al comma 1 rientrano la finanza di progetto (figura interessante, ya que no se trata de un modelo contractual, sino más bien de un sistema de adjudicación de concesión de obra y servicios a iniciativa del operador económico, y que lógicamente se

Es decir, entre los contratos que el Código incluye en la categoría de CPP, nos encontramos con las concesiones de obra “frías”, ya recogidas en el antiguo código, aunque con el detalle de que el artículo ya no habla de concesiones de obra, sino de aquellas en que hay una fase de construcción y una posterior gestión y explotación<sup>857</sup>; las concesiones de servicios, entre las que se encuentran las “frías”, donde la relación es bilateral y el servicio prestado beneficia únicamente a la Administración concedente; el contrato de disponibilidad recogido con detalle en el artículo 188 y que será objeto de estudio más adelante; el arrendamiento financiero de obras públicas (interesa aquí indicar que el *correttivo* introducido por *Dlgs 56/2017* aclara la naturaleza de la CPP, que puede incluir todas las obras públicas, excluyendo las obras privadas de interés público, que quedan a disposición del privado o abiertas al público, que deberían reconducirse a la figura de concesión con efectiva transferencia del riesgo de demanda) y el propio contrato de CPP, que se configura, de una manera un tanto confusa, como categoría y subcategoría.

Para que estos contratos se consideren efectivamente como CPP, el operador económico (nótese el cambio importante introducido por el correctivo a través del *Dlgs 56/2017*, que cambia el término concesionario por éste), debe ser remunerado por la Administración concedente y soportar, además del riesgo de construcción, el de disponibilidad (en la mayoría de los casos), o el de demanda (que recordemos, según el legislador italiano identifica al negocio concesional, relacionado con operaciones “calientes”).

Debemos detenernos en la idea de la concesión como forma de adjudicación de la CPP, que se encuentra recogida también en el artículo 184.1 sobre la *Società di progetto*:

***“La convocatoria de licitación para la adjudicación de una concesión para la construcción y/o gestión de una infraestructura o un nuevo servicio de interés público debe establecer que el contratista tiene la facultad de crear una empresa para desarrollar el proyecto en forma de sociedad anónima o de responsabilidad limitada, o incluso de consorcio, tras la adjudicación. Los documentos de la convocatoria indicarán su capital social mínimo. Si la oferta viene efectuada por varios sujetos conjuntamente, en ésta se indicará su cuota de participación en el capital social. Estas disposiciones también se aplicarán a la licitación a que se refiere el***

---

*podría utilizar en la adjudicación de otros contratos de CPP), la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti”.*

<sup>857</sup> M. RICCHI, “L’Architettura dei Contratti di Concessione e di Partenariato Pubblico Privato nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici d.lgs. 50/2016”, *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, Il Mulino nº 3, 2016, págs. 1-4.

*artículo 183. La empresa así constituida se convierte así en concesionaria, sustituyendo al contratista en la su relación concesional sin necesidad de aprobación o autorización. Esta sustitución no constituye una cesión de contrato. La convocatoria de licitación también puede establecer que constitución de la empresa sea una obligación del contratista”<sup>858</sup>.*

Es decir, parece que la concesión de obras y servicios es una subcategoría (la principal debemos añadir), un contrato tipo dentro de la CPP, tesis que se sostiene si tenemos en cuenta que la regulación de la CPP en el código es mucho más extensa y detallada. Además, y aunque el Código parece reservar las concesiones “frías” a la modalidad de la CPP y las “calientes” a la figura de la concesión, lo cierto es que se pueden utilizar indistintamente. En este sentido se manifiesta el C.18 de la Directiva de Concesiones:

*“Al mismo tiempo, hay que aclarar que ciertos regímenes en los que la remuneración procede exclusivamente del poder adjudicador o la entidad adjudicadora, pueden considerarse concesiones si la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios”. Segundo motivo de confusión.*

Creemos que mantener el término de CPP puede llegar a resultar beneficiosos de cara a explicar los tipos de riesgos transferidos. Pero sería deseable una mayor claridad en la regulación. Incluso una separación de ambas figuras.

Por otra parte, el artículo 181 en su primer apartado regula los procedimientos de adjudicación que en CPP, a diferencia de la concesión, no son tan flexibles ni de libre disposición para el poder adjudicador.

Como ya hemos explicado, al ser una figura no regulada a nivel europeo, el legislador italiano les da menos flexibilidad en cuanto al procedimiento de adjudicación: la administración no puede estructurar libremente la licitación, pudiendo sólo optar por la licitación con publicidad o el diálogo competitivo. Este podría ser el tercer motivo de confusión, ya que, cuando se trata de concesiones, que hemos concluido se trata de una subcategoría de la CPP, la

---

<sup>858</sup> Traducido del Código de 2016: *“Il bando di gara per l'affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità deve prevedere che l'aggiudicatario ha la facoltà, dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di progetto informa di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile. Il bando di gara indica l'ammontare minimo del capitale sociale della società. In caso di concorrente costituito da più soggetti, nell'offerta è indicata la quota di partecipazione al capitale sociale di ciascun soggetto. Le predette disposizioni si applicano anche alla gara di cui all'articolo 183. La società così costituita diventa la concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione. Tale subentro non costituisce cessione di contratto. Il bando di gara può, altresì, prevedere che la costituzione della società si a un obbligo dell'aggiudicatario”.*

entidad adjudicadora sí tiene libertad para diseñar el procedimiento, siempre dentro del respeto a los principios de la contratación. El problema es que, a pesar de que estamos de acuerdo en los motivos argumentados para justificar la rigidez del procedimiento en CPP, esta regulación excesiva es contraria a la actual orientación europea, que potencia la flexibilidad en la adjudicación de procedimientos complejos y a largo plazo, donde es difícil conocer el mercado, pueden aparecer innovaciones tecnológicas y no se pueden conocer de antemano todas las condiciones de la contratación. Si bien es cierto que la CPP italiana se regula al margen de la normativa europea, un contrato que cumpla con las condiciones de las concesiones y supere los umbrales comunitarios, deberá respetar esta normativa. Y la experiencia práctica en Italia muestra que los contratos articulados en modalidad CPP suelen ser de grandes cuantías para lograr alcanzar economías de escala y alcance, una de sus principales ventajas.

Sí que queda claro que, como en la concesión, el reparto de riesgos es vital para que un contrato se considere como CPP, pero hemos visto que varía la categoría de riesgo que debe transferirse en uno u otro caso. Y si partimos de la hipótesis de considerar la concesión como un tipo de contrato englobado por la CPP, uno no puede dejar de preguntarse cuál es el riesgo que debe considerarse: ¿el de disponibilidad o el de oferta? Si la concesión es de importe armonizado, y para evitar incoherencias con la tesis mantenida por la Comisión Europea, parece lógico que es este último. Pero en importes no armonizados el debate está servido. Cuarto motivo de confusión.

Relacionado con el riesgo está el equilibrio del contrato: tanto en CPP como en concesiones, si la financiación del proyecto cuenta con contribución estatal y es preciso hacer modificaciones posteriores debido a hechos no imputables al operador económico que incidan en el equilibrio del contrato, estas revisiones están subordinadas a la valoración por parte del NARS<sup>859</sup>.

Por otra parte, la utilización de la CPP, debe encontrarse muy justificada mediante análisis exhaustivos de la oferta y la demanda, de la sostenibilidad económico financiera y social del proyecto, pudiéndose efectuar estudios comparativos con otros modos de adjudicación y las ventajas relativas que ello comportaría<sup>860</sup>.

*“La selección viene precedida de **análisis adecuado de la oferta y la demanda, la sostenibilidad económico-financiera y económico-social de la operación, la naturaleza e intensidad de los diversos riesgos presentes en la Colaboración Público Privada, utilizando***

---

<sup>859</sup> Véase el artículo 182 apartado 3 del Código de 2016.

<sup>860</sup> Véase el artículo 181.3 del Código de 2016.



**también técnicas de evaluación mediante instrumentos comparativos para verificar la conveniencia del recurso a modalidades de Colaboración Público Privada como alternativa a los procedimientos normales de compra pública**<sup>861</sup>.

Lo cual nos plantea la quinta duda. Si la concesión es también un contrato complejo de larga duración, ¿no debería también seguir estos pasos?

Lo cierto es que un estudio de viabilidad como el que hemos abordado en el epígrafe **2: El estudio de viabilidad** del **CAPÍTULO VI: LA GESTIÓN DEL RIESGO**, supone ya un análisis de todos estos elementos que exige el artículo 181. Sin embargo, este estudio no tiene por qué necesariamente seguir todas las fases que hemos propuesto y puede resultar finalmente en un análisis poco exhaustivo, a la manera de un mero trámite formal.

Si todas estas similitudes y diferencias de regulación no bastaran para confundir al lector, llegamos al artículo más susceptible de generar acalorado debate, dentro de la regulación de la CPP: el 183. *Finanza di progetto*, sobre todo en los puntos 10 y 15.

La *finanza di progetto* o *project finance* es, según el Código, un contrato a título oneroso, que sirve para financiar obras y servicios públicos susceptibles de gestión económica mediante el capital privado y por el cual, un poder adjudicador contrata con un operador económico por un periodo determinado que dependerá del plazo de recuperación de la inversión, una actividad compleja consistente en la realización, transformación, manutención y gestión operativa de una obra, a cambio de su disponibilidad o de la prestación de un servicio ligado a esta obra<sup>862</sup>. Para poder hacer uso de esta forma de financiación de una infraestructura, el proyecto debe proporcionar unos flujos financieros de gestión capaces de remunerar, en todo o en parte, la inversión hecha.

El problema de este tipo contractual es que tiene una alta tasa de fracaso, debido principalmente a problemas relacionados con el pago de la contribución pública, falta de propuestas del sector privado, o presentación de propuestas que no responden al interés público, licitaciones desiertas, suspensión de la licitación por los tribunales y falta de

---

<sup>861</sup>Traducido del Código de 2016: *“La scelta è preceduta da adeguata istruttoria con riferimento all'analisi della domanda e dell'offerta, della sostenibilità economico-finanziaria e economico-sociale dell'operazione, alla natura e alla intensità dei diversi rischi presenti nell'operazione di partenariato, anche utilizzando tecniche di valutazione mediante strumenti di comparazione per verificare la convenienza del ricorso a forme di partenariato pubblico privato in alternativa alla realizzazione diretta tramite normali procedure di appalto”*.

<sup>862</sup> Para profundizar en la *finanza di progetto* véase G.L. PIETRANTONIO, *Il Project Financing tra pubblico e privato. Problemi, scenari e prospettive*. Giappichelli. Torino, 2018.

autorizaciones de las autoridades públicas correspondientes. La preparación (incorrecta y acelerada del contrato) es la mayor causa de fracaso.

En cualquier caso, la Administración deberá estudiar la viabilidad de la propuesta, con vistas a declarar su interés público, y para ello, será preciso que el promotor presente un proyecto correctamente elaborado y lo más completo posible, así como que la Administración sepa evaluarla, mediante un análisis coste-beneficio, de la sostenibilidad económico-financiera y de los criterios de oportunidad frente a un contrato “tradicional”. Por ello, la documentación debe cumplir con ciertos requisitos.

En primer lugar, debe definir claramente el marco territorial y ambiental.

En segundo lugar, estará obligatoriamente compuesto por el estudio de viabilidad, elaborado necesariamente por el promotor de la iniciativa, el proyecto preliminar, el borrador del contrato, el PEF asegurado por una entidad de crédito, especificaciones del servicio y de la gestión, garantías y el importe de los gastos por la preparación de la propuesta. En cuanto al estudio de viabilidad elaborado por el promotor, debemos dejar patente que los diferentes intereses de las partes lo harán diferente al elaborado por la Administración (y explicado en el ya mencionado epígrafe **2. El estudio de viabilidad** del **CAPÍTULO VI: LA GESTIÓN DEL RIESGO**), hecho que deberá ser tenido en cuenta en la valoración posterior. Un modelo estándar elaborado y exigido por la Administración podría ayudar a evitar estas distorsiones.

Por último, el promotor del proyecto debe demostrar que posee los requisitos para resultar adjudicatario de la concesión.

No obstante lo dicho, que una Administración reciba y analice una propuesta de *project finance* no implica que deba validarla y llevarla a cabo. Por descontado, el proponente no tiene ningún derecho a recuperar gastos hechos en la presentación.

La ventaja del *project finance* es que el sector privado toma la iniciativa, allí donde la Administración no actúa. Pero el recurso a esta figura debe hacerse, únicamente, en caso de propuestas complejas de fuerte contenido innovador y tecnológico. En este contrato es especialmente importante, como su propio nombre indica, atraer la financiación privada y por ello, como decíamos, los flujos de caja esperados deben compensar la inversión realizada y generar unos beneficios potenciales suficientes<sup>863</sup>. El operador económico deberá asumir el riesgo, según el clausulado del contrato.

---

<sup>863</sup> G. GRECO, “La Direttiva in materia di Concessioni” (Convegno di Varena 17-19 Settembre 2015). Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario n° 6 (dir.) M. P. CHITI, G. GRECO. GIUFFRÈ 2015, págs. 1095 – 1126.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que, un contrato de *finanza di progetto* puede formar parte de un contrato de CPP, pero no todo CPP debe necesariamente implicar un *project finance*. En este gráfico se aprecia claramente lo que queremos decir:

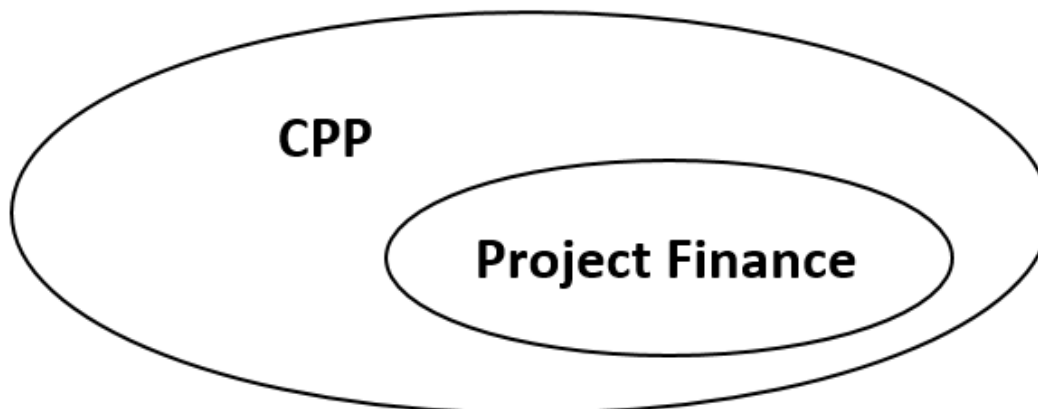


Gráfico de elaboración propia a partir de C. DOSI, L.GRECO, V. REBBA, G. SALMASO, F. PIGOZZO, “La Valutazione dei progetti d’investimento pubblici. Linee guide”, Regione del Veneto. Giunta regionale. Quaderni del NUVV-1. Santa Croce, Venezia, pág. 45

Respecto a la anterior regulación, y a pesar de que el *project finance* suele emplearse en las concesiones de construcción y gestión, el nuevo Código de 2016 ha extendido la posibilidad de utilizar esta figura, así como la del promotor, a todas las figuras paraconcesionales y no únicamente al contrato de puesta a disposición<sup>864</sup>.

Por otro lado, no es problemático que el criterio de adjudicación de una CPP no sea el precio más bajo sino la oferta económicamente más ventajosa. De hecho, la adjudicación de las concesiones según la Directiva 23/2014/UE, debería hacer atendiendo a este criterio, lo que tiene mucha lógica, ya que el recurso a esta modalidad de contratación compleja, se justifica en su especificidad y la calidad en la prestación, lo que no se consigue con reducciones en los precios<sup>865</sup>. También sirve de apoyo a este criterio el que uno de los procedimientos de adjudicación sea el diálogo competitivo.

Sí que puede generar dudas en cambio, que los criterios de selección sean los mismos que los de concesión, por el hecho que comentábamos de que no acaba de quedar claro si la concesión y la CPP son dos categorías diversas, o las concesiones se subsumen en la CPP. En este

<sup>864</sup> M. RICCHI, “*Concessioni e PPP, nel codice 2016 due discipline in base al tipo di rischio. Il Correttivo cancella rigidità e refusi*”, Gli appalti dopo il correttivo. L’analisi delle norme e il testo del Codice coordinato con il Dlgs 56/2017. Edilizia e Territorio Dossier nº5-6, Mayo-Junio 2017.

<sup>865</sup> Véase el artículo 41 de la Directiva 23/2014/UE.

sentido, el artículo 183, en su apartado 8 se limita a remitir a las concesiones. De nuevo, otro motivo de confusión.

El séptimo, lo encontramos en el apartado 10 que generará problemas porque, así como en concesiones, sí es necesario promover la concurrencia entre operadores económicos (aunque no exista un número mínimo de candidatos invitados), en la *finanza di progetto* no se da esa exigencia.

*“El poder adjudicador: b) elabora una clasificación y designa promotor al que presentó la mejor oferta; **la designación del promotor puede tener lugar incluso en presencia de una sola oferta**”<sup>866</sup>.*

Pero es que además, y para acabar ya de confundir al aplicador de la ley, llama directamente a la CPP, concesión. Así que, a un Poder Adjudicador que no quiera promover la competencia entre operadores económicos, le bastará con llamar a su contrato de concesión contrato de CPP, elaborar requisitos que limiten la participación a un solo oferente y otorgarle directamente el proyecto, en un procedimiento que será válido siempre que haya una publicidad efectiva: *“d) cuando el proyecto no requiere modificaciones del proyecto, **procede directamente a la adjudicación de la concesión**”<sup>867</sup>.*

Como vemos, el apartado 10 dará problemas en la aplicación práctica y es potencialmente causa de corrupción. Pero el apartado 15, es el que más juego puede dar en tribunales, sobretodo en cuanto a incumplimientos con las Directivas de contratación y los principios del TFUE, con las consecuentes sanciones desde instancias europeas.

En él se recoge lo que en la regulación española podemos identificar, o bien con la *gestión* por parte de los Poderes Adjudicadores *“de ofertas no solicitadas”* de operadores económicos, o bien con *“la iniciativa privada en la presentación de estudios de viabilidad de eventuales concesiones”*<sup>868</sup>.

---

<sup>866</sup> Traducido del Código de 2016: *“10. L'amministrazione aggiudicatrice: b) redige una graduatoria e nomina promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta; la nomina del promotore può aver luogo anche in presenza di una sola offerta”*.

<sup>867</sup> Traducido del Código de 2016: *“d) quando il progetto non necessita di modifiche progettuali, procede direttamente alla stipula della concessione”*

<sup>868</sup> Véase el artículo 128.5 del TRLCSP y el 247.5 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, que tiene su antecesor en el artículo 245.5 del APLCSP, que en concesiones de obras contempla la posibilidad de que un operador económico presente un estudio de viabilidad de eventuales concesiones. La gestión de este estudio es muy similar a la prevista por el legislador italiano y también prevé el derecho a resarcimiento a cargo del

Lo curioso del caso es que se redacta en sede de CPP (es decir, parece que no sería válido para otras modalidades contractuales, entre otras las concesiones) y que recoge el derecho de preferencia del promotor de la idea. Presupuesto este que no se recoge en ningún lugar de las Directivas y que puede generar problemas en cuanto a cerrar el mercado.

Si un operador económico que participa en una licitación promovida a raíz de la idea de otro sabe que aunque haga la mejor oferta, si el promotor la iguala, a éste se le adjudicará el contrato; y si no la iguala, deberá pagarle los costes, hará que se reduzca el número de operadores económicos dispuestos a participar, por la incertidumbre del monto que pueden alcanzar. Aunque es verdad que si el promotor ejerce el derecho de prelación tendrán derecho a ser reembolsados por éste de los gastos hechos en la presentación de la oferta, no es un gran incentivo en comparación con las desventajas.

En la regulación española, si el estudio culmina en el otorgamiento de una concesión, de acuerdo con el TRLCSP, el promotor del estudio de viabilidad tenía un derecho al resarcimiento de los gastos efectuados para su elaboración, incrementados en un 5 por 100 como compensación, gastos que podían imponerse al concesionario como condición contractual. Lo único que cambia en la nueva Ley de Contratos del Sector Público es que, en sede de licitación, el autor tendrá derecho a 5 puntos añadidos a los que obtenga por la aplicación de los criterios de adjudicación establecidos. Pero no existe en ningún caso el derecho de prelación.

Otra duda que nos surge, se refiere al hecho de que, si el promotor ejerce su derecho de preferencia y el criterio precio no se puede utilizar, siendo el de la oferta económicamente más ventajosa el que debe emplearse, quiere decir que deberá igualar la mejor oferta en cuanto a relación calidad-precio. Y esto es harto difícil si no se conocen todos los aspectos de la oferta ganadora (incluyendo el know-how empresarial susceptible de ser secreto empresarial). ¿Qué hay del derecho de confidencialidad de las ofertas? ¿Cómo se articulara en este caso?

***“Los operadores económicos pueden presentar a los poderes adjudicadores propuestas para la concesión de obras públicas o de servicio público, (...) La licitación, a la que se invita al proponente, se basa en el proyecto de viabilidad aprobado. (...) En la convocatoria se especifica que el promotor puede ejercer el derecho de preferencia. (...) Si el promotor no resulta adjudicatario, puede ejercer dentro de los quince días siguientes a la adjudicación, el derecho de preferencia, pasando a ser el adjudicatario si declara que se compromete a cumplir las obligaciones contractuales en las mismas condiciones ofrecidas por el adjudicatario previo.***

---

operador económico que resulte adjudicatario de la concesión por los gastos efectuados en el estudio, pero correctamente a mi parecer, no regula el derecho de prevalencia.

***Si el promotor no es el ganador y no ejerce el derecho de preferencia, tiene derecho recibir, a cargo del adjudicatario definitivo, los gastos de preparación de la propuesta dentro de los límites especificados en el párrafo 9. Si el promotor ejerce la preferencia, el primer adjudicatario tiene derecho a recibir del promotor, el importe de los gastos de preparación de la oferta dentro de los límites mencionados en el párrafo 9<sup>869</sup>.***

En resumen, podemos decir que este derecho de preferencia es contrario, no sólo al espíritu, sino también al texto de la Directiva de Concesiones. El considerando 8 de la Directiva 2014/23/UE afirma que:

***“Para las concesiones que alcancen o superen determinado valor, conviene establecer una coordinación mínima de los procedimientos nacionales para la adjudicación de estos contratos basada en los principios del TFUE, a fin de garantizar la apertura de las concesiones a la competencia y una seguridad jurídica adecuada. Estas disposiciones de coordinación no deberían ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos citados y para garantizar un cierto grado de flexibilidad. Los Estados miembros han de poder completar y desarrollar estas disposiciones si lo consideran oportuno, en particular si desean reforzar la observancia de los citados principios”.***

Es decir, las disposiciones nacionales pueden completar las disposiciones de coordinación, siempre que respeten y refuercen los principios del TFUE. Y es evidente que este derecho va contra el principio de igualdad de trato y no discriminación en la contratación.

El noveno problema grave sobre la regulación de la *finanza di progetto* es que, si leemos bien este controvertido apartado 15, vemos que no se trata de una tipología contractual, sino de un procedimiento de adjudicación de concesiones enmascarado<sup>870</sup>. Y es una cuestión insalvable, ya que lo que hace este artículo es oponerse de forma torticera y oscurantista al

---

<sup>869</sup> Traducido del Código de 2016: *“Gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, (...) Il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara, alla quale è invitato il proponente. (...) Nel bando è specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione. (...) Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nei limiti indicati; nel comma 9. Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al comma 9.”*

<sup>870</sup> G. FIDONE, “Il Partenariato Pubblico Privato e le concessioni nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici: alcune proposte per miglioramento della disciplina vigente” en *Paper. L'attuazione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici: problemi, prospettive, verifiche* (dir.) G. FIDONE (grupo AEQUA), págs. 64-77.

*principio de libertad de administración de las autoridades públicas*, recogido en el artículo 2 de la Directiva de Concesiones y traspuesto en el artículo 166 del *Codice*. Es contrario a la flexibilidad en la adjudicación de concesiones y podría suponer un exceso de regulación contraria a la prohibición del *gold plating*.

Únicamente se podría argumentar que esta prohibición ha de entenderse como obligación de reducir las cargas innecesarias y que dificulten la competencia, pero no como una reducción de las garantías de la licitación y de los principios constitucionales y de la contratación pública. Es decir, que las directivas se traspongan con mayor rigor, mientras no implique un límite injustificado a la competencia, estará motivado en base al artículo 36 del TFUE<sup>871</sup>. Se puede añadir que, al estar la figura fuera de la regulación europea, el legislador italiano sí puede introducir requisitos más gravosos.

Continuando el análisis de la cuarta parte del *Codice*, el artículo 188.2 que disciplina el contrato de disponibilidad, presenta también una diferencia en cuanto a la transferencia del riesgo, tomando por válida la transferencia ,únicamente, o del riesgo de construcción, o del riesgo de gestión, lo que por supuesto, generará todavía más dudas si cabe, en cuanto a qué entender por transferencia de riesgo. Como dato interesante destaca la inclusión expresa del *factum principis* como factor a tener en cuenta en el reparto de riesgos.

***“El adjudicador asume el riesgo, o bien de la construcción, o bien de la gestión técnica de la obra durante el período de puesta a disposición a la administración adjudicadora. El contrato determina el método para distribuir los riesgos entre las partes, lo que puede resultar en alteraciones de la remuneraciones debido a eventos que incidan en el proyecto, en la implementación o en la gestión técnica de la obra, como consecuencia de normativas o medidas obligatorias provenientes de las autoridades públicas. A menos que se determine lo contrario en el contrato y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 5, los riesgos de la construcción y de la gestión técnica de la obra resultantes de la falta o demora en la emisión de informes, opiniones, habilitaciones y cualquier otro acto de naturaleza administrativa correrán a cargo de la entidad contratante”<sup>872</sup>.***

---

<sup>871</sup> R. DE NICTOLIS. “Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà”, *Federalismi.it*. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo nº 19, 2016. 5 de Octubre de 2017. ISSN 1826-3534.

<sup>872</sup> Traducido del Código de 2016: “L'affidatario assume i rischi o della costruzione o della gestione tecnica dell'opera per il periodo di messa a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice. Il contratto determina le modalità di ripartizione dei rischi tra le parti, che possono comportare variazioni dei corrispettivi dovuti per gli eventi incidenti sul progetto, sulla realizzazione o sulla gestione tecnica dell'opera, derivanti dal sopravvenire di norme o provvedimenti cogenti di pubbliche autorità. Salvo

Y ya por último, en este *Titulo I* de la *Parte IV* no se puede dejar de mencionar el artículo 189: *Interventi di sussidiarietà orizzontale*. Y digo que no se puede dejar de mencionar, porque me parece que es un precepto ilegal desde el punto de vista de los principios europeos de la contratación pública:

***“La gestión de las áreas reservadas para zonas verdes públicas urbanas y los inmuebles de origen rural, reservados para actividades colectivas sociales y culturales en el vecindario, con la exclusión de inmuebles destinados a uso escolar y deportivo, cedidos al municipio en base a los acuerdos y regulaciones de planificación urbana, sea cual fuere su denominación, puede confiarse, en cuanto a su mantenimiento, a los ciudadanos que residen en las áreas, que tendrán el derecho de preferencia, siempre respetando los principios de no discriminación, transparencia e igualdad de trato”<sup>873</sup>.***

Vemos que es un derecho de preferencia en la gestión a los residentes de la zona. Es decir, un principio de territorialidad expreso, a pesar de que se mencionen los principios de no discriminación, transparencia e igualdad de trato. Lo único que salva la legalidad de este precepto, es que se refiere a actividades colectivas sociales y culturales, es decir, servicios no económicos de interés general, cuya prestación puede organizar libremente cada uno de los Estados Miembros<sup>874</sup>. Sin embargo, la mención expresa a la territorialidad es contraria al principio de no discriminación por nacionalidad.

Se podría contraargumentar que carecen de interés transfronterizo. Pero esto sólo sería válido si nos encontramos por debajo del importe armonizado de contratos de servicios especiales 750.000 € (artículo 4.b de la Directiva 2014/24/UE). El argumento es más factible si tenemos en cuenta que se trata de la *gestión de servicios*, es decir, su concesión y por lo tanto el importe armonizado sería el 5.186.000 € (artículo 8.1 de la Directiva 2014/23/UE). Y este es

---

diversa determinazione contrattuale e fermo restando quanto previsto dal comma 5, i rischi sulla costruzione e gestione tecnica dell'opera derivanti da mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni, pareri, nulla osta e ogni altro atto di natura amministrativa sono a carico del soggetto aggiudicatore”.

<sup>873</sup> Traducido del Código de 2016: *“Le aree riservate al verde pubblico urbano e gli immobili di origine rurale, riservati alle attività collettive sociali e culturali di quartiere, con esclusione degli immobili ad uso scolastico e sportivo, ceduti al comune nell'ambito delle convenzioni e delle norme previste negli strumenti urbanistici attuativi, comunque denominati, possono essere affidati in gestione, per quanto concerne la manutenzione, con diritto di prelazione ai cittadini residenti nei comprensori oggetto delle suddette convenzioni e su cui insistono i suddetti beni o aree, nel rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento”.*

<sup>874</sup> Véase el C.6 de la Directiva 2014/24/UE: (...) *Ha de recordarse también que los Estados miembros gozan de libertad para organizar la prestación de los servicios sociales obligatorios o de cualquier otro servicio, como los servicios postales, los servicios de interés económico general o los servicios no económicos de interés general, o una combinación de ambos. Conviene aclarar que los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva.*



otro de los motivos de confusión, ya que hubiera sido más fácil utilizar el término concesión y no el de gestión de servicios, que dará lugar a equívocos con los importes armonizados y con la caracterización del negocio como contrato o como concesión.

Como vemos, son varios los problemas de mantener la CPP en Código italiano. El primero y principal, es la diferencia en la categoría del riesgo que se traslada. Aunque esto, si identificamos riesgo de disponibilidad del SEC 2010, que caracteriza a las concesiones “frías” estrictas, con la CPP; el riesgo de demanda con las concesiones “calientes” y el de oferta o suministro con las concesiones calientes, templadas y “frías” no estrictas, puede resultar de ayuda para clarificar conceptos.

Por otro lado, debemos preguntarnos sobre su categoría jurídica, ya que, si esta queda indefinida, no sabremos cuál será la normativa europea que le resultará de aplicación. Tres posibles respuestas a esta pregunta<sup>875</sup>.

En primer lugar, considerar la Colaboración Público Privada como una categoría contractual y aplicar en consecuencia las disposiciones de la Directiva 24/2014/UE. Esta solución debe ser inmediatamente descartada, ya que, aunque en el caso de la CPP se hable de riesgo de disponibilidad y no de oferta, lo cierto es que para que nos encontremos ante esta figura, es requisito indispensable la transferencia del riesgo. Además, siendo la concesión la principal subcategoría de esta modalidad contractual, es obvio que no puede ser reconducida a la categoría de contrato.

Opcionalmente, podríamos situar a la CPP como subcategoría de las concesiones y no viceversa, como venimos justificando hasta el momento. Como éstas están indubitadamente sujetas a las disposiciones de la Directiva de Concesiones, a los contratos de CPP se les aplicaría en consecuencia este régimen. Sin embargo, dentro de la modalidad contractual de la CPP, hay contratos que no incluyen la gestión entre sus prestaciones típicas, que es una de las características de la concesión. En efecto, la remuneración del concesionario se basa en la explotación de la obra o servicio, que, en otras palabras, implica la gestión sometida a riesgo. Optar por esta segunda opción implicaría extender el concepto de concesión para incluir todas estas formas contractuales, que no incluyen la gestión. A pesar de que la actual definición de concesión incluye las “frías”, lo que supone una notable extensión, admitir como concesión,

---

<sup>875</sup> F. MATALUNI, R. MOTOLESE, A. RALLO, “Il Partenariato Pubblico Privato e le concessioni nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici: alcune proposte per miglioramento della disciplina vigente” en *Paper. L’attuazione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici: problemi, prospettive, verifiche* (dir.) G. FIDONE (grupo AEQUA).

figuras que no contemplan la gestión, sería desdibujar el concepto en exceso. No cabe por tanto reconducir la CPP a las disposiciones de la Directiva de Concesiones.

La tercera y última opción, sería mantener la CPP como categoría contractual autónoma, es decir, afirmar que no se trata, ni de contrato, ni de concesión. La CPP no se sujetaría ni a la Directiva de Contratos, ni a la de Concesiones (excepto cuando nos encontremos en la subcategoría dentro de la CPP de concesiones). Es el legislador italiano el que, dentro del respeto a los principios de contratación europeos, debe regular esta figura.

Es decir, la CPP se configuraría como contrato atípico en cuanto que, a excepción de las concesiones, no se encuentra regulado en las Directivas. Esto se refiere, tanto a las modalidades contractuales (por ejemplo *la locazione finanziaria, los contratti di disponibilità, il contraente generale*), como a los procedimientos de adjudicación. Lo que implica que al menos deberán respetar los principios de contratación comunitarios, lo que, como hemos visto en el caso de la *finanza di progetto*, no queda muy claro.

### **2.3. Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56<sup>876</sup>**

En este capítulo dedicado a Italia, debemos obligatoriamente detenernos a explicar, aun de manera somera, al menos uno de los Decretos correctivos, ya mencionado en el epígrafe anterior, por los cambios que ha provocado y que se anunciaba, tanto en la Ley de delegación, como en la ley de trasposición (rebautizada como Codice di 2016)<sup>877</sup>.

En cualquier caso, desde la promulgación del Código, se han aprobado ya ocho líneas guía del ANAC (cuya naturaleza todavía no aclara el decreto que vamos a estudiar), varios decretos ministeriales y un decreto del Presidente del Consejo de Ministros. A pesar de parecer una cifra elevada de disposiciones, no lo es tanto si atendemos al número previsto en el propio Código.

---

<sup>876</sup> Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Gazz. Uff. Serie Generale 5.5.2017. n. 22. Suppl. Ordinario.

<sup>877</sup> A pesar de que el Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n. 50. preveía ya la publicación de gran cantidad de Decretos correctivos y de líneas guía de la ANAC, hasta el momento sólo se han aprobado relativamente pocos textos legales de corrección e interpretación del mismo. Entre otros nos encontramos con el anuncio de corrección (*avviso di rettifica*) de julio de 2016. Esta modificación de la ley era, no obstante distinta de la que analizamos a continuación, ya que se limitaba a corregir errores formales, debidos principalmente a los breves plazos en la redacción del Código. En *Comunicato relativo al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante: «Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonche' per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture»*. (Decreto legislativo publicado nel Supplemento ordinario N. 10/L alla Gazzetta Ufficiale - Serie generale - n. 91 del 19 aprile 2016). Gazz. Uff. Serie Generale 15.07.2016. n.164

El decreto que estudiaremos en el epígrafe, es el *Decreto Legislativo número 56 de 19 de abril* que, en contra de numerosas propuestas que defendían que, el plazo de publicación de un año dado por la Ley de delegación era excesivamente corto para poder analizar los problemas que se derivaran del Código de 2016 y elaborar consecuentemente un texto que permitiera rectificarlos, se ha publicado finalmente, dentro del periodo por ella establecido<sup>878</sup>. Gran parte de la doctrina considera que esto ha llevado a que las novedades y correcciones se hayan insertado en un sistema todavía en formación, sin resolver sus problemas y complicándolo<sup>879</sup>.

Es de especial interés el informe de 140 páginas emitido por el Consejo de Estado el 22 de marzo de 2017, cuya emisión era necesaria para la aprobación del Decreto, en donde sugiere que el Parlamento prevea un periodo mínimo de dos años a partir del 19 de abril de 2017 para introducir nuevas correcciones al Código de 2016<sup>880</sup>. Lo que se pretende es evitar, como sucedió con el Código de 2006, un bucle continuo de reformas menores<sup>881</sup>.

Este correctivo tiene tres objetivos principales.

En primer lugar, corregir posibles incongruencias del primer texto del Código de 2016.

En segundo lugar, finalizar el Código en las partes de la ley de delegación sin desarrollar todavía por el Gobierno. Aquí debemos recalcar dos aspectos. Por una parte, el decreto no implementa algunas de las directrices dadas por la ley de delegación, con lo cual podríamos decir que el Gobierno ha perdido la posibilidad de regular al respecto; y por otra, su contenido es susceptible de litigiosidad en dos ámbitos: en el plano nacional, ya que excede del mandato dado por la Ley de delegación, caso del artículo 59 sobre selección del procedimiento y (añadido por el decreto, que también añade los apartados 1bis y 1ter) objeto del contrato; y en el plano europeo, por diferencias sustanciales respecto a las Directivas de 2014, cuyo ejemplo paradigmático es el tema de la subcontratación, regulada por el artículo 105, cuya modificación por el Decreto legislativo hace el recurso a esta figura todavía más gravoso si cabe, respecto a la anterior redacción.

---

<sup>878</sup> En particular era el artículo 1. 8 de la Ley de Delegación el que autorizaba al Gobierno a elaborar decretos correctivos.

<sup>879</sup> M.P. CHITI, "Le modifiche al Codice dei Contratti Pubblici: un "correttivo scorretto"? –Il commento", *Legge di Italia. Giornale Diritto Amministrativo*, 4, 453 (commento alla normativa). Wolters Kluwer 2017.

<sup>880</sup> Véase Adunanza della Commissione speciale del 22 marzo 2017. Numero Affare 00432/2017. Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Ufficio legislativo.

<sup>881</sup> *Il Consiglio di Stato ha reso il proprio parere sul Decreto Correttivo al Codice degli Appalti*. <http://www.appaltiamo.eu/2017/04/03/parere-cds-decreto-correttivo/> (Consultado el 13.12.2017)

Y finalmente, el decreto pretende modificar ciertas disposiciones en atención a la experiencia práctica del periodo, corrigiendo posibles errores. Es en este último punto, donde las críticas han sido más fuertes, ya que en el plazo de un año, poca experiencia práctica se ha podido tener de cara a hacer una valoración de los problemas reales del Código. Uno de los ejemplos que se pueden dar de este tercer objetivo es la modificación del régimen del “*soccorso istruttorio*”, que consiste en conceder al licitador un plazo de diez días para subsanar requisitos formales, ¡atención! tanto no esenciales como esenciales, siempre que no afecten a la oferta económica o técnica. La modificación principal se deriva del hecho que el Código de 2016 exigía el pago de una sanción y el Decreto elimina esta exigencia.

Una de las modificaciones, originadas en ese año de experiencia, que más nos interesan a efectos del tema tratado en la tesis, se encuentra en el apartado 6 del artículo 180 dedicado a los CPP, que en realidad ya hemos estudiado. El Código “original” advertía que, con el fin de alcanzar el equilibrio económico, era posible que al pago del canon por la Administración, se sumara una contribución pública (por ejemplo un derecho de uso de dominio público instrumental para la explotación) o una cesión de bienes inmuebles. El valor de esta contribución, sumada a posibles garantías o sistemas de financiación públicos, no podía superar el 30% de la inversión total. El decreto mantiene esta posibilidad, pero aumenta este porcentaje hasta un 49%.

La experiencia práctica ofrece una explicación a esta variación. Si en un contrato de estas características, a largo plazo y donde la incertidumbre es alta, a un operador económico se le ofrece una garantía o apoyo económico de la Administración interesada del 30% del valor total de su inversión, se mostrará relativamente interesado. Si ese porcentaje aumenta hasta un 49% se sentirá mucho más incentivado a licitar. Lo que pretende así el legislador italiano, es promover la utilización de la CPP y en particular de la *finanza di progetto*.

Además, y teniendo en cuenta que la CPP no es una figura contractual regulada a nivel europeo, con lo que los límites introducidos dependen exclusivamente del legislador italiano, parece una opción perfectamente válida. El único posible problema será justificar la efectiva transferencia del riesgo en este tipo de contratos que alcancen ese porcentaje del 49%. Pero esto, únicamente, si la Administración adjudicadora quiere otorgar una concesión que cumpla con la normativa europea.

En cualquier caso, diversos autores critican esta modificación efectuada por el Decreto, no por su falta de utilidad, sino porque el decreto se excede en sus competencias, incidiendo en el fondo de la regulación del Código y no sólo en integraciones y correcciones<sup>882</sup>.

### 3. Conclusión

De la evolución en la normativa italiana podemos destacar varias cosas.

En primer lugar, el interesante método utilizado ya desde 2006 en la trasposición de las Directivas: es indudable que la delegación que hace el Parlamento al Gobierno en forma de ley, con una serie de mandatos para trasponer y reunificar la legislación acelera el proceso, permitiendo cumplir con los plazos europeos. Además, permite que sea un reducido grupo de expertos los que elaboren la normativa, logrando introducir mejoras técnicas respecto a la regulación anterior, pero contando con el necesario y constitucional apoyo parlamentario.

Dicho lo cual, no podemos evitar detallar una serie de debilidades, con ánimo de crítica constructiva.

En primer lugar, la ley de delegación se complica en cada cambio normativo: de un limitado número de mandatos, con un objetivo bastante más asequible en 2006, pasamos a una “verdadera” ley, con una ingente cantidad de requisitos, y que deja poco espacio al Gobierno (lo que no tiene por qué ser necesariamente malo, a excepción de la parte técnica), pero con un objetivo en exceso ambicioso, teniendo en cuenta los breves plazos. En efecto, refundir y unificar toda la legislación anterior, además de trasponer la cuarta generación de Directivas de Contratación no es tarea sencilla, ni que se pueda llevar a cabo, correctamente, en el breve plazo que dispuso la *Legge di Delega*. Detalle que se aprecia en la cantidad de reglamentos correctivos y líneas guía que ya preveía el Código de 2016 original.

Además, el Gobierno por un lado, se excede en las potestades delegadas en determinados apartados, tanto a nivel interno italiano, como a nivel de la UE, lo que dará lugar a litigiosidad; y por otro, deja determinadas materias en las que se le otorgó competencia sin regular. Lo que quiere decir que el Código no las contemplará, ya que no pueden introducirse vía reglamento.

Este primer punto, en cuanto a la formalidad y el método de trasposición.

---

<sup>882</sup> M.P. CHITI, “Le modifiche al Codice dei Contratti Pubblici: un “correttivo scorretto”? –Il commento”, *Giornale Diritto Amministrativo*, 4, 453 (commento alla normativa). Wolters Kluweb. 2017

En cuanto al contenido, simplemente resumir y destacar los aspectos más importantes ya comentados en profundidad, en particular el tema del riesgo de oferta y el controvertido riesgo de disponibilidad, relacionado con la figura de la Colaboración Público Privada.

El legislador italiano hace una categorización de la figura de concesiones que, aunque comparta las características de la concesión europea en muchos aspectos, y sea muy útil en términos explicativos, sólo se cumple en su integridad a nivel interno. Nos referimos a las concesiones calientes, frías y templadas.

Las concesiones “*calientes*” no son problemáticas, porque se identifican con el negocio concesional que ya conocemos y la transferencia del riesgo de demanda es indiscutible. Las concesiones “*templadas*” sólo resultarán problemáticas en la medida en que el pago del precio pueda eliminar la efectiva transferencia del riesgo operacional.

El problema son las concesiones “*frías*”, en particular las estrictas. Además del discutido hecho de si efectivamente se entiende transferido un “riesgo incontrolable” en el caso de que la Administración concedente sea usuaria final y se sepa ya de antemano cuánto y cómo va a consumir, el problema más grave a nuestro juicio, es que se relaciona este tipo de concesión con la figura de la Colaboración Público Privada, lo que lleva a seguir manteniendo en el texto del Código, el riesgo de disponibilidad, tal y como viene definido en el SEC.

Nada tenemos que decir a la corrección técnica de la elección hecha por el legislador italiano. En primer lugar, porque no es competencia exclusiva del legislador europeo definir el elenco de tipos contractuales. Pero, además, porque el riesgo de disponibilidad concebido en el SEC es perfectamente válido para explicar ese tipo de concesiones. El problema se plantea pues a la hora de conjugar este riesgo, con el operacional de las Directivas, así como con la figura de la CPP, que ni siquiera existe como negocio contractual en instrumentos legislativos.

Desde un punto de vista de clasificación, el legislador italiano hace un gran trabajo, resultando muy clarificador en cuanto a los tipos de concesiones en función el riesgo transferido. Pero creemos que la regulación que se hace de la CPP, en relación con la concesión, no resulta muy esclarecedora, pues no queda determinado si una es categoría de la otra, cuál es el régimen supletorio, y que sucede con las CPP que superen los umbrales comunitarios. ¿Se considerarán contratos o concesiones?

La conclusión a este análisis pormenorizado de la legislación italiana en materia de contratos, es que, de cara al gestor, es positivo que toda la normativa se encuentre en un único texto legal. El problema es que ésta es la realidad teórica y no la práctica, ya que, como hemos visto, las líneas guía del ANAC se multiplican como panes y peces, con el perjuicio añadido de

que, no es más que *a posteriori* cuando se sabe si son vinculantes o no. Caos e inseguridad jurídica a partes iguales.

Sí que es cierto que al legislador italiano no se le puede acusar de poco didáctico. Pero al igual que el español, hace una regulación excesivamente reglamentista en ocasiones, olvidando, sorprendentemente, incluir explicaciones más pormenorizadas en otras.





## CAPÍTULO IX. ALEMANIA

### 1. Introducción

La contratación pública en Alemania supone 461,7 mil millones anuales, es decir un 15,2% de su PIB, del cual un 30% corresponde a los municipios (Kommunen), un 41% a las regiones (Länder) y un 16% al Estado Federal (Bund)<sup>883</sup>. Es, como manifiestan las cifras, un ámbito de gran importancia, tal y como sucede en todos los países de la UE, que en la actualidad se regula en la cuarta parte de la ley contra las restricciones a la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB: Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen*) en los artículos 97 a 184, y en seis reglamentos: el reglamento sobre la adjudicación de contratos públicos (*Vergabeverordnung – VgV*), el reglamento sobre la adjudicación de contratos públicos en sectores especiales (*Sektorenverordnung – SektVO*), el reglamento de contratación en el sector de la defensa y seguridad (*Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit – VSVgV*), el reglamento sobre la adjudicación de concesiones (*Konzessionsvergabeverordnung – KonzVgV*), el reglamento de estadística sobre la adjudicación de contratos públicos y concesiones (*Vergabestatistikverordnung – VergStatVO*) y el reglamento sobre precios en contratos públicos (*PreisVO*).

Aunque pueda parecer un fenómeno relativamente nuevo, ya en el siglo XIX existía una regulación en cuanto a las condiciones de licitación. No obstante, es en el año 1914, cuando se publica el primer proyecto de ley de pliegos generales de contratación, que no obstante fracasó, debido a la situación política y a la resistencia de los representantes de la Administración que estaban acostumbrados a reglas autónomas. De ahí que, el Parlamento (Reichstag) rechazara en 1921 una renovada propuesta de regulación de la contratación y propusiera, en cambio, la creación de una comisión de contratación (con participación de ministerios y sector privado), que en 1926 presentó el texto del Pliego de Condiciones Generales de la Contratación estatal en obras (*Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – VOB*) y en 1936 el Pliego de Condiciones Generales de la Contratación estatal en servicios (*Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – VOL*). A estos, se añadió en 1997, el Pliego de Condiciones Generales de la Contratación estatal en servicios profesionales (*Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen – VOF*).

Estos pliegos y la tradicional participación privada en la regulación de la contratación, se mantuvieron con ligeras alteraciones hasta 2009, año en que sufrieron modificaciones

---

<sup>883</sup> Datos de 2015. Public Procurement Indicators 2015. DG GROW G4 - Innovative and e-Procurement. December 19, 2016.

profundas. De hecho, en ese año, se les dio al trío de *Verdingungsordnungen*, su segunda denominación: *Vergabe- (und Vertrags)ordnung*, y se añadió, tanto al *VOB*, como al *VOL* una parte B<sup>884</sup>. La reforma de 2016 que fue también especialmente incisiva, conserva, no obstante, estos pliegos en obras (para todas las cuantías) y en servicios, bajo los umbrales comunitarios, derogando el *VOF*.

Únicamente bajo el amparo del derecho presupuestario y de las correspondientes leyes de presupuestos (régimen normativo que se sigue manteniendo para contratos de importe no armonizado), se hizo realidad la obligación de la licitación pública, pero este derecho y su normativa no otorgaban ningún derecho subjetivo a los participantes, ni ninguna tutela judicial o posibilidad de recurso.

Debido a estas carencias y para adaptarse a las exigencias de Directivas de contratación de la UE, el legislador se vio obligado a modificar su normativa de contratación a partir de los años 70, introduciendo entre otros, el concepto de poder adjudicador, aunque sin redactar disposiciones materiales de contratación.

Para trasponer las directivas *88/295/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1988, por la que se modifica la Directiva 77/62/CEE de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro y por la que se derogan determinadas disposiciones de la Directiva 80/767/CEE y la 89/440/CEE del Consejo, de 18 de julio de 1989, que modifica la Directiva 71/305/CEE sobre coordinación de los procedimientos de celebración de los contratos públicos de obra*, se articuló una solución a través de derecho presupuestario<sup>885</sup>. Así entró en vigor el 1 de enero de 1994, la *segunda Ley de modificación de la Ley sobre Principios Presupuestarios (Zweites Gesetz zur Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes)*<sup>886</sup>.

---

<sup>884</sup> Tanto el *VOB* como el *VOL* se dividen en dos partes: La A que contiene reglas sobre la adjudicación y que a su vez regula en una primera parte contratos de importe no armonizado y en una segunda contratos dentro del ámbito de aplicación de las Directivas. Y la parte B que regula las condiciones de ejecución de los contratos que vayan a celebrarse. Aunque ambos reglamentos tienen parte A y B, el *VOB* tiene también una parte C.

<sup>885</sup> Véase *Directiva 88/295/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1988, por la que se modifica la Directiva 77/62/CEE de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro y por la que se derogan determinadas disposiciones de la Directiva 80/767/CEE*. DOUE L 127, 20.5.1988. Págs. 1–14 y la *Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18 de julio de 1989, que modifica la Directiva 71/305/CEE sobre coordinación de los procedimientos de celebración de los contratos públicos de obra*. DOUE L 210, 21.7.1989. Págs. 1–21, respectivamente.

<sup>886</sup> *Zweites Gesetz zur Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes*. Bundesgesetzblatt, Jahrgang 1993, Teil I. S. 1928.

Sin embargo, esta forma de trasponer las Directivas europeas fue criticada por la Comisión Europea, que interpuso un recurso ante el TJUE, el cual dictó una sentencia condenando a Alemania<sup>887</sup>.

Basándose en esta *segunda Ley de modificación de la Ley sobre Principios Presupuestarios*, el Gobierno federal elaboró además, un reglamento sobre la adjudicación de contratos públicos (*Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge o Vergabeverordnung*) y otro sobre el procedimiento de revisión y control (*Nachprüfungsverordnung*<sup>888</sup>). Este último trasponía la *Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras*, pero, en vez de proporcionar una protección judicial efectiva, remitía a los licitadores a un procedimiento de revisión ante órganos administrativos, lo que fue muy criticado<sup>889</sup>. Muy criticado fue también, que no se había previsto ningún medio para que un licitador pudiera evitar una adjudicación, lo cual es un requisito básico a tenor de la jurisprudencia europea de un sistema de recursos y de una tutela judicial efectiva.

Es ya a partir de 1998, cuando el derecho de la contratación pública alemán comienza un desarrollo complejo, debido como acabamos de ver, a la necesidad de trasponer a legislación nacional los requisitos de las Directivas de Contratación de la UE, que por aquel entonces, sólo tenían un objetivo de armonización mínimo. No obstante lo cual, el impacto en la legislación alemana fue importante ya que, por una parte, al introducirse los umbrales comunitarios se

---

<sup>887</sup> Al conferir derechos subjetivos a los particulares, la adaptación de las Directivas al derecho nacional debe hacerse a través de disposiciones legales que permitan a éstos conocer sus derechos para poder ejercerlos frente a los órganos jurisdiccionales nacionales. Como en Alemania la trasposición se hizo a través de la ley y los reglamentos, pero el mayor peso de la trasposición de las directivas 88/295/CEE y 89/440/CEE recayó en los *Verdingungsordnungen* que se elaboran con participación de los comités alemanes de contratación pública, que son instituciones privadas que no forman parte de la Administración Pública, la Comisión argumentó que son normas de procedimiento puramente privadas, que no obligan a los órganos de contratación. Así no tienen la condición de norma jurídica y no generan ningún derecho subjetivo para los particulares ajenos a la administración.

Por el contrario, el TJUE afirmó que en la adaptación del Derecho interno puede valer el contexto jurídico general, si garantiza la aplicación efectiva de la Directiva, no siendo necesaria una disposición legal expresa y específica. Finalmente la condena a Alemania se debió no a la forma o insuficiencia de la trasposición, sino a la falta de trasposición en plazo.

STJUE de 11 de agosto de 1995 (C-433/93 Comisión-Alemania) ECLI:EU:C:1995:263.

<sup>888</sup> *Nachprüfungsverordnung*. Bundesgesetzblatt, Jahrgang 1994, Teil I. S. 324.

<sup>889</sup> *Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras*. DOUE L 395, 30.12.1989. Págs. 33–35.

produjo una división en dos categorías de contratos hasta entonces desconocida, y por otra, los contratos que superaban estos importes se veían sometidos a una regulación hasta entonces inexistente, porque hasta ese momento su preparación y adjudicación, además de a los pliegos de contratación mencionados, se sometía a las leyes presupuestarias de Estado Federal y de las respectivas regiones.

Para llevar a cabo la trasposición, el legislador propuso elaborar una nueva ley, integrando la legislación de contratación en la ley sobre restricciones de la competencia, a través de la ley de modificación de la legislación de contratación pública (*Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz o VgRÄG)*), de 26 de agosto de 1998, dando lugar a una nueva redacción de la Ley contra las restricciones a la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB*)<sup>890</sup>. Así, desde 1998, se regula conjuntamente en Alemania el derecho de la contratación pública y el derecho de la competencia (*Kartellvergaberecht*), debido a que cualquier adquisición hecha por un poder adjudicador, va a tener un impacto en la competencia del sector donde se lleve a cabo, lo que queda legitimado por la satisfacción del interés general.

Esta ley de modificación de la legislación de contratación pública, que es la base de la actual regulación, tenía como ámbito objetivo los contratos situados por encima de los umbrales comunitarios. Estas cuantías separaron en dos categorías los contratos en Alemania, siéndoles de aplicación a los que las superaran los artículos 97 y siguientes de la ley contra las restricciones a la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) y diversos reglamentos de desarrollo. Es en esta versión de la *GWB*, donde se recogen las garantías de los derechos individuales de los licitadores, incluyendo el acceso a un procedimiento de revisión en una tutela efectiva en dos instancias, la primera, de carácter administrativo y la segunda, de carácter judicial.

Los contratos que no alcanzaban estos umbrales, se regían por las leyes presupuestarias del Estado (*Bund*), las regiones (*Ländern*) y las entidades locales y ayuntamientos (*Kommunen*), además de determinados preceptos del VOB y del VOL.

Esta normativa se vio completada en 2001 por el reglamento sobre la adjudicación de contratos públicos (*Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge – Vergabeverordnung o VgV*) y en 2005 por la ley para la implementación y agilización de la Colaboración Público Privada (*Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur*

---

<sup>890</sup>Véase *Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz – VgRÄG)*. Bundesgesetzblatt Teil I. Nr. 59. 02.09.1998.

*Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften u ÖPP-Beschleunigungsgesetz*)<sup>891</sup>.

Ya en 2004, el tercer paquete de Directivas de Contratación, obligó a una reforma en dos niveles del derecho de contratación alemán, en la que se prestó especial cuidado en evitar el *gold plating*.

En un primer escalón se modificó mínimamente el reglamento *VgV*, que se remitía a los más detallados pliegos de Condiciones Generales de la Contratación (*Vergabe- und Vertragsordnung* o en la actualidad *Verdingungsordnung*), lo que hemos llamado *VOB* y *VOL*.

El segundo escalón, que consistía en la modificación legislativa, no se llevó a cabo en el plazo fijado, dando lugar al efecto directo de las Directivas, efecto, por otra parte, harto conocido en España y que hemos vivido recientemente a raíz de la no-trasposición del cuarto paquete de Directivas de Contratación. Los alemanes han aprendido, y como veremos, en esta última generación de Directivas, han actuado de manera que, ley y reglamentos en sus nuevas versiones modificadas, entraran en vigor el mismo 18 de abril de 2016.

Volviendo a Alemania y a las Directivas de 2004, este efecto dejó de tener lugar con la entrada en vigor de la ley de modernización del derecho de la contratación (*Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz o VergRModG)* de 20 de abril de 2009 que trasponía las Directivas, aunque también introdujo novedades que no se recogían en éstas.

El siguiente paso fue la reforma de la normativa de rango inferior a la ley, en particular, en sectores especiales. Así, los apartados 3 y 4 del *VOL/A* y del *VOB/A* (los pliegos de contratación) se trasladaron al *SektVO* de 23 de septiembre de 2009.

El plazo de transposición de la *Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE*<sup>892</sup> tampoco se respetó, publicándose finalmente el 7 de diciembre de

---

<sup>891</sup> Véase *Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften u ÖPP-Beschleunigungsgesetz*. Bundesgesetzblatt Teil I. Nr. 56. 07.09.2005.

<sup>892</sup> *Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE*. DOUE L 216/76, 20.8.2009. Págs. 76–136.

2011, la ley de modificación del derecho de contratación en el ámbito de la Defensa y la Seguridad (*Gesetz zur Änderung des Vergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit* o *VS-VgRÄndG*), completada con el reglamento de contratación en el sector de la defensa y seguridad (*Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit* o *VSVgV*), que introdujo modificaciones a la *GWB*<sup>893</sup>.

Este era el marco normativo hasta la llegada de las Directivas de Contratación de 2014, traspuestas a legislación nacional, a través de la ley de modernización del derecho de la contratación (*Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts* o *VergRModG*) y su respectivo reglamento de modernización del Derecho de Contratación (*Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts* o *VergRModVO*), ambos de 2016, que regulan los procedimientos de contratación de servicios y suministros, mientras que los contratos de obras se encuentran (por remisión estática expresa del *VgV*) en la segunda parte del *VOB/A* (que se llamará *VOB/A-EU*)<sup>894</sup>. Así, por primera vez en Alemania, se estructura la normativa de contratación en dos escalones, ley y reglamento, manteniéndose la estructura en cascada, típicamente alemana, sólo en el caso de la construcción.

En el tema que nos ocupa y como ya sabemos, la regulación a nivel europeo de las concesiones de servicios, al contrario que las de obras, que ya se incluían en la tercera generación de Directivas de Contratación, es toda una novedad, a pesar de que, con anterioridad, ya tenían un gran impacto en la práctica. En Alemania, como en España, su inclusión también ha supuesto un cambio importante.

Así, mientras que en este país, las concesiones de obras se enmarcan en proyectos de inversión, las de servicios se dan en todo tipo de ámbitos y niveles. De hecho, como en España, el potencial de estas concesiones se encuentra en el ámbito municipal (los más importantes y activos poderes adjudicadores en este campo son las entidades locales) que son competentes en la organización y gestión, directa o indirecta, de gran cantidad de servicios públicos. En particular el transporte público urbano, la gestión de los residuos, de los recursos hídricos, de las aguas residuales y alcantarillado, a lo que se añaden los comedores escolares, los aparcamientos públicos y el servicio de salvamento.

---

<sup>893</sup> Véase *Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit - VSVgV*. Bundesgesetzblatt Teil I. S. 2570. 7.12.2011.

<sup>894</sup> *Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz - VergRModG)* Bundesgesetzblatt Teil I. 2016. Nr. 8. 23.02.2016 y *Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (VergRModVO)* Bundesgesetzblatt Teil I. 2016. Nr. 16. 14.04.2016.

En este tipo de contrato, siempre que se supere el umbral comunitario de 5.548.000 euros (que recordemos se actualiza cada dos años), se regulan por la ley contra las restricciones a la competencia (*GWB - Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), cuyas disposiciones en materia de concesiones se concretan en el reglamento sobre la adjudicación de concesiones (*KonzVgV – Konzessionsvergabeverordnung. Verordnung über die Vergabe von Konzessionen*)<sup>895</sup>.

A continuación haremos un estudio sistemático de ambas normativas.

## 2. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen<sup>896</sup>

Dentro de la *GWB* hay artículos que se refieren a todos los contratos armonizados, y que son, por tanto, de aplicación a concesiones: artículo 101 y 105 a 112. Y otro apartado (*Unterabschnitt 3: Vergabe von Konzessionen*) que comprende los artículos 148 a 154, referidos únicamente a concesiones de importe comunitario. Estos artículos son los que se concretan en el *KonzVgV*.

Respecto a los artículos “generales”, el artículo **101** determina quienes pueden adjudicar concesiones, es decir, el ámbito de aplicación subjetivo, diferenciando entre tres tipos de entidades adjudicadoras.

En primer lugar, las entidades adjudicadoras concedentes fuera de sectores especiales, entre las que se encuentran las entidades territoriales, fondos de inversión, como por ejemplo, los fondos que se establecieron durante la crisis, como el “*Finanzmarktstabilisierungsfond*” o en el ámbito de la seguridad social, el “*Gesundheitsfond*”, que en Alemania son órganos administrativos sin capacidad jurídica, que en cambio, sí tienen autonomía organizativa y financiera<sup>897</sup>.

---

<sup>895</sup> Para profundizar en la normativa de contratación pública alemana, véase M. BURGI, M. DREHER. *Beck'scher Vergaberechtskommentar. Band 1: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB - 4. Teil* 3. Auflage 2017. C.H.BECK München ISBN 978-3-406-69951-1.

<sup>896</sup> Véase *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB*. Bundesgesetzblatt Teil I. S. 1750- 3245. 26.06.2013.

<sup>897</sup> El Organismo Federal para la Estabilidad Financiera de los Mercados (*Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung - FMSA*) se creó en otoño de 2008 a raíz de la crisis financiera. Además de gestionar diversas participaciones del Fondo de Estabilización del Mercado Financiero, se encargó de recaudar el impuesto bancario para el Fondo de Reestructuración. A partir de 2016 se erigió como responsable del Fondo Único de Resolución. Entre 2015 y 2018, FMSA también actuó como autoridad nacional de liquidación. Bajo la dirección de la Junta de Resolución Única, gestionaba la los planes de liquidación y, de ser necesario, de resolución de los bancos domiciliados en Alemania. Véase <https://www.fmsa.de/de/> (consultado el 22.06.2018)

El Fondo de Salud (*Gesundheitsfonds*) fue creado el 1 de enero de 2009 por la Ley de refuerzo de la competencia (*GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz*). Este fondo recoge las contribuciones de los

Se incluyen aquí también las Iglesias y congregaciones religiosas de derecho público que, a pesar de la separación entre Estado e Iglesia, siempre que la contratación no verse sobre actividades religiosas y la congregación en cuestión actúe en el mundo económico, se verán obligadas a contratar siguiendo la *GWB*. Así mismo entidades con personalidad jurídica pública o privada, creadas con el objetivo de satisfacer intereses generales sin ánimo de lucro, siempre que se den los requisitos de control por una o varias (casos de control conjunto) entidades públicas (control financiero, de dirección o de control de los órganos de dirección). Es decir, lo que las Directivas definen como Poder Adjudicador, que se traspone de manera prácticamente literal en el tercer apartado de este mismo artículo.

En este sentido, es de interés la STJUE de 10 de noviembre de 1998, que afirma que, *“el hecho de que haya competencia no basta para excluir la posibilidad de que un organismo financiado o controlado por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico”*<sup>898</sup>.

Es decir, para determinar que un Poder Adjudicador lo es, hay que atender a la actividad que realiza, y al objetivo que persigue<sup>899</sup>.

También es de aplicación a concesiones otorgadas por asociaciones con personalidad jurídica (si no, no podrían contratar), cuyos miembros sean entidades públicas o entidades con personalidad jurídica pública o privada bajo control público. En este caso, de acuerdo con la jurisprudencia europea, bastaría para aplicar derecho de contratación, que un solo miembro de la misma sea un poder adjudicador. Ejemplos de estas asociaciones en Alemania son la *Bundesvereinigung Deutscher Apothekerverbände* y las *Kommunales Zweckverband*, de gran importancia, ya que suponen la unión de Ayuntamientos, municipios y otras entidades territoriales para prestar servicios públicos, como suministro de agua y recogida de basuras<sup>900</sup>.

En segundo lugar, las entidades adjudicadoras concedente en sectores especiales. Dentro de estas entidades se encuentran aquellas que, en el ámbito de la electricidad, del gas y la

---

empresarios, organismos de seguridad social, aseguradoras y contribuciones estatales. Véase <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/gesundheitsfonds.html> (consultado el 22.06.2018)

<sup>898</sup> STJUE de 10 de noviembre de 1998 (C-360/96 BFI Holding BV) ECLI:EU:C:1998:525.

<sup>899</sup> En cuanto a qué se debe considerar poder adjudicador, véase J. M. GIMENO FELIU, “Ser o no ser poder adjudicador. ¡Esa no es la cuestión!” en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2017* (dir.) J.M. GIMENO FELIU, M.C. DE GUERRERO MANSO, Thomson Reuters. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2018. ISBN: 978-84-13-08277-6.

<sup>900</sup> La Asociación Federal de Asociaciones Farmacéuticas Alemanas (*Bundesvereinigung Deutscher Apothekerverbände – ABDA*) representa los intereses de la profesión farmacéutica en la política y la sociedad y tiene como objetivo el suministro uniforme y de calidad de medicamentos en toda Alemania. Véase <https://www.abda.de/> (consultado el 22.06.2018)



calefacción, los transportes, puertos y aeropuertos y los combustibles fósiles, adjudiquen concesiones. Pero se excluye expresamente el sector del agua.

Esta exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva de Concesiones, y por ende de la *GWB*, parte de la Iniciativa Ciudadana Europea “*el agua es un Derecho Humano*” y es justificada por la Comisión en el hecho de que, la concesión de servicios de agua en cada país, se ve sometida a complejas y muy diferentes regulaciones y en el derecho fundamental al agua como bien público de los ciudadanos de la UE<sup>901</sup>. Esta exclusión fue especialmente defendida por Alemania, que tomó parte significativa en la Iniciativa, ya que en este país, el suministro de agua potable se suele prestar a través de concesiones a asociaciones que en muchos casos están sometidas en su totalidad al control público. La inclusión en la Directiva provocaba el temor, infundado a nuestro parecer, porque la competencia seguiría en manos de las entidades locales, cambiando únicamente el modo de gestión, de que estas entidades perderían la competencia y su capacidad de autogobierno, así como que provocaría restricciones a los encargos a medios propios y a la cooperación entre municipios y que sería necesario llevar a cabo profundas modificaciones estructurales. Es decir, se consideraba un instrumento para su privatización encubierta<sup>902</sup>.

Por último, el artículo se refiere a las entidades adjudicadoras concedentes con personalidad jurídica privada, en sectores especiales, en base a derechos especiales o exclusivos otorgados por un poder público, o sobre las que una o varias entidades públicas ejerzan una influencia dominante, siempre que deban adjudicar una concesión en ese ámbito. Estos derechos especiales o exclusivos se recogen en el apartado dos de este artículo 101 y suponen que estas entidades actúan prestando servicios de sectores especiales en un mercado cerrado o de difícil acceso, gracias a una autorización concedida sin seguir un procedimiento competitivo.

Esta clasificación es importante porque se aplicarán reglas diferentes en cuanto al procedimiento, selección de candidatos y de oferta, etc.

La diferencia principal respecto a España, aparte de que como vemos, no se hace una distinción entre Poder Adjudicador Administración Pública y Poder Adjudicador no

---

<sup>901</sup> Véase <http://www.right2water.eu/es> (consultado el 14.03.2017)

<sup>902</sup> O. KRUSE, “Transposition of the Directive 2014/23/EU with regard to services concessions in Germany”, en libro col. *SERVICE CONCESSIONS IN THE EU. A comparative study of the transposition of Directive 2014/23 on the award of concession contracts into national law.* (dir.) X. LAZO VITORIA, A.I. PEIRÓ BAQUEDANO. Thomson Reuters. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2018, págs. 126-129. ISBN: 978-84-9177-230-9

Administración Pública, es que en España, contratos y concesiones se separan en dos leyes diferentes, en función de si la contratación se da en el ámbito de sectores especiales o no, mientras que en Alemania, la ley *GWB* recoge los principios básicos para todo tipo de contrato, concretándose después en los tres reglamentos que hemos visto: *VgV* para contratos públicos, *SektVO* para contratos en sectores especiales y *KonzVO* para concesiones de obras y servicios que alcancen los umbrales comunitarios.

En cuanto al ámbito de aplicación objetivo de la *GWB*, se recoge en los artículos 105 y siguientes de la *GWB*. Este artículo **105 *Konzessionen***, es clave en la materia, ya que traspone al pie de la letra el artículo 5 de la Directiva de Concesiones, proporcionando una definición de las mismas, al tiempo que delimita el ámbito objetivo de aplicación. Como ya sabemos, con la entrada en vigor de la Directiva de Concesiones, las concesiones de servicios, no así las de obras que se incluyen ya desde la reforma de 1989, se encuentran por primera vez dentro del ámbito de aplicación del Derecho Europeo de la Contratación<sup>903</sup>.

El artículo define las concesiones de obras y de servicios, delimitando estas últimas de manera negativa, es decir, lo que no son concesiones de obra, son concesiones de servicio<sup>904</sup>. Así, la única diferencia entre concesiones de obras y de servicios es la prestación a que se obliga el concesionario.

Ejemplos de concesión de obras en Alemania serían el proyecto Warnow-Querung en Rostock de 1996, que desde 2003, une el norte de la bahía de Rostock con un túnel entre Schmarl y Krummendorf<sup>905</sup>; el proyecto Trave-Querung, por el que se inauguró un túnel de 866 metros (*Herrentunnel*) entre Lübeck y Travemünde el 26 de agosto de 2005<sup>906</sup>; el proyecto de aeropuerto de Berlin-Schönefeld<sup>907</sup>, que tras diversos retrasos e impugnaciones ante tribunales, debería comprender ya el tráfico, tanto del aeropuerto de Tempelhof (cerrado en octubre de 2008), como el del aeropuerto de Tegel (principal aeropuerto de Berlín en la actualidad), y la

---

<sup>903</sup> La Comisión propuso en el borrador de Directiva distinguir entre concesiones de obra y concesiones de obra pública, propuesta que no salió adelante.

<sup>904</sup> „*Konzessionen sind entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen 2. mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen nach Nummer 1 bestehen (Dienstleistungskonzessionen); dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung*“.

<sup>905</sup> Véase <http://warnowtunnel.de/> (consultado el 22.06.2018)

<sup>906</sup> Véase [https://www.aestuver.de/de/docs/AE\\_objekt\\_herrentunnel.pdf](https://www.aestuver.de/de/docs/AE_objekt_herrentunnel.pdf) y <https://www.oepplattform.de/projekt Datenbank/herrentunnel-in-lubeck-herrentunnel-lubeck-gmbh-co-kg-bilfinger-berger-project-investments-hochtief-ppp-solutions/> (consultadas el 22.06.2018)

<sup>907</sup> Véase <http://www.berlin-airport.de/en/company/index.php> (consultado el 22.06.2018)

rehabilitación del Olympiastadion<sup>908</sup> en Berlín, que llevó a cabo a partir del año 2000 la compañía Walter Bau-AG, a cambio de lo cual recibía, junto con el equipo de fútbol de la ciudad, el Hertha BSC, un 37,45% de la nueva compañía gestora del estadio, quedando el restante 25,1% en manos del municipio.

En cuanto a concesiones de suministro, no aparecen recogidas como tales en las Directivas (y lógicamente tampoco en el GWB), aunque un ejemplo de las mismas sería el suministro de marquesinas de autobús, donde el contratista/concesionario obtuviera su remuneración a través de sus espacios publicitarios. Lógicamente, al no definirse ni incluirse expresamente en la GWB, este tipo de contratos no se someten a la legislación de contratación.

El apartado dos del artículo contempla expresamente la limitación temporal de las concesiones y la necesaria transferencia del riesgo operativo, que es lo que diferencia a los contratos de las concesiones, dando dos condiciones cumulativas. Esta sí que es una novedad de la reforma de 2016 porque hasta este momento, la normativa alemana de contratación no incluía la transferencia de riesgo como un requisito de las concesiones de obras, que en realidad no estaba codificado como tal a nivel europeo, siendo tan sólo una exigencia de la jurisprudencia del TJUE.

Este concepto de riesgo operacional, que algunos autores identifican con el de tener que competir contra otros operadores en el mercado, es a tenor de la Directiva, más amplio. Incluye este riesgo de tener que competir contra otros operadores, pero también que la oferta no se ajuste a la demanda en cada momento, el impago de los usuarios, la no cobertura total de los costes con los ingresos o de costes inesperados por daños y perjuicios durante la prestación y gestión del servicio o infraestructura<sup>909</sup>.

Aunque la distinción entre concesiones y contratos públicos sea de vital importancia debido a que las primeras tienen un régimen más flexible de adjudicación y selección del contratista, a la vez que dan más libertad a los poderes adjudicadores, la *GWB*, como la Directiva y la legislación española, no determina el alcance de la transferencia del riesgo operacional, que es precisamente el elemento distintivo. Es la propia entidad concedente la que debe valorar y calcular el riesgo de prestar directamente el objeto de la concesión, ya que ni la *GWB*, ni el *KonzVgV* dan instrucciones concretas, para posteriormente comprobar en qué medida se trasfiere este riesgo al concesionario. Es decir, es necesario atender al caso concreto, pero con

---

<sup>908</sup> Véase <https://olympiastadion.berlin/en/history/> (consultado el 22.06.2018)

<sup>909</sup> Véase en este sentido la STJUE de 10 de noviembre de 2011 (C-348/10 Norma y Dekom) ECLI:EU:C:2011:721.

una interpretación restrictiva: en caso de duda acerca de si la transferencia de riesgo es suficiente, se deberá adjudicar un contrato de servicios y no una concesión de servicios. El propio TJUE sólo da criterios generales y deja los aspectos concretos a los tribunales nacionales<sup>910</sup>.

En este sentido las sentencias de los Tribunales Regionales de Apelación (*Oberlandesgericht*) y de los Tribunales Regionales Superiores de lo contencioso-administrativo (*Oberverwaltungsgericht*) ayudan a determinar si el riesgo operacional ha sido efectivamente trasladado o no.

Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Regional de Apelación de Düsseldorf del 7 de marzo de 2012, afirma que el contrato de recogida, transporte y reutilización de trapos y tejidos viejos es una concesión de servicios, ya que el concesionario, que debe establecer 81 contenedores en diferentes lugares prefijados y limpiarlos durante un plazo de 3 años, no recibe una contraprestación directa de la Administración contratante, sino que tiene el derecho de explotación (que implica el riesgo económico)<sup>911</sup>. Otro indicador de que se trata de una concesión, es que tiene capacidad de gestionar y dirigir el mismo el servicio, según sus propios criterios.

Si junto a la remuneración por la explotación, se contempla el pago de un precio, lo que es habitual en sectores donde sin este pago la recuperación de las inversiones y de un beneficio razonable sería imposible, o la concesión se extendería mucho en el tiempo, la sentencia del Tribunal Regional de Apelación de Karlsruhe del 13 julio de 2005, afirma que un pago decreciente que comenzaba en un 9% y se reducía hasta un 4% de los costes globales, permitía considerar transferido el riesgo operativo, más teniendo en cuenta que el contrato no contemplaba una posterior compensación en caso de déficit de la explotación<sup>912</sup>. Por el contrario, la sentencia del Tribunal Regional de Apelación de Düsseldorf del 21 de julio de 2010, consideraba que no se transfería suficientemente el riesgo operativo si el licitador sólo cubría un 36% de los costes globales de explotación, es decir, si la entidad contratante garantizaba el 64% de estos costes globales. Como vemos hay que estar al caso concreto, ya que si este pago elimina el riesgo operacional, nos encontramos ante un contrato y no ante una concesión, que en determinados casos puede entrar en conflicto con la prohibición de ayudas estatales del artículo 107 y siguientes del TFUE.

---

<sup>910</sup> Véase la STJUE (C-274/09 *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*) ECLI:EU:C:2011:130.

<sup>911</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.03.2012 - VII-Verg 78/11.

<sup>912</sup> OLG Karlsruhe, Beschluss vom 13.07.2005 - 6 W 35/05 (Verg).

La sentencia del Tribunal Regional Superior de lo contencioso-administrativo (*Oberverwaltungsgericht - OVG*) de Renania del Norte-Westfalia, del 7 de febrero de 2011, también negaba la transferencia del riesgo en un contrato de gestión de un centro de tiempo libre, en el que, a pesar de la remuneración de los terceros usuarios, el contratante se comprometía a reservar el centro para cuarenta eventos al año del poder adjudicador<sup>913</sup>. Esta reserva no era una opción del adjudicatario, y suponía una seguridad económica en la gestión y explotación del centro que eliminaba la transferencia del riesgo operacional.

Esta sentencia fue recurrida y resuelta en segunda instancia el 28 de marzo de 2012<sup>914</sup>. El OLG Düsseldorf afirma que sí se trata de una concesión porque los costes de gestionar el centro, los debe cubrir la demandada por el uso que hagan de sus instalaciones los terceros. Que la entidad adjudicadora se reserve algunas salas y pague por su uso, no elimina la transferencia del riesgo operacional al concesionario, ya que sólo supone un 10% de los costes globales<sup>915</sup>.

En el sentido de la sentencia del Tribunal Regional Superior de lo contencioso-administrativo (*Oberverwaltungsgericht - OVG*) de Renania del Norte-Westfalia, del 7 de febrero de 2011, se manifestaba, sin embargo la cámara de revisión VK Baden-Württemberg, el 25 de julio de 2012, estableciendo que una contribución del 26,47%, en ese caso concreto, eliminaba la transferencia del riesgo y por tanto, la existencia de una concesión<sup>916</sup>. El procedimiento se refería a un contrato de alquiler público de bicicletas, que la *Vergabekammer* califica como contrato de servicios, porque lo que caracteriza a una concesión de servicios (que en este momento no gozaban todavía de una definición propia en Alemania y debían contentarse con la jurisprudencia del TJUE), aparte del margen de maniobra de que dispone el concesionario en la gestión, es la transferencia del riesgo operacional, que debe estudiarse caso por caso, para lo cual son especialmente relevantes las condiciones del mercado, las cláusulas contractuales y en el caso particular, la *subvención/inversión* de 198.000€. Este pago de un precio no implica que no haya una concesión, pero si es muy elevado y supera ampliamente los beneficios que obtiene el adjudicatario por la explotación, elimina el riesgo económico y la posibilidad de que el contrato sea una concesión. Era también determinante que, por cláusula contractual, el

---

<sup>913</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 07.02.2011 - 15 E 1485/10.

<sup>914</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.03.2012 - VII-Verg 37/11.

<sup>915</sup> Y es por ello que el acceso al recurso en dos instancias no es admisible, siendo competente el *Landgericht* Dortmund.

<sup>916</sup> VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 25.07.2012 - 1 VK 20/12.

municipio se comprometía a no otorgar más concesiones de alquiler de bicicletas, eliminando la competencia en el mercado.

En general, de esta colección de sentencias podemos deducir que, una contribución de más del 50%, es decir, que la entidad adjudicataria cubra más del 50% de los costes totales, eliminará el riesgo operativo y por tanto la existencia de una concesión. También que, aunque el precio lo pague directamente el concedente y no un tercero, no implica que no nos encontremos ante un negocio concesional, siempre que el pago se haga depender de determinados parámetros cuyo cumplimiento se valoren automáticamente.

En cualquier caso, si existe la más mínima duda entre concesión o contrato, será preciso decantarse por éste último.

El artículo **106 Schwellenwerte** indica que se aplica la parte 4 del GWB a contratos, concesiones y concursos a los que se refiere el artículo 4 de la Directiva 2014/24/UE (Importes de los umbrales en contratos), el artículo 15 de la 2014/25/UE (Umbrales en sectores especiales), el artículo 8 de la Directiva 2009/81/CE (importes de los umbrales de los contratos en el sector de la defensa) y el artículo 8 de la Directiva 2014/23/UE (Umbrales y métodos de cálculo del valor estimado de las concesiones), cuyo valor estimado sin IVA, supere los importes<sup>917</sup>.

Interesante de este artículo es que, a diferencia de la legislación española e italiana, por ejemplo, el artículo no recoge ninguna cifra, sino que remite a la redacción vigente de las respectivas Directivas en el momento determinado<sup>918</sup>. Y decimos interesante, porque hasta el 15 de octubre de 2013, en Alemania había una cierta inseguridad jurídica derivada de que las modificaciones del importe de los umbrales a nivel europeo, no se trasladaban automáticamente a la legislación nacional, con lo que los gestores de la contratación pública debían estar atentos a estos cambios a nivel comunitario, para aplicar el régimen jurídico correcto a los contratos. A partir de esa fecha se hacía una remisión dinámica a las disposiciones

---

<sup>917</sup>En cuanto a concesiones, el mismo umbral viene establecido por la Directiva tanto para servicios como para obras, a diferencia de lo que ocurre en contratos que se distingue entre servicios, obras y suministros.

<sup>918</sup> Véase en este sentido el artículo 35 del D.Lgs. 18-4-2016 n. 50 Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Más conocido como Código de Contratos italiano.

europeas a través del VgV. No obstante lo dicho, esta inseguridad se subsanó antes en sectores especiales y en el ámbito de defensa y seguridad<sup>919</sup>.

Como vemos en este artículo 106, en la actualidad esa remisión dinámica se hace al referirse a las respectivas directivas en su forma vigente en el momento. De todas maneras, y por motivos de publicidad, el Ministerio de economía y Energía (BMWí) debe dar a conocer los nuevos umbrales una vez publicados en el DOUE, en el Boletín Federal alemán.

Aparte de la inclusión del umbral de concesiones, directamente derivado de la Directiva 2014/23/UE, en conexión con esta remisión dinámica a las directivas a través de la ley, nos encontramos con otra novedad de la última reforma de derecho de contratación y de competencia alemán de 2016: la “legalización” de la regulación de los umbrales de contratos, que pasan de estar reguladas en reglamentos (*Vergabeverordnung aF, Sektorenverordnung aF y Verteidigung und Sicherheit Verordnung*), a regularse en la ley GWB.

En Alemania, alcanzar estos umbrales implica la aplicación de procedimientos del derecho de la contratación y de la competencia, es decir, la cuarta parte de la GWB, y su sistema de recursos.

En contratos no sujetos a regulación armonizada, no es de aplicación la GWB y los respectivos reglamentos, sino que es preciso guiarse por la ley de presupuestos del Estado y de las respectivas regiones. En cuanto al sistema de garantías y de protección, los licitadores podrán apelar a las cuatro libertades básicas comunitarias y al derecho constitucional alemán. En este sentido se manifiesta el Tribunal Constitucional alemán en su sentencia del 13 de junio de 2006, donde afirma que el legislador alemán no está obligado a ofrecer la misma seguridad jurídica y garantías por encima y por debajo de los umbrales comunitarios, y que esta diferencia, no supone una violación de la igualdad ante la ley del artículo 3.1 de la Constitución alemana, ni del acceso a la tutela judicial efectiva en caso de vulneración de sus derechos por autoridad pública (porque la decisión de adjudicación no supone ejercer el poder público en el sentido del artículo 19.4 de la Constitución alemana)<sup>920</sup>. Como justificación de esta aparente arbitrariedad legislativa, se apoyó en las circunstancias objetivas de la utilización racional y económica de los recursos públicos y en la protección (a su juicio suficiente), que ofrecen las normas de derecho civil en los contratos que no son de interés comunitario<sup>921</sup>.

---

<sup>919</sup> El 23 de septiembre de 2009 y el 12 de julio de 2012, respectivamente.

<sup>920</sup> Beschluss Az. 1 BvR 1160/03 BverfG 13. Juni 2006.

<sup>921</sup> Desde esta decisión del Tribunal Constitucional del 13 de junio de 2006 parece que los principios constitucionales se aplican, sobre todo, en el sentido de evitar la arbitrariedad en la contratación pública.

Dentro de los artículos generales del GWB, aplicables a todo tipo de contratos, nos encontramos las excepciones a su aplicación. La ley introduce exclusiones generales (*107 - Allgemeine Ausnahmen* y *108 - Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit*), referidas tanto a contratos como a concesiones, y excepciones concretas (*110 - Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, die verschiedene Leistungen zum Gegenstand haben*, *111 - Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, deren Teile unterschiedlichen rechtlichen Regelungen unterliegen* y *112 - Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, die verschiedene Tätigkeiten umfassen*) que se refieren exclusivamente a las concesiones.

En primer lugar, el artículo **107 Allgemeine Ausnahmen** recoge las exclusiones que hacen las Directivas de Contratación. Son las excepciones generales a la aplicación de la GWB, tanto en contratos, como en concesiones: servicios de arbitraje; adquisición, alquiler de terrenos o bienes inmuebles y derechos sobre ellos; contratos de trabajo; servicios en situación de catástrofes, de protección civil prestados por organizaciones sin ánimo de lucro o asociaciones (siempre que se hallen bajo alguno de los códigos determinados del *Common Procurement Vocabulary* y con la excepción del servicio de ambulancias siempre que se trate al paciente, excepción que también se recoge a nivel comunitario. Tampoco se exceptúan los servicios de emergencia y salvamento).

Tampoco se emplea la GWB en el caso de contratos que obliguen a revelar información contraria a los intereses esenciales de la seguridad del Estado, ni a contratos en el marco de aplicación del artículo 346 del TFUE.

El artículo **108 Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit**, que tiene gran importancia en Alemania (en particular en relación con las CPP) por su forma de organizar los servicios, excluye la aplicación del derecho de la contratación y de la competencia a los encargos a medios propios, explicando en que consiste el control unitario o conjunto de un medio propio, así como a los convenios entre Administraciones Públicas para prestar servicios de interés general. En su apartado ocho hace extensiva esta exclusión a las concesiones.

A continuación, el artículo **109 Ausnahmen für Vergaben auf der Grundlage internationaler Verfahrensregeln**, excluye los contratos y concesiones que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora deba adjudicar de acuerdo a procedimientos establecidos mediante instrumentos jurídicos que creen obligaciones de Derecho internacional, por una organización internacional o conforme a normas de contratación establecidas por una organización internacional o una institución financiera internacional, cuando las concesiones de que se trate estén financiadas íntegramente por esa organización o institución. Su inclusión en la GWB es



novedosa y deriva directamente de las Directivas de 2014. Su ámbito se extiende, no sólo a proyectos estatales, sino también a aquéllos de entidades territoriales inferiores.

Ejemplos de esto son proyectos conjuntos de construcción e infraestructuras, así como la extracción de materias primas. El proyecto debe ser concreto, porque si no, no se cumplen las condiciones que sirven para excluir la aplicación.

A tenor del artículo **110 Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, die verschiedene Leistungen zum Gegenstand haben**, los contratos y concesiones que incluyan varias prestaciones distintas (obra y servicios en concesiones, a lo que se añaden suministros en contratos), seguirán uno u otro régimen, en función de cual sea la prestación principal. En el caso de servicios especiales y servicios sociales junto a servicios, o en servicios junto a suministros, se atenderá a la prestación de mayor valor.

Atención porque en el caso que estudiamos en este artículo, es decir, contratos y concesiones con diferentes prestaciones que siguen una misma regulación, si el objeto de la prestación son suministros y servicios u obras, y los primeros son el objeto principal del contrato, no se podrá articular una concesión, sino sólo un contrato.

En cuanto a contratos y concesiones con diferentes partes que siguen una regulación diferente, el artículo **111 Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, deren Teile unterschiedlichen rechtlichen Regelungen unterliegen**, nos dice que si son objetivamente separables y se hacen diversos contratos, cada uno se regirá según sus disposiciones aplicables. Si se hace un único contrato cuando las diferentes partes son objetivamente separables, se dan diferentes posibilidades.

En primer lugar, puede excluirse la aplicación de esta parte cuarta del GWB si su ámbito objetivo se encuentra entre las exclusiones recogidas en el artículo 107.2, que se refiere a motivos de seguridad y al artículo 346 TFUE, por el que ningún Estado miembro estará obligado a facilitar información cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad y podrá adoptar medidas necesarias para garantizar esta seguridad (en cuanto a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra), siempre que no afecten a la competencia entre productos no militares en el mercado interior.

En segundo lugar, se pueden aplicar las disposiciones específicas de adjudicación en materia de defensa y seguridad, si una parte se somete a este régimen y la contratación conjunta está justificada en razones objetivas.

En tercer lugar, se declaran las disposiciones en materia de contratación en sectores especiales de obligada utilización, si la parte que a estos se refiere alcanza los importes

armonizados del artículo 15 de la Directiva 2014/25/UE. Lo mismo ocurrirá si la otra parte no es un contrato, sino una concesión.

En cuarto lugar, se utilizan las reglas de contratos cuando una parte se refiera a contrato y otra a concesión, y la primera alcance los importes armonizados.

Por último, se aplican las disposiciones de la cuarta parte de la GWB, cuando una parte se encuentre en su ámbito de aplicación y la otra parte no, independientemente del valor estimado de la parte no sometida a estas disposiciones, lo que parece tener el objetivo de extender al máximo el campo de aplicación de la GWB y los respectivos reglamentos. Podría también verse como un cajón de sastre para dar mayor regulación y seguridad jurídica, al incluir el mayor número posible de contratos mixtos bajo el “paraguas” de la regulación del GWB, más incisiva y con mayores garantías para el licitador.

Por otro lado, si las partes con diferente regulación no son objetivamente separables, el artículo da dos opciones diferentes.

La regla general es que el contrato seguirá las disposiciones del objeto principal del contrato. Si el contrato tiene elementos de una concesión de servicios y de un contrato de suministro, se atenderá al mayor valor estimado.

Sin embargo, puede adjudicarse el contrato sin seguir las disposiciones de esta parte de la GWB, o siguiendo las disposiciones de contratación en materia de defensa y seguridad, si una de las partes del objeto del contrato viene recogida entre las exclusiones del artículo 107.2, que como acabamos de explicar, se refiere a motivos de seguridad y al artículo 346 TFUE.

Por último, y a instancias de las Directivas de Contratación, el artículo exige que la adjudicación de un único contrato no se haga con la intención de evitar la aplicación de las disposiciones en materia de contratación.

La diferencia con respecto al artículo 110 anterior, que se refiere a distintos tipos de prestaciones en un mismo contrato, por ejemplo servicios y obras, es que en este caso hablamos de un mismo tipo de prestación, es decir, obras y obras. Un buen ejemplo lo encontramos en el considerando 29 de la Directiva de Concesiones: *“Esta necesidad justificada de celebrar un único contrato podría darse, por ejemplo, en el caso de la construcción de un único edificio, del que una parte vaya a ser utilizada directamente por el poder adjudicador interesado y otra parte vaya a ser aprovechada sobre la base de una concesión, por ejemplo para ofrecer al público plazas de aparcamiento. La necesidad de celebrar un único contrato puede deberse a motivos de índole tanto técnica como económica”*.

Por último, dentro de los artículos generales de la *GWB* aplicables a todo tipo de contratos, tenemos el **112 Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, die verschiedene Tätigkeiten umfassen**. Un contrato que incluya diferentes actividades, una de las cuales se encuadre dentro de sectores especiales, puede dividirse en tantos contratos como actividades (cada uno de los cuales se registrará según sus disposiciones), o adjudicarse mediante un único contrato (que se registrará según las disposiciones de la actividad principal).

Si se refiere a actividades de sectores especiales y a actividades en defensa y seguridad, puede excluirse la aplicación de esta parte del *GWB* o aplicarse las disposiciones en materia de defensa y seguridad (tal y como explica el artículo anterior, al que remite). Lo mismo ocurre si una concesión engloba varias actividades, una de las cuales se encuentra en el ámbito de aplicación de sectores especiales.

Si no se puede objetivamente determinar qué actividad es la principal, el contrato se somete a las disposiciones de adjudicación de contratos públicos, cuando la actividad principal se encuentre en su marco de aplicación y a las disposiciones en materia de contratos en sectores especiales, cuando una de las actividades se encuentren en su marco de aplicación y en el marco de aplicación de concesiones y no quepa aplicar las disposiciones de concesiones, ni de contratos públicos.

Si en concesiones no se puede objetivamente determinar qué actividad es la principal, se aplican, o bien las disposiciones en materia de concesiones de esta ley, atendiendo al sujeto que otorga la concesión según el artículo 101 (dando preferencia al sujeto del apartado 1: Administración pública, frente a los otros dos), o bien las disposiciones en materia de contratos públicos, si una de las actividades de la concesión se encuadra en su marco de aplicación. Se aplican, por último las disposiciones de concesiones si una de las actividades se encuentra en su ámbito de aplicación y el resto no se encuentran en el ámbito de aplicación ni de los contratos públicos, ni de sectores especiales.

Una vez analizados los artículos que se refieren a todos los contratos armonizados, estudiaremos aquellos referidos únicamente a concesiones de importe comunitario, recogidos en el *Unterabschnitt 3: Vergabe von Konzessionen* de la *GWB*, que comprende los artículos 148 a 154.

El artículo **148 Anwendungsbereich** hace que sea aplicable a las concesiones la *GWB*, basándose en el ámbito subjetivo. Es decir, el régimen de la *GWB* es el adecuado cuando un concedente en el sentido de esta ley, otorga una concesión.

En el artículo **149 *Besondere Ausnahmen*** se recogen las excepciones especiales que hace la propia Directiva de Concesiones<sup>922</sup>. Entre ellas, nos encontramos:

Las concesiones referidas a servicios jurídicos y de consultoría a nivel nacional e internacional, cuando el objetivo sea presentar una demanda o acudir ante un tribunal, cuya exclusión se introdujo a iniciativa del Parlamento Europeo. La justificación es que, en este caso, se trata de una función de confianza, en la que no cabe una selección competitiva

Las concesiones referidas a I+D+i que cumplan los requisitos de la Compra Pública Precomercial, exclusión que ya se encontraba en la propuesta de Directiva de la Comisión de Diciembre de 2011.

Las concesiones de servicios de comunicación audiovisual también se excluían en la propuesta de Directiva de la Comisión de Diciembre de 2011. Estos servicios se encuentran regulados en la *Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual* (Directiva de servicios de comunicación audiovisual)<sup>923</sup>.

Las concesiones de servicios relacionados con la compra venta de acciones y otros instrumentos financieros. Esta exclusión también se podía encontrar en la propuesta de Directiva de la Comisión de Diciembre de 2011. Así mismo se excluyen las concesiones de créditos y préstamos relacionados con compra y venta de acciones y otros instrumentos financieros.

Las concesiones otorgadas por entidades concedentes de sectores especiales, en el sentido del artículo 101 de esta misma ley, que determina lo que se entiende por poder adjudicador y por entidad adjudicadora en sectores especiales, que disfrutan de derecho exclusivos por ley o reglamento.

Las concesiones, exclusivamente de servicios y no de obras, que se otorguen a una empresa en base a derechos exclusivos relacionados con actividades en sectores especiales de

---

<sup>922</sup> De este artículo y en relación con las exclusiones que hacen las propias Directivas es interesante la idea que defiende BRACONNIER en cuanto a que en realidad son autorizaciones a los Estados para no incluir un sector de actividad, pero eso no quiere decir que la exclusión deba ser necesariamente traspuesta. Véase AJDA (2014), 832 (840); ders, JCP G 2014, 959 (967).

<sup>923</sup> *Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual*. DOUE L 95/1, 15.4.2010. Págs. 1-24.

las definidas en los apartados 2 a 6 del artículo 102. Es decir, electricidad, gas y calefacción, servicios de transporte, puertos y aeropuertos y combustibles fósiles, pero no el sector del agua. La concesión de este derecho exclusivo/autorización, basado en derecho nacional, debe ser compatible con éste y con el derecho de la UE<sup>924</sup>. Los poderes adjudicadores que otorguen estos derechos exclusivos a una empresa, deben comunicárselo a la Comisión Europea en el plazo de un mes. Esta exclusión se encontraba también en la propuesta de Directiva de la Comisión de Diciembre de 2011.

Las concesiones que se refieren a la preparación y gestión de redes de comunicación públicas cuando el adjudicador es una Administración Pública. La justificación es que estas redes son vitales para el desarrollo de la sociedad y los servicios públicos. Como la finalidad es facilitar la construcción de redes de comunicación, sin las constricciones de las reglas del derecho de contratación y de la competencia, el objeto principal de la concesión debe ser la construcción de estas infraestructuras y la prestación de servicios de comunicación. Si éste es sólo una prestación accesoria, la normativa de contratación es plenamente aplicable.

Las concesiones en el sector del agua, cuya exclusión se ampara en varios motivos, entre otros las muy diferentes y complejas regulaciones a las que se ven sometidas las concesiones de servicios de agua en cada país, las características especiales que presentan las estructuras de distribución de agua potable a nivel municipal, la necesidad de garantizar que las reglas de contratación pública no ponen en riesgo la calidad y condiciones del agua potable y en el derecho fundamental al agua como bien público de los ciudadanos de la UE. En cualquier caso, se siguen aplicando los principios del TFUE, siempre que el contrato tenga interés trasfronterizo.

Se trata de un ámbito muy controvertido políticamente y de hecho, aunque su exclusión completa no se contemplaba en la propuesta de Directiva de diciembre de 2011, la Iniciativa Ciudadana Europea “*el agua es un Derecho Humano*”, en la que participó especialmente Alemania, ya que en este país el suministro de agua potable se suele prestar a través de concesiones a asociaciones que en muchos casos están sometidas en su totalidad al control público, logró su exclusión expresa y total<sup>925</sup>. Como hemos comentado previamente, aparte de

---

<sup>924</sup> En el caso de las concesiones en el ámbito de la energía el legislador ha establecido un régimen especial con obligaciones legales de servicio en la ley de suministro de electricidad y gas. (*Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung. Energiewirtschaftsgesetz - EnWG*). Bundesgesetzblatt Teil I. S. 1970 – 3621. 7.07. 2005.

<sup>925</sup> La Iniciativa Ciudadana Europea “*el agua es un Derecho Humano*”, que justificaba la exclusión argumentando que “*el agua es un bien común fundamental para todos los ciudadanos Europeos*”, se ratificó por el alto nivel de participación que tuvo la recogida de firmas en contra de la privatización de los servicios del agua (1,7 millones de votos de ciudadanos europeos de 26 Estados Miembros). Véase <http://www.right2water.eu/es> (consultado el 14.03.2017).

los motivos aducidos por la Comisión, tras el rechazo a su inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva de Concesiones, se encontraba el temor a una privatización del suministro de agua potable, lo que sería cuanto menos dudoso, porque la competencia seguiría estando en manos públicas, sólo cambiaría la manera de gestionar.

Dentro de las concesiones en el sector del agua encontramos diversos tipos.

En primer lugar, aquéllas cuyo objeto principal es la construcción de infraestructuras y la gestión de redes de suministro de agua potable, donde se incluyen todos los niveles de la red de distribución, desde la extracción/obtención de agua potable, hasta su distribución a los usuarios finales.

En segundo lugar, nos encontramos con un listado cerrado y excluyente de actividades relacionadas con la construcción de redes de suministro de agua potable y su gestión, cuya concesión también está excluida. Estas actividades son, por un lado, las infraestructuras hidráulicas, sistemas de irrigación o drenaje siempre que el suministro de agua potable represente al menos un 20% del total; y por otro, la depuración y saneamiento de aguas residuales, sin establecer un porcentaje mínimo de agua potable, bastando cualquier tipo de relación/complementariedad.

En cualquier caso, la exclusión del ámbito de aplicación, que se extiende tanto a obras como a servicios, queda claramente limitada al agua potable. Incluso las actividades complementarias deben estar relacionadas, directa o indirectamente, con el agua potable.

Las concesiones de servicios de lotería adjudicadas por un Estado miembro a un operador económico sobre la base de un derecho exclusivo, sólo quedan excluidas si están comprendidas en el código CPV 92351100-7. Se introdujeron a iniciativa del Parlamento Europeo con el argumento de que los juegos de azar varían entre estados y es difícil establecer una normativa uniforme. Además, es un sector donde siguen existiendo los monopolios estatales.

Las concesiones otorgadas por entidades adjudicadores de sectores especiales, que pueden ser entidades públicas y personas físicas o jurídicas de derecho privado a los que, o bien

---

Las protestas en contra de la inclusión del suministro de agua dentro del ámbito de aplicación de la Directiva se debían a que se consideraba un instrumento para su privatización encubierta. La Comisión y el Parlamento atendieron a los representantes de la iniciativa *Right2Water* en febrero de 2014 y en Marzo de 2014 se hizo pública la Comunicación de la Comisión relativa a la Iniciativa Ciudadana Europea «El Derecho al agua y el saneamiento como derecho humano. ¡El agua no es un bien comercial sino un bien público!», donde la Comisión justifica la exclusión en el hecho de que la concesión de servicios de agua en cada país se ve sometida a complejas y muy diferentes regulaciones y en el derecho fundamental al agua como bien público de los ciudadanos de la UE. Véase <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014DC0177&from=EN>. (consultado el 19.03.2018).

una autoridad pública ha garantizado derechos exclusivos, o bien una o varias entidades adjudicadoras ejercen una influencia dominante, para el ejercicio de actividades en un tercer país, siempre que no se exploten redes o zonas geográficas de la UE.

Esta exclusión se encontraba ya en la propuesta de Directiva de la Comisión de Diciembre de 2011 y tiene mucha lógica si se piensa que lo que pretenden las Directivas de Contratación es abrir el mercado dentro de la UE, pero no fuera. Si el objeto de la concesión con países terceros utiliza redes o ámbitos geográficos, o tiene cualquier impacto en la UE, la exclusión ya no es admisible.

Por último, tampoco les resulta de aplicación la *GWB* y correlativos reglamentos a las concesiones de servicios de transporte aéreo basados en la concesión de una licencia de explotación en el sentido del *Reglamento (CE) Nº 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de septiembre de 2008 sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad*, o a las concesiones de servicios públicos de transporte de viajeros y en el sentido de la ley de transporte de personas (*Personenbeförderungsgesetz - PBefG*)<sup>926</sup>. Esta exclusión, referida al ámbito del transporte aéreo y de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera que cuenta con un régimen especial, se encontraba ya en la propuesta de Directiva de la Comisión de Diciembre de 2011.

Más excepciones, en el ámbito de defensa y seguridad, se recogen en el artículo **150** *Besondere Ausnahmen für die Vergabe von Konzessionen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit*.

Por otra parte, destacando por su brevedad, el artículo **151 Verfahren**, describe los rasgos básicos del procedimiento de adjudicación de las concesiones, tanto de obras como de servicios, que superen los umbrales comunitarios.

Insistimos en que se trata del procedimiento de adjudicación de concesiones, tanto de obras como de *servicios*. Antes del plazo de trasposición de la nueva Directiva de Concesiones, las concesiones de obras sí se regulaban en la *Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación*

---

<sup>926</sup> Véase respectivamente *Reglamento (CE) Nº 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de septiembre de 2008 sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad*. DOUE L 293, 31.10.2008. Págs. 3-20 y la *Personenbeförderungsgesetz - PBefG*. Bundesgesetzblatt Teil I. S. 1690. 8.08.1990. Véase también el *Reglamento (CE) Nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007 sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) Nº 1191/69 y (CEE) Nº 1107/70 del Consejo*. DOUE L 315, 3.12.2007. Págs. 1-13.

de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que en derecho alemán, tenía su reflejo en el artículo 22 *EG VOB/A aF*, pero no así las de servicios.

Según este artículo **22 *Baukonzessionen***, la adjudicación de una concesión de obras se debía dar a conocer con unos plazos mínimos de publicidad en el DOUE a través de una serie de medios de publicidad. De acuerdo al mismo, a las concesiones de obras les eran de aplicación las disposiciones de la primera parte del *VOB/A aF*. Junto a estas reglas, también les eran de aplicación, los principios de contratación regulados en el artículo 97 *GWB aF*, especialmente los de competencia, transparencia e igualdad de trato. Si superaban los umbrales comunitarios, a estos se añadían los principios de contratación del TFUE. Estos principios eran también obligatorios en el caso de concesiones de servicios que superaran dichos umbrales, a tenor de la jurisprudencia del TJUE. La transparencia quedaba garantizada a través de la obligación del concedente de dar a conocer su intención de adjudicar la concesión.

La novedosa Directiva de Concesiones, obliga expresamente a esta publicidad de las concesiones de importe armonizado, obligación que sólo se podrá excepcionar si está claro que no va a aumentar la concurrencia, como por ejemplo, si sólo hay un concesionario que pueda objetivamente prestar el servicio. A esta publicidad, se refiere la notificación de la intención de otorgar una concesión regulada en este artículo de la *GWB* y que se concreta en el artículo 19 del *KonzVgV*.

Sin embargo, el concedente puede evitar esta notificación si una ley lo permite. En este sentido, el artículo 20 del *KonzVgV* da una serie de casos tasados en que se autoriza la no publicidad: cuando sólo puede llevarse a cabo el objeto de la concesión por un concesionario determinado, porque se trate de una obra de arte o una prestación en este sentido, porque no pueda darse concurrencia por motivos técnicos, o porque existen derechos exclusivos. En estos casos, sólo es admisible si se demuestra que no hay ninguna alternativa razonable y disponible y que la falta de concurrencia no se debe a limitaciones artificiosas de los documentos de adjudicación de la concesión. Es decir, intencionalmente incluidos, con el fin de evitar la publicidad.

Como estudiaremos en el próximo epígrafe, la notificación se concreta en los artículos 20 y siguientes del *KonzVgV*. En concreto, el artículo 21 *KonzVgV* regula los anuncios de concesión que se deben publicar previamente a su adjudicación en el DOUE, así como los anuncios de modificación de la concesión; el artículo 22 se refiere a los anuncios de información previa que deben publicarse en el DOUE, si el objeto de la concesión son servicios sociales o servicios especiales y el artículo 23 estandariza la forma y modalidades de la notificación. Siguiendo los



plazos de contratos de importe armonizado, este anuncio a nivel nacional, sólo se puede hacer 48 horas después de que este anuncio ha sido publicado en el DOUE, y, únicamente, con los datos que se han publicado a nivel de la UE.

Por último, al respecto de la notificación, las entidades concedentes deben señalar a los potenciales licitadores las *Vergabekammer* (órgano administrativo que se dedica al proceso de revisión) que se dedican al proceso de revisión de sus decisiones<sup>927</sup>.

En cuanto al procedimiento de adjudicación en sí, la Directiva deja libertad para establecer el procedimiento de adjudicación, lo que queda reflejado en derecho alemán a través de este nuevo artículo 151 de la *GWB*, introducido a través de la ley de modernización del derecho de la contratación (*VergRModG*) y en vigor desde el 18 de abril de 2016<sup>928</sup>.

Este artículo establece que el procedimiento de licitación y concesión es libremente establecido por los concesionarios. Lo que ratifica también el artículo 12 del *KonzVgV*, que no obstante, permite al concedente, a modo de recomendación o propuesta, seguir un procedimiento similar al de adjudicación de contratos.

En cualquier caso, esta afirmación no puede tomarse al pie de la letra, porque puede llevar a pensar que el concedente sólo tiene obligación de notificar y de seguir los preceptos del *KonzVgV* en el procedimiento de adjudicación, cuando en realidad, también debe ajustarse a ciertos artículos de la *GWB*, como por ejemplo, los principios generales de la contratación consignados en los apartados 1,2, 3, 5 (destacamos el uso de medios electrónicos) y 6 del artículo 97, los requisitos de los procedimientos de adjudicación de concesiones del artículo 152 y otros artículos (fuera del capítulo de concesiones) al que nos remite el artículo 154 de ese capítulo (por ejemplo los arts. 123 a 126 que se refieren a los motivos facultativos de exclusión, las medidas de *self-cleaning* y los plazos de exclusión).

Además, este procedimiento no puede establecerse de manera que excluya la utilización de la cuarta parte de la *GWB* de manera artificiosa, ni de forma que favorezca o perjudique a potenciales licitadores.

---

<sup>927</sup> Y decimos *Vergabekammer*, porque recordemos, la *GWB* y consecuentemente el *KonzVgV*, sólo rigen las concesiones de importe armonizado, que tienen acceso a este sistema de recursos en dos instancias ante las *Vergabekammer* y los *Vergabesenate*.

<sup>928</sup> Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz - VergRModG) Bundesgesetzblatt Teil I. 2016. Nr. 8. 23.02.2016. Es a través de las modificaciones introducidas por esta ley en la *GWB*, que ésta pasa a regular la adjudicación de concesiones de obra y servicio que superen los umbrales comunitarios.

No obstante lo cual, también se teme en Alemania que, las entidades locales opten por concesiones en lugar de por contratos, para evitar la obligación de seguir un procedimiento preestablecido. Es más, al optar por un contrato concesional, al ser los umbrales de acceso al sistema de recursos contractuales más elevados, se “ahorran” procesos de revisión y potenciales suspensiones en la adjudicación.

El artículo **152 Anforderungen im Konzessionsvergabeverfahren**, recoge los requisitos de los procedimientos de adjudicación de concesiones. Que el procedimiento de adjudicación y, como ahora analizaremos, que los criterios de adjudicación sean menos estrictos que en contratos se debe a la transferencia del riesgo operativo al concesionario que requiere mayor margen de maniobra del poder adjudicador.

En primer lugar, en cuanto a las especificaciones técnicas y los pliegos de condiciones, el artículo, simplemente se remite al artículo 121 de la GWB, que los detalla en materia de contratos. Así, deben ser lo más claras y precisas posibles, neutrales, permitir el acceso universal y tener en cuenta a personas con capacidades disminuidas.

El artículo 15 del *KonzVgV*, las define más concretamente en cuanto a concesiones, pero si lo comparamos con el 31 del *VgV*, referido a contratos, éste último es mucho más específico, ya que el primero no da realmente ninguna norma respecto a la formulación de las características del objeto del contrato en las especificaciones técnicas y pliegos de condiciones.

En segundo lugar, el artículo 152 se refiere a los criterios de selección (regulados en detalle en los artículos **24 Rechtsform von Unternehmen und Bietergemeinschaften** y **25 Anforderungen an die Auswahl geeigneter Unternehmen; Eignungsleihe** de la *KonzVgV*) por los que las concesiones se otorgan a empresas que están capacitadas para llevar a cabo el objeto de la concesión. El artículo 152 remite directamente al 122 de contratos, pero con matizaciones, ya que por ejemplo, la información previa que se ofrece en la licitación de contratos, sólo se da en concesiones de servicios sociales y servicios especiales y no en el resto. De hecho, como ya hemos visto, la publicación de las concesiones tiene su propio régimen. Por otra parte, la “fiabilidad” del licitador se regula ahora a través de las exclusiones, a las que remite, no este artículo, sino el 154.

Por otra parte, la adjudicación se basa en criterios objetivos que garanticen una ventaja global. Estos criterios deben estar vinculados al objeto de la concesión y no dar una libertad ilimitada a la entidad concedente. El interés general vincula al concedente en la formulación de

los criterios de adjudicación (y en la selección del concesionario que mejor pueda cumplir la prestación)<sup>929</sup>.

Estos criterios, que pueden referirse también a condiciones cualitativas, sociales y ambientales, derivadas de la vertiente estratégica de la contratación pública, deben cumplir determinados requisitos formales. Entre otros, se deben dar a conocer antes de la licitación, bien en la notificación/anuncio obligatorio, bien en los pliegos de la licitación y por orden de importancia, orden que sólo se podrá alterar si aparece una oferta con condiciones innovadoras que el concedente no pudo prever. En este caso, el concedente tendrá que informar a todos los participantes y darles un plazo adecuado para adaptar sus ofertas<sup>930</sup>.

En cuanto a estos criterios de adjudicación (que deben permitir la comprobación y evaluación de la información proporcionada por los licitadores, así como si la oferta cumple con los criterios de adjudicación establecidos), sabemos que la Directiva prefiere que el precio no sea el criterio de adjudicación en concesiones. Una buena justificación podría encontrarse en que la contraprestación del contratista ya no es un precio a pagar por la administración, como en contratos, sino la remuneración por explotación. De ahí que se deban articular criterios que relacionen la calidad con el precio, o que busquen la eficiencia. En cualquier caso, si junto a la remuneración por explotación se contempla el pago de un precio o una subvención, uno de los criterios sí podría ser que este pago sea el mínimo posible. Es decir, se reciben más puntos si se reduce la cuantía del precio o de la subvención.

En otros términos, a la hora de adjudicar la concesión, la entidad concedente deberá tener en cuenta el *“beneficio global de la concesión”*, por el que se valoran todos los factores que añaden valor a la concesión desde su punto de vista, que pueden ser tanto económicos como cualitativos, sociales o medioambientales, pero sin permitir la arbitrariedad de dicho concedente.

En cuarto lugar, y en cuanto a las condiciones de ejecución, el artículo se remite a los artículos **128 Auftragsausführung** (que se refiere al cumplimiento de las obligaciones básicas en materia de impuestos, de trabajo y de seguridad social y a condiciones especiales de ejecución relacionadas con el objeto del contrato, que deben darse a conocer en el anuncio de licitación o en los documentos de la licitación) y **129 Zwingend zu berücksichtigende Ausführungsbedingungen** (sobre condiciones de ejecución de obligatorio cumplimiento) de

---

<sup>929</sup> Este interés general se contempla en el artículo 3.1 de la Constitución Federal alemana (*Grundgesetz – GG*) y en otras normas en determinados ámbitos.

<sup>930</sup> En cuanto a los criterios de adjudicación véase el artículo 17 del *KonzVgV*.

contratos<sup>931</sup>. La ejecución en concesiones es así idéntica a la ejecución en contratos. Además, el *KonzVgV* no da ninguna regla específica al respecto.

El siguiente artículo, **153 Vergabe von Konzessionen über soziale und andere besondere Dienstleistungen**, reenvía a los dos anteriores para la adjudicación de concesiones de servicios sociales y servicios especiales del Anexo IV de la Directiva de Concesiones. En particular en cuanto a las especificaciones técnicas, ya que los criterios de selección para la prestación de servicios sociales dependen especialmente de las leyes en la materia.

Este artículo se completa en cuanto a la notificación de concesión de servicios sociales y servicios especiales por el artículo 22 de la *KonzVgV* y debe interpretarse en línea con el artículo **130 Vergabe von öffentlichen Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen**, que se refiere a la adjudicación de contratos de servicios sociales y servicios especiales del Anexo XIV de la Directiva de Contratos (idéntico al anexo IV). Este artículo determina que procedimientos se pueden emplear en la adjudicación de contratos referidos a estos servicios y permite la adjudicación directa sin concurrencia en casos expresamente recogidos por ley. Además, se permite la modificación del contrato durante su ejecución sin que suponga adjudicación ilegal, si esta no supone más de un 20% del valor original de contrato.

El último artículo referido exclusivamente a concesiones de la *GWB*, **154 Sonstige anwendbare Vorschriften**, es una remisión un tanto caótica a diversos artículos de la misma ley en materia de adjudicación de contratos y de contratos en sectores especiales, ya que el legislador se quería evitar una doble trasposición en diferentes partes de la *GBW*.

Sus apartados 1, 5, 6 y 7 (las tres últimas completan las exclusiones del 149) se refieren al ámbito de aplicación; mientras que los 2, 3 y 4, a normas de procedimiento. De entre estos apartados, algunos se refieren a sectores especiales y otros no. Y todos son de aplicación en cuanto a concesiones de servicios sociales y servicios especiales se refiere.

En concesiones reservadas se hace una remisión directa y completa a la regulación de contratos reservados que hace el artículo 118, que guarda determinados contratos a empresas

---

<sup>931</sup> Este último artículo es un poco complejo de entender porque podría parecer que estas condiciones de ejecución sólo pueden establecerse por una ley estatal o regional, cuando en realidad lo que se afirma es que un poder adjudicador puede establecer condiciones especiales de ejecución, de acuerdo con el artículo 128, pero que a un concesionario pueden imponérsele también estas condiciones de ejecución por motivos políticos, siempre que sea a través de una ley. Además, los gobiernos nacionales y regionales pueden, a través de órdenes ministeriales, obligar a los poderes adjudicadores a introducir determinadas condiciones de ejecución.

cuyo objetivo sea la integración de personas desfavorecidas o discapacitadas y que cuenten con un mínimo del 30% de personas en estas circunstancias en su plantilla.

La siguiente remisión es a los artículos 123 a 126, referidos a motivos de exclusión obligatoria y facultativa de un licitador, medidas de *self-cleaning* y plazo de duración de las exclusiones. En una lectura atenta de estos artículos se constata que, aunque los legisladores nacionales tenían margen de maniobra en la trasposición, el legislador alemán ha seguido el modelo de las Directivas.

Con esta remisión se logra que los motivos de exclusión, tanto obligatorios como facultativos, sean los mismos en concesiones y en contratos. Este apartado recoge, no obstante, excepciones en situaciones especiales.

Las entidades concedentes privadas en sectores especiales, en los que determinadas empresas tienen permisos para operar, pueden, pero no deben obligatoriamente excluir por motivos obligatorios. Es decir, las exclusiones obligatorias se convierten en facultativas por la necesidad de satisfacer los intereses generales.

En paralelo a la exclusión que se recoge en el artículo **147 *Sonstige anwendbare Vorschriften*** de contratos, en concesiones del ámbito de la defensa y seguridad, se puede excluir a un licitador si no da pruebas de fiabilidad y puede suponer un riesgo para la seguridad nacional, ya que es un ámbito muy sensible.

La siguiente remisión del artículo 154 es a los artículos **131 *Vergabe von öffentlichen Aufträgen über Personenverkehrsleistungen im Eisenbahnverkehr*** y **132 *Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit***, referidos, respectivamente, a los encargos a medios propios en transporte de personas por ferrocarril que se rigen por el *Reglamento (CE) Nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007 sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) nº 1191/69 y (CEE) nº 1107/70 del Consejo* y a las modificaciones contractuales durante la ejecución con matizaciones, como por ejemplo, que los límites establecidos en el artículo 132 para modificar un contrato, no se pueden trasladar a concesiones de sectores especiales (art. 102 apartados 2 a 6), donde la variación del precio puede alcanzar el 50%, independientemente de si este porcentaje se alcanza en una o sucesivas modificaciones. Tampoco afecta a concesiones en el sector del agua, que quedan excluidas de la aplicación del régimen de concesiones a tenor del artículo 149.9, que ya hemos estudiado.

En el caso de concesiones, tanto de servicios como de obras, que no se encuadren en sectores especiales, las modificaciones durante la ejecución del contrato se permiten si no

alteran el carácter global de contrato y el valor de la modificación no supera los umbrales comunitarios, ni el 10 % y el 15% del valor del contrato original en servicios y en obras, respectivamente. Estos requisitos se mantienen para modificaciones sucesivas. Además, estos porcentajes no se pueden superar con estas modificaciones sucesivas.

Sí que se permiten hacer modificaciones en las concesiones, incluso superando esos valores y alterando la naturaleza global de contrato en determinadas circunstancias especiales, que coinciden con los recogidos en el artículo 43 de la Directiva de Concesiones, es decir, cuando las modificaciones estuvieran ya previstas en la documentación inicial de la concesión, en cláusulas de revisión claras (siempre que no se altere el carácter global de la concesión); cuando son necesarios obras o servicios adicionales que no estuvieran incluidos en la concesión original, siempre que un cambio de concesionario no sea factible por razones económicas o técnicas y produzca inconvenientes relevantes o un aumento importante de los costes; que la modificación se deba a circunstancias que el poder adjudicador, actuando diligentemente, no pudo prever (siempre que no se altere el carácter global de la concesión), o bien que un nuevo concesionario sustituya al inicial porque así estaba establecido en los documentos de licitación, por la sucesión del concesionario inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, o porque la entidad adjudicadora asuma las obligaciones del concesionario principal frente a sus subcontratistas. En cualquier caso, es preciso hacer un anuncio de la modificación en el DOUE.

Por otra parte, la rescisión de la concesión sólo es posible si una modificación (de las arriba mencionadas) es sustancial y exige una nueva licitación. También, si en el momento de la adjudicación se daba uno de los motivos obligatorios de exclusión de los apartados 1 a 4 del artículo 123. Si se rescinde la concesión, el concesionario tendrá derecho a una compensación, para garantizar que se mantiene el equilibrio entre las partes, y a daños y perjuicios.

En cuanto a la rescisión, el artículo 154 se remite a los artículos 133 a 135, referidos a la rescisión de contratos públicos en casos excepcionales; la obligación de información, es decir, explicar al licitador porque no se ha seleccionado su oferta, y de espera (*stand still*) de 15 días, antes de la formalización. Son aplicables para todo tipo de concesiones, es decir, servicios, obras, sectores especiales y defensa y seguridad.

Sobre la información previa y el plazo de espera (*stand still*) de 15 días, debemos volver a reincidir en la particularidad que suponen las excepciones de publicación permitidas por la Directiva de Concesiones<sup>932</sup>. En cualquier caso, la ineficacia de los contratos que se adjudican sin

---

<sup>932</sup> Véase el artículo 20 de la *KonzVgV*.

seguir las disposiciones del artículo 134 (de información y plazo de espera), son trasladables a concesiones. Sería el caso en que no se notifique la intención de otorgar una concesión cuando a tenor del artículo 20 *KonzVgV* deba hacerse tal anuncio de licitación porque la concesión no se encuentre en ninguna de sus excepciones.

Por otra parte, tal y como explica el artículo 138 al que remite el 154, no se aplica la *GWB* en concesiones con empresas vinculadas en sectores especiales. Es lo que se conoce como *Konzernprivileg* y se refiere a actividades, como gestión de personal y contabilidad, que se pueden prestar en el marco de un grupo de empresas y que no tienen efecto frente a terceros, así como a actividades especiales que se refieren al *know-how* del grupo empresarial. En caso de que varias empresas del grupo se dediquen a actividades similares, se sumará el total de su volumen de negocios para ver si cabe la excepción o no.

La exclusión en concesiones es más limitada que en contratos, ya que no incluye a las entidades adjudicadoras públicas que no se encuentran en el ámbito de los sectores especiales. Sí que se encuentran incluidos estos mismos poderes adjudicadores que actúen en sectores especiales, así como las personas naturales o jurídicas de derecho privado en estos sectores. La excepción sólo cabe, si la actividad principal de la empresa vinculada (por lo menos el 80% del volumen de negocios) es para el poder adjudicador en sectores especiales (o para el grupo empresarial) durante un periodo de tres años y dentro de la UE. De nuevo se excluye el sector del agua a través del artículo 149.9<sup>933</sup>.

Así mismo, quedan excepcionadas las concesiones con empresas en participación, también conocidas como *joint venture*. El artículo **139 *Besondere Ausnahme für die Vergabe durch oder an ein Gemeinschaftsunternehmen*** (aunque referido en principio a contratos) aclara que no se aplica la *GWB* en contratos de sectores especiales a (y de) empresas fundadas por más de una entidad adjudicadora (sin límite máximo de participantes, pero con un número mínimo de dos), bajo determinadas condiciones<sup>934</sup>. En concreto, la empresa ha debido ser creada para actuar en este mercado durante al menos 3 años, lo que debe aparecer en su disposición de creación y durante ese plazo será propiedad de los poderes adjudicadores creadores. Lo que quiere decir que el cambio de un poder adjudicador por otro (uno entrante y otro saliente) en la empresa, conlleva la pérdida del privilegio porque supone una distorsión de la competencia.

---

<sup>933</sup> Al respecto es importante aclarar que los encargos a medios propios se regulan diferenciadamente y sus requisitos son más exigentes.

<sup>934</sup> Es importante tener en cuenta que la excepción incluye tanto a contratos de las entidades participantes a la empresa creada, como de esta a alguna de las entidades participantes.

En otros términos, siempre que se cumplan estos dos requisitos cumulativos, y de acuerdo con el derecho europeo, la participación privada sólo está permitida en sectores especiales de los definidos en los apartados 2 a 6 del artículo 102: electricidad, gas y calefacción, servicios de transporte, puertos y aeropuertos y combustibles fósiles, excluyendo el sector del agua a través del artículo 149.9.

En cuanto a la empresa creada no se le exige ninguna forma legal concreta. Únicamente, que sea legalmente autónoma y que su objeto sea desarrollar actividades en sectores especiales. Si además de estas, lleva a cabo otras, decae el privilegio.

Como en el caso de las concesiones con empresas vinculadas, el ámbito subjetivo de aplicación no incluye a las entidades adjudicadoras públicas que no se encuentran en el ámbito de los sectores especiales. Sí que se encuentran incluidos estos mismos poderes adjudicadores que actúen en sectores especiales, así como las personas naturales o jurídicas de derecho privado en estos sectores.

La diferencia es que en el 138, un poder adjudicador de sectores especiales adjudicaba contratos a empresas a él vinculadas, hay una relación de superioridad o jerarquía, y en el presente caso, se excluyen de la aplicación de la *GWB* las concesiones entre poderes adjudicadores de sectores especiales que se encuentran al mismo nivel. Es decir, hablamos de cooperación<sup>935</sup>.

La concreta forma de cooperación es irrelevante. Además, es indiferente el control por parte de la entidad pública y el porcentaje de actividad en el mercado, a diferencia de las empresas vinculadas del apartado anterior, en el que, un 80% del volumen de negocio de la empresa vinculada en los últimos tres años, debe ser al servicio del poder adjudicador concedente en sectores especiales o de empresas a él vinculadas.

Sí que se exige en cambio, que el objeto social de la empresa pertenezca a los mencionados sectores especiales y que el objetivo de su creación sea actuar prestando servicios dentro en estos sectores durante un período mínimo de tres años.

Por último, el artículo **140 *Besondere Ausnahme für unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzte Tätigkeiten***, al que nos remite el apartado 7 del artículo 154, excluye de la aplicación de la cuarta parte de la *GWB*, a contratos de entidades públicas o privadas en el ámbito de sectores especiales, si las actividades concretas dentro del sector, se encuentran ya

---

<sup>935</sup> Es necesario precisar que estos dos apartados 5 y 6 del artículo 154 no regulan las excepciones de encargos a medios propios, que no se encuentran reguladas en el artículo 108 (referido tanto a concesiones como a contratos).



sometidas a la competencia. Para hacer esta valoración hay que tener en cuenta el mercado relevante y su ámbito geográfico, así como la actividad en cuestión. Además, la Comisión debe confirmar que esta actividad se encuentra sometida al mercado. En cualquier caso, este artículo no se refiere al sector del agua.

En cuanto a los recursos que se pueden interponer en los procedimientos de adjudicación de concesiones, es preciso aclarar que a raíz de la trasposición de la Directiva de Concesiones, ya no solo las concesiones de obras que superen los umbrales comunitarios tienen acceso al sistema de recurso ante las *Vergabekammer* (que se articula en dos instancias), sino también, las concesiones de servicios. Sin embargo, por debajo de estos importes, el licitador que considere que se ha visto perjudicado seguirá teniendo que acudir ante los tribunales ordinarios<sup>936</sup>.

En resumen, sucede en Alemania lo mismo que en España. Es decir, las disposiciones de su ley de contratos y de competencia que son de aplicación a concesiones, aunque con una clara orientación hacia la publicidad y la transparencia, son menos estrictas que en el caso de contratos, dando más margen de maniobra al poder adjudicador. Ejemplos que hemos visto, son los criterios de adjudicación y la carencia de un número determinado y cerrado de procedimientos de adjudicación. Como en España, se teme en Alemania que estas mayores facilidades y libertades lleven a las entidades locales a optar por este tipo contractual, incluso en casos en que lo correcto desde un punto de vista legal y también económico, sería licitar un contrato de servicios.

### **3. Verordnung über die Vergabe von Konzessionen – Konzessionsvergabeverordnung<sup>937</sup>**

Mediante este reglamento del 12 de abril de 2016, que se divide en cuatro partes: Disposiciones generales y comunicación, procedimiento de adjudicación, ejecución de la concesión y disposiciones transitorias y finales, se traspone a legislación nacional alemana la Directiva de Concesiones.

---

<sup>936</sup> O. KRUSE, “Transposition of the Directive 2014/23/EU with regard to services concessions in Germany”, en libro col. *SERVICE CONCESSIONS IN THE EU. A comparative study of the transposition of Directive 2014/23 on the award of concession contracts into national law.* (dir.) X. LAZO VITORIA, A.I. PEIRÓ BAQUEDANO. Thomson Reuters. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2018, pág. 147. ISBN: 978-84-9177-230-9

<sup>937</sup> Véase *Verordnung über die Vergabe von Konzessionen – Konzessionsvergabeverordnung*. Bundesgesetzblatt Teil I. S. 624 – 683. 12.04.2016.

En este apartado nos dedicaremos a su estudio sistemático, para lo que es preciso tener en cuenta que hablamos siempre de concesiones de obras y servicios que superan los umbrales comunitarios, lo que tiene especial trascendencia en cuanto a los anuncios que han de enviarse a la Comisión Europea.

El artículo **1 *Gegenstand und Anwendungsbereich Abschnitt 1. Allgemeine Bestimmungen und Kommunikation*** de la primera parte, determina el ámbito de aplicación del reglamento y su objeto, que no es otro que, desarrollar la parte cuarta de la *GWB*.

De esta primera parte, nos interesan especialmente los artículos **2 *Berechnung des geschätzten Vertragswerts*** y **3 *Laufzeit von Konzessionen***, referidos al cálculo del valor de una concesión y a la duración de la misma respectivamente. Ambos son una copia prácticamente literal de los artículos 8 y 18 de la Directiva 2014/23/UE.

El método de cálculo de valor debe ser objetivo y no debe fijarse con la intención de excluir la concesión del ámbito de aplicación de la *GWB*, y por ende, de este reglamento. En este sentido, si se pueden adjudicar distintos lotes y su valor acumulado alcanza el umbral comunitario, se aplicará el *KonzVgV* en la adjudicación de cada lote.

El valor de la concesión será el volumen de negocios total de la empresa concesionaria generados durante la duración del contrato, excluido el IVA, en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, así como de los suministros relacionados con las obras y los servicios. En esta estimación y atendiendo al caso concreto, la entidad adjudicadora tendrá especialmente en cuenta (lo que quiere decir que el artículo no es una lista cerrada) el valor de cualquier tipo de opción y las eventuales prórrogas de la duración de la concesión; la renta procedente del pago de tasas y multas por los usuarios de las obras o servicios, distintas de las recaudadas en nombre del poder adjudicador o entidad adjudicadora; los pagos o ventajas financieras al concesionario efectuados por el poder o la entidad adjudicadores o por otra autoridad pública, incluida la compensación por el cumplimiento de una obligación de servicio público y subvenciones a la inversión pública; el valor de los subsidios o ventajas financieras procedentes de terceros a cambio de la ejecución de la concesión; la renta de la venta de cualquier activo que forme parte de la concesión; el valor de todos los suministros y servicios que los poderes o entidades adjudicadores pongan a disposición del concesionario, siempre que sean necesarios para la ejecución de las obras o la prestación de servicios; y las primas o pagos a los candidatos o licitadores<sup>938</sup>.

---

<sup>938</sup> Si acudimos al artículo 8.3 de la directiva, veremos que es una reproducción exacta del mismo.

El momento de la estimación es la publicación del anuncio de concesión o, cuando no sea obligatoria la publicación, cuando comience el procedimiento de adjudicación. Puede utilizarse el valor estimado en el momento de la adjudicación si este supera en más de un 20 % al del momento de la publicación o inicio del procedimiento.

En cuanto al plazo de duración de las concesiones, resulta cuanto menos interesante que la ley no diga absolutamente nada al respecto, dejándolo en manos de un reglamento. Como ya sabemos, las concesiones serán de duración limitada y será la entidad adjudicadora la que calculará su término en función de las obras o los servicios solicitados.

En cualquier caso, si se prevé que vaya a exceder de cinco años, el plazo no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos. Las inversiones que se tengan en cuenta a efectos del cálculo incluirán, tanto las inversiones iniciales, como las realizadas durante la vida de la concesión. Es claro que hasta este punto nos encontramos con una trasposición inalterada de la Directiva. No obstante, el reglamento alemán añade que en determinados tipos de concesiones, el concedente puede establecer determinados gastos de inversión y rentabilidades medias, siempre que las especialidades de dichas concesiones lo justifiquen.

Por lo demás, esta primera parte se refiere también a la confidencialidad que debe mantener la entidad adjudicadora, ya que, a no ser que esté autorizado por el reglamento u otras disposiciones legales, no puede comunicar información transmitida por las empresas y señalada por éstas como confidencial. Además, debe garantizar la integridad de los datos, tanto en su transmisión, como en su conservación. Por otra parte, puede imponer requisitos relativos a la política de privacidad y de protección de datos a los licitadores durante el procedimiento.

El reglamento también define lo que es un conflicto de intereses en el sentido del artículo 25 de la Directiva de Concesiones y explica cómo evitarlo en el procedimiento de adjudicación, así como determinadas situaciones en las que se presupone que existe dicho conflicto<sup>939</sup>.

Por otra parte, el procedimiento de adjudicación debe ser documentado por el poder adjudicador desde sus inicios. Entre la documentación, se incluyen las comunicaciones con las

---

<sup>939</sup> Un conflicto de intereses es “cualquier situación en la que los miembros del personal del poder o entidad adjudicador que participen en el desarrollo del procedimiento de adjudicación de una concesión o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o particular que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de adjudicación de la concesión”.

empresas participantes, las asesorías internas, la preparación del anuncio de concesión, los documentos de licitación, la apertura de las solicitudes de participación (por ejemplo si se hace un procedimiento similar al restringido o al negociado) y de las ofertas, las negociaciones con los licitadores, así como las razones de selección de la oferta más ventajosa.

Además, el concedente debe elaborar un informe escrito sobre cada procedimiento de adjudicación, con una información mínima que consiste en, el nombre y domicilio del concedente, así como el objeto y valor estimado de la concesión; el nombre de los candidatos seleccionados y los motivos de su selección; las solicitudes de participación y ofertas descartadas y la causa; el nombre del licitador ganador y la razón por la que se selecciona su oferta; la parte de la concesión que este licitador pretende subcontratar si se conoce, así como los nombres de los subcontratistas; los motivos por los que la entidad concedente renuncia a la adjudicación; si se utilizan medios que no sean electrónicos, las razones que lo justifican (lo que a *sensu contrario* significa que la adjudicación en concesiones también se debe llevar a cabo a través de medios electrónicos, a no ser que haya razones que justifiquen su no utilización), e informaciones sobre conflictos de intereses detectados y medidas correctivas aplicadas.

Todos estos documentos se deben conservar hasta la conclusión del plazo del contrato y, como mínimo, hasta tres años después de la adjudicación.

El artículo **7 *Grundsätze der Kommunikation*** del *KonzVgV*, recoge los principios de la comunicación. En principio, la recepción, envío, transmisión y almacenamiento de datos debe hacerse a través de medios electrónicos, que deben cumplir determinados requisitos de seguridad e interoperabilidad. Además, garantizarán la hora y día de recepción de las solicitudes de participación y ofertas, que no se puede acceder a los datos antes de plazo, que sólo los autorizados tienen acceso a los mismos y que sólo ellos pueden modificarlos y transmitirlos, así como la detección de cualquier infracción de estos requisitos.

Así mismo, los medios electrónicos utilizados durante el procedimiento deben estar generalmente disponibles (aunque el concesionario puede hacer uso de medios que no lo estén, siempre que se pongan a disposición de las empresas durante todo el procedimiento en una dirección web y estas alternativas sean también medios electrónicos), no ser discriminatorios y ser compatibles con los aparatos y programas electrónicos generalmente utilizados. No deben dificultar la participación de las empresas y deben garantizar la fidelidad y veracidad de los datos. El concedente debe poner a disposición de las empresas toda la información sobre los medios electrónicos utilizados y sobre cómo presentar solicitudes y ofertas a través de los mismos.

Sin embargo, las comunicaciones pueden ser orales si no se refieren a los documentos de licitación, a las solicitudes de participación o a las ofertas, siempre que se documentan lo suficientemente.

Por otra parte, el concedente puede exigir un domicilio y una dirección electrónica a las empresas, pero este requisito no es exigible para acceder al anuncio de concesión ni a los documentos de licitación.

En general, el *KonzVgV* impone en materia de comunicaciones a través de medios electrónicos, requisitos más estrictos que la propia Directiva. No obstante lo cual, hay que tener en cuenta que el plazo para que la tramitación electrónica fuera obligatoria era posterior a la entrada en vigor de la norma, en concreto el 18 de octubre de 2018<sup>940</sup>.

El artículo **11 *Allgemeine Verwaltungsvorschriften***, que cierra esta primera parte, declara que el gobierno de la federación puede promulgar, con la aprobación del Senado, disposiciones sobre la utilización de medios electrónicos, así como de sus estándares técnicos.

La segunda parte detalla el procedimiento de adjudicación de concesiones y comienza detallando los principios generales.

La entidad concedente no puede discriminar a los licitadores en la transmisión de información y debe incluir en el anuncio de concesión las especificaciones técnicas (los pliegos de condiciones), así como los criterios de adjudicación y otros requisitos que deban cumplir las ofertas.

Como ya declara la Directiva de Concesiones y traspone la *GWB*, el procedimiento puede ser libremente establecido, articularse en varias fases e incluir negociaciones con los licitadores, siempre que no se alteren los requisitos mínimos de la oferta, ni los criterios de adjudicación (que a tenor de la *GWB* se deben establecer por orden de importancia).

En cuanto a éstos últimos, hay una posibilidad de modificarlos, en la que difieren concesiones y contratos. De acuerdo con el artículo 31 del reglamento, si una de las propuestas ofrece soluciones innovadoras que el poder adjudicador no podía haber previsto con la diligencia debida, sí que podrá cambiar *el orden* de los criterios de adjudicación. Posibilidad, por otra parte, ya reconocida en la Directiva.

---

<sup>940</sup> Véase artículo 34 del mismo texto.

Para ello, deberá informar a los licitadores, y en el plazo de 22 días, publicar una nueva invitación a presentar ofertas. Si los criterios de adjudicación se presentaron junto al anuncio de concesión, el plazo para publicar un nuevo anuncio será de 30 días.

El procedimiento, aunque libremente establecido, no puede articularse de manera que se evite artificialmente la aplicación de la *GWB*, o se favorezcan o perjudiquen determinadas empresas o prestaciones de servicios, suministros y obras. Además, debe cumplir con una serie de garantías. En particular, el licitador seleccionado cumplirá los criterios de selección (y no estará incurso en causas obligatorias o facultativas de exclusión) y todos los requisitos de participación. Su oferta también cumplirá con los requisitos mínimos que se hayan podido exigir, referidos a características técnicas, físicas, funcionales o legales.

El concedente informará puntualmente sobre la organización del procedimiento y sus plazos y el momento previsto de finalización. Cualquier alteración de estos parámetros se comunicará inmediatamente a los participantes.

En cualquier caso, en la fijación de plazos, el concedente debe atender a la complejidad de la concesión y al tiempo preciso para preparar la solicitud de participación y la oferta. Los plazos deberán ser más extensos en caso de que sea preciso visitar un lugar o acudir presencialmente para tener acceso a los documento de la licitación. El artículo **§ 27 Fristen für den Eingang von Teilnahmeanträgen und Angeboten**, fija el plazo mínimo para presentar solicitudes de participación, con o sin oferta, en 30 días desde el día que se publicó el anuncio de concesión. Si el procedimiento se lleva a cabo por fases, el plazo mínimo para presentar las primeras ofertas es de 22 días desde el día siguiente de la invitación a presentar ofertas, plazo que se puede reducir en cinco días si se utilizan medios electrónicos.

Por otra parte, y con carácter previo a su inicio, la entidad concedente podrá limitar el número de participantes y ofertas si lo justifica mediante criterios objetivos y transparentes. En cualquier caso, el número de participantes debe ser lo suficiente para garantizar la competencia.

Así mismo, antes de comenzar el procedimiento, la entidad concedente debe elaborar las especificaciones técnicas, en las que se describirán los requisitos técnicos y funcionales de las obras o servicios, de manera que se garantice el acceso de todas las empresas al procedimiento y no se limite la apertura a la concurrencia. Las especificaciones técnicas son una parte clave en el proceso de adjudicación, ya que la entidad concedente que las redactó no podrá rechazar una oferta diciendo que no las cumple si el licitador ha probado suficientemente que sí.

Las especificaciones pueden referirse a la calidad, la innovación, o a aspectos sociales y medioambientales. Pueden también referirse al procedimiento o método de fabricación o de la

prestación del servicio o a algún aspecto del ciclo de vida de la concesión, siempre que estos aspectos estén relacionados con su objeto, aunque sea indirectamente, y sean medibles. Lo que una especificación técnica no puede hacer, es referirse a un producto o fabricación determinada, que señale a una empresa concreta, excepto que no haya otra manera de definir de forma adecuada el objeto de la concesión. En este caso, se deberá añadir “o equivalente” a esta especificación.

Estas especificaciones técnicas, junto a los pliegos de condiciones, el borrador de los requisitos del contrato, disposiciones sobre la presentación de documentos por los licitadores e información sobre obligaciones generales y demás documentos que el concedente elabore o que se refieran a la concesión o al procedimiento de adjudicación, forman los documentos de la licitación.

La entidad concedente proporcionará en el anuncio de licitación, o si este no es obligatorio, en el documento de requisitos para presentar oferta, una dirección web donde se encontrarán estos documentos completos.

En caso de que por motivos técnicos, de elevados niveles de seguridad, de sensibilidad de la información comercial o de protección de datos, no sea posible garantizar el acceso a estos documentos por medios electrónicos, el concedente podrá proporcionar este acceso por algún otro medio adecuado, alargando el periodo para la presentación de ofertas. En el anuncio de concesión, o en el documento de requisitos para presentar oferta, informará del medio por el que se proporcionará dicho acceso.

La entidad concedente debe publicar su intención de otorgar una concesión siguiendo el modelo del Anexo XXI del *Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1986 de la Comisión, de 11 de noviembre de 2015, por el que se establecen formularios normalizados para la publicación de anuncios en el ámbito de la contratación pública y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) n° 842/2011*<sup>941</sup>. En este anuncio, además de determinar ante qué *Vergabekammer* se podrán impugnar sus decisiones, dará a conocer los criterios de selección, que deben asegurar que el concesionario es capaz de cumplir con el objeto de la concesión y garantizar la competencia, así

---

<sup>941</sup> *Reglamento de Ejecución (UE) N° 2015/1986 de la Comisión, de 11 de noviembre de 2015, por el que se establecen formularios normalizados para la publicación de anuncios en el ámbito de la contratación pública y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) n° 842/2011*. DOUE L 296, 12.11.2015. Págs. 1–146.

como no ser discriminatorios<sup>942</sup>. También detallará qué documentos debe presentar la empresa como prueba de su capacidad y de la no existencia de motivos de exclusión.

Para cumplir estos criterios de selección, los licitadores pueden apoyarse en las capacidades de otras empresas. Si se trata de la financiación, el concedente puede requerir que ambas sean responsables. También puede exigir prueba de que se contará con estas capacidades durante toda la duración de la concesión

Como ya habíamos advertido, en determinados casos, recogidos exhaustivamente en el artículo **20 *Ausnahmen von der Konzessionsbekanntmachung***, no es necesaria esta publicación. Estos casos se dan cuando sólo una empresa determinada puede llevar a cabo su objeto debido a que se trata de la adquisición de una obra de arte o es una prestación artística; porque por motivos técnicos no se puede dar la competencia, por la existencia de derechos exclusivos y por la existencia derechos de protección intelectual. Estos tres últimos, sólo resultan de aplicación si no hay ninguna solución alternativa y la falta de competencia no se debe a los parámetros artificiosamente establecidos de la concesión.

En cualquier caso, no es necesario hacer un nuevo anuncio de licitación si en un procedimiento no se han presentado ningún candidato, ninguno es idóneo (porque está incurso en una de las causas facultativas u obligatorias de exclusión, no cumple los criterios de selección o con requisitos esenciales recogidos en los documentos de licitación), o la oferta no es adecuada (que es aquella que de manera clara no puede cumplir con los requisitos de la concesión), siempre que las condiciones originales de la concesión se mantengan y se envíe, a petición de la Comisión Europea, un informe sobre el procedimiento seguido.

Una vez otorgada la concesión y como máximo 48 días después, se envía a la oficina de publicaciones de la UE un anuncio de adjudicación con el resultado del procedimiento, siguiendo un modelo del *Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1986 de la Comisión, de 11 de noviembre de 2015, por el que se establecen formularios normalizados para la publicación de anuncios en el ámbito de la contratación pública y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) n° 842/2011*. Igualmente se comunicarán las modificaciones de una concesión durante su plazo de ejecución.

Estos anuncios no son obligatorios cuando las concesiones se refieren a servicios sociales y otros servicios especiales. No obstante lo cual, el concedente sí que debe comunicar su

---

<sup>942</sup> Si a tenor del artículo 20 del *KonzVgV* este anuncio no es obligatorio, se describirán en los documentos de licitación.



intención de otorgar una concesión de este tipo mediante un anuncio de información previa, así como las modificaciones de la concesión durante su plazo de ejecución.

También es preciso informar a la UE de la adjudicación de este tipo de concesiones, pero estas notificaciones se pueden hacer conjuntamente de manera cuatrimestral, y en este caso, se transmitirá la información como mínimo 48 días después de pasada esta fecha.

Todos estos anuncios se transmitirán obligatoriamente a la oficina de publicaciones de la UE por medios electrónicos. Como prueba de esta comunicación basta la confirmación de la entrada de la notificación y la publicación de la información transmitida que el concedente recibe de la oficina.

Los anuncios se pueden publicar a nivel nacional una vez transcurridas 48 horas de la confirmación de la oficina y sólo pueden contener los datos que se comunicaron a la misma, además de la fecha en que se comunicó a la UE la concesión.

Por otra parte, el reglamento regula en su artículo **24 Rechtsform von Unternehmen und Bietergemeinschaften** la forma jurídica que se exige a los licitadores y las agrupaciones de operadores económicos. Así, los licitadores que a tenor de la legislación de su país están capacitados para llevar a cabo el objeto del contrato, no pueden ser rechazados porque atendiendo a las disposiciones alemanas deban ser una persona jurídica o física. No obstante lo dicho, las personas jurídicas pueden verse obligadas, en su solicitud de participación o en su oferta, a dar el nombre y las cualificaciones profesionales de las personas responsables de la ejecución de la concesión.

Las agrupaciones de operadores económicos se consideran licitadores únicos. La entidad concedente no puede exigir a un grupo de empresas que tenga una forma jurídica determinada para presentar una solicitud o una oferta, aunque sí que puede exigir que, tras la adjudicación, adopte una forma jurídica determinada, mientras sea necesario para la ejecución de la concesión. Además, puede establecer en los documentos de licitación requisitos, siempre que sean justos y proporcionados, de cómo estos grupos de empresas pueden cumplir con los criterios de selección.

Las solicitudes de participación y las ofertas se presentan electrónicamente, aunque la administración o entidad concedente no está obligada a recibirlas así si, o bien existen motivos técnicos, de elevados niveles de seguridad, de sensibilidad de la información comercial o de protección de datos que no permitan garantizar el acceso a estos documentos que lo justifiquen, en cuyo caso deberá habilitarse el acceso por otro medio adecuado, alargando el periodo para la presentación de ofertas; o bien se deben presentar además modelos o

maquetas, caso en el que se puede utilizar el correo postal, o éste, en combinación con otros medios, que también pueden ser electrónicos.

Otro motivo por el que la entidad concedente puede obligar a la presentación no electrónica de las ofertas es que haya datos especialmente dignos de protección, que a través de la utilización de medios electrónicos generalmente disponibles u otros medios electrónicos, no pueden ser suficientemente protegidos. De todas maneras, sea cual sea el motivo, el concedente debe justificar la no utilización de medios electrónicos.

Si se sigue la regla general de la presentación electrónica, el concedente comprobará que el envío de datos se hace bajo condiciones elevadas de seguridad. Si es necesario, puede exigir que las solicitudes de participación y las ofertas se envíen junto a una firma electrónica avanzada, a una firma electrónica cualificada, a un sello electrónico avanzado o a un sello electrónico cualificado.

El concedente comprueba el contenido de las solicitudes de participación y de las ofertas una vez finalizado el plazo de presentación. Además, comprobará que las ofertas cumplen con los criterios de adjudicación. En la apertura se deben garantizar la integridad y la veracidad de los datos.

Una vez tomada la decisión de adjudicación, el concedente debe comunicarla a los licitadores. En concreto, el nombre del adjudicatario, los motivos de rechazo de su solicitud o su oferta, así como los motivos para, finalmente, no otorgar una concesión cuya licitación se ha anunciado, o de comenzar nuevamente el procedimiento. Además, bajo requerimiento de los interesados que han presentado una oferta adecuada, el concedente deberá aclararles en un plazo máximo de 15 días, las ventajas relativas de la oferta seleccionada. Hay detalles que el concedente no está obligado a comunicar, siempre que impidan el cumplimiento de una ley, afecten negativamente a los intereses generales o perjudiquen los intereses comerciales de las empresas y la competencia entre ellas.

Si en vez de otorgar la concesión, el concedente quiere suspender o revocar el procedimiento, el reglamento da una serie de motivos por los que no estará obligado a llevar a cabo la adjudicación: no se ha presentado ninguna oferta que cumpla con los criterios, los motivos de convocar el procedimiento se han visto alterados, no se obtendrá rentabilidad y otras causas graves. En cualquier caso, comunicará inmediatamente a los participantes las razones de la suspensión o del inicio de un nuevo procedimiento.

La tercera parte del reglamento cuenta con un solo artículo, referido a la subcontratación. A tenor del mismo, la entidad concedente puede exigir a las empresas, en el anuncio de concesión o en los documentos de licitación, que en la oferta detallen la parte de la concesión que van a subcontratar con terceros y si ya se conocen, den también sus nombres. También le permite requerir a las empresas preseleccionadas que señalen a sus subcontratistas y prueben que tendrán los medios adecuados para ejecutar la concesión.

Antes de la adjudicación definitiva comprobará que no existen motivos de exclusión de los subcontratados. Si se dan estos motivos, puede o debe exigir (en función de si son motivos de exclusión facultativos u obligatorios), que sean sustituidos, dando un plazo para ello.

En cualquier caso, la responsabilidad de la ejecución de la concesión seguirá siendo del concesionario.

La última parte recoge una serie de disposiciones transitorias y finales, estableciendo los plazos para la obligatoriedad de la presentación y tramitación electrónica de las solicitudes de participación y las ofertas, así como excepciones a esta regla.

#### **4. Conclusión**

Del estudio sistemático de la legislación alemana en materia de contratos y de competencia, de la jurisprudencia de los diferentes tribunales del estado y regionales, así como de la doctrina, constatamos que es un sistema muy diferente al español.

El primer motivo, que es muy obvio, es que la contratación de importe armonizado, entre las que se recogen las concesiones, objeto de esta tesis, se regula en la ley contra las restricciones a la competencia, debido a que cualquier adquisición hecha por un poder adjudicador va a tener un impacto en la competencia en el sector donde se lleve a cabo, que queda legitimado por la satisfacción del interés general. De lo que se deduce que los contratos que no alcanzan los umbrales comunitarios, al no tener interés trasfronterizo, tampoco tienen un gran impacto en la competencia del sector, lo que justificaría la exclusión del ámbito de aplicación de la *GWB*.

En segundo lugar, nos encontramos con el complicado sistema en cascada, que tras la reforma de 2016, ha pasado de tres a dos niveles (excepto en obras), partiendo de la base de la *GWB*. En este sentido, nos parece positivo que los diferentes sectores se regulen cada uno en un reglamento especial, concretando las disposiciones legales, contando con un reglamento más

general como regulación suplementaria en caso de lagunas o vacíos normativos<sup>943</sup>. Estos reglamentos, además de ser muy específicos, lo que es de gran ayuda al gestor, son relativamente cortos, lo que favorece la seguridad jurídica.

No obstante, valoramos negativamente el mantenimiento del VOB en obras, ya que, aparte de mantener la compleja articulación normativa en un sector que mueve mucho dinero, implica que organismos privados puedan crear legislación vinculante, lo que resulta cuestionable desde el punto de vista de legitimidad democrática. En teoría, se trata de una situación transitoria y se espera que en próximas reformas esta vinculación al VOB en obras desaparezca.

En cualquier caso, en favor del VOB hay que decir que es una regulación muy clara y concisa, y que su estructura no deja lugar a dudas de a qué tipo de contrato (de importe armonizado o no) va dirigida, facilitando la tarea del gestor, al que va guiando por las diferentes fases del contrato, paso por paso.

En tercer lugar, nos encontramos con que, si bien tienen cobertura legal, la regulación principal de las concesiones se encuentra en una norma con rango de reglamento: el *Verordnung über die Vergabe von Konzessionen – Konzessionsvergabeverordnung*. Al respecto hemos de decir, que si bien con cierto escepticismo inicial, consideramos esta normativa muy acertada.

La primera razón es, porque las modificaciones que hagan la jurisprudencia y futuras Directivas de Contratación serán fácilmente transponibles a la legislación alemana, lo que redundará en la seguridad jurídica y disminuirá la litigiosidad en este tipo de contratos. Pero es que además el reglamento es claro, conciso y breve<sup>944</sup>. Las cuatro partes en que se divide van guiando al gestor por las diferentes fases del procedimiento de adjudicación y las disposiciones son detalladas, sin llegar a incurrir en *gold plating*.

En conclusión, la normativa alemana de concesiones de importe armonizado es, en líneas generales, y tras la reforma de 2016, muy clara y garantista<sup>945</sup>. Las disposiciones son transparentes y no cabe ninguna duda del reglamento que debe aplicarse, amén de que el sistema

---

<sup>943</sup> Véase el análisis del *VgV* en este mismo artículo.

<sup>944</sup> 36 artículos a lo largo de 14 páginas. Comparémoslo con nuestra nueva *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*.

<sup>945</sup> También la de contratos, pero por razones de extensión no podemos entrar a tratar el tema: por eso nos remitimos a A.I. PEIRÓ BAQUEDANO, “*Estudio sistemático de la normativa de contratos públicos en Alemania*” en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2017* (dir.) J.M. GIMENO FELIU, M.C. DE GUERRERO MANSO, Thomson Reuters. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2018, págs. 361- 411. ISBN: 978-84-1308-275-2.

de recursos es extremadamente rápido, gratuito y ha dado muy buenos resultados desde su puesta en funcionamiento.

El problema, que también se da en contratos, es que esta regulación clara y este sistema de recursos rápido y en dos instancias, sólo cabe para contratos que alcancen los umbrales comunitarios, dejando al resto en un maremágnum normativo, en el que es preciso conocer la ley presupuestaria que resulta de aplicación, a lo que se suman el Pliego de Condiciones Generales de la Contratación estatal en obras (*Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – VOB*) y el Pliego de Condiciones Generales de la Contratación estatal en servicios (*Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen - VOL*), amén de reglamentos de entidades locales.

El razonamiento de que estos contratos, que representan un 90% de la contratación pública alemana, no presenten interés trasfronterizo, no es suficiente para justificar este caos normativo, puesto que, aun en el caso que lo tuvieran, pocos licitadores van a querer participar en un procedimiento cuyas reglas cambian de región a región, se recogen en leyes cambiantes y no permiten el acceso a un sistema de recursos en dos instancias, garantista de derechos subjetivos. El problema se agrava en concesiones, ya que los umbrales son muy elevados, en obras, pero especialmente en servicios.



## CAPÍTULO X: CONCLUSIONES

Hemos comenzado esta tesis haciendo un repaso de la historia reciente de la Colaboración Público Privada y hemos dado una serie de datos que demuestran su impacto económico y la importancia que tienen en el desarrollo de grandes proyectos.

A título de ejemplo, son varios los motivos que justifican esta colaboración: la falta de flexibilidad de la contratación tradicional en el sector público necesaria para adquirir las nuevas infraestructuras y servicios demandadas por una sociedad cada vez más desarrollada (a lo que se vincula el derecho a una buena administración que implica una mejor eficacia y eficiencia en la actividad pública); la imposibilidad de financiarlos mediante los recursos del erario público (la CPP permite fraccionar y diferir el pago y repercutir su coste en todos los usuarios, motivo al cual se suman las exigencias de estabilidad presupuestaria de la política europea); la necesidad de ampliar las cuotas de mercado de las empresas europeas; y las demandas de desarrollo sostenible, innovación e investigación (en dónde es clave la participación e implicación del sector privado, más especializado y capaz de lograr un aumento en la competitividad de la UE).

También hemos visto que, en ocasiones, se ha acudido a este tipo contractual por razones equivocadas (generalmente falta de recursos públicos para atender determinados servicios), dando lugar a proyectos poco eficientes, que en muchos casos han fracasado, con los costes adicionales que ello comporta.

Un detalle importante es la variación en su utilización, dependiendo de la situación económica, descendiendo dramáticamente durante los años de la crisis, y de los fondos europeos recibidos en cada Estado Miembro.

En cualquier caso, procede en este punto exponer una serie de conclusiones que se desprenden de la memoria doctoral.

### **Primera. Sobre la definición y principales características de la Colaboración Público privada.**

Hemos buscado una definición de la CPP en diversos textos legales, y así hemos llegado a la conclusión de que, si bien no se recogen en la Directiva, y desaparecen del nuevo texto de la LCSP, es el negocio contractual de la CPP definido en el SEC 2010, que engloba la categoría de concesiones.

El SEC 2010 lo que hace es distinguir entre APP o CPP, que tiene como requisito *sine qua non* la creación expresa de un activo, cuya propiedad inicial será del concesionario y que deberá

cumplir con las condiciones establecidas previamente por la Administración concedente, que será quien remunera al concesionario, ya sea por propio uso o en función de la utilización de terceros; y concesión, donde es el usuario final el que paga por el uso.

Las características principales de la CPP son la relación que se establece entre el sector público y el privado, su largo plazo de duración, la remuneración del concesionario a través de la explotación de la infraestructura, el posible reequilibrio económico financiero de la concesión en determinadas circunstancias tasadas y el papel de la Administración concedente como controladora y no como ejecutora.

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

Las principales ventajas de este tipo contractual son, el control de los costes y plazos de ejecución, ya que al operador económico privado adjudicatario le interesa reducir tiempo y costes para comenzar a rentabilizar la infraestructura o el servicio cuanto antes y así obtener ingresos. Esto beneficia doblemente a la Administración concedente, porque además de lograr una **utilización eficiente de los recursos públicos**, ya no debe encargarse de ejecutar la obra o prestar el servicio, sino sólo de controlar al operador seleccionado.

Además, se difieren los costes del proyecto, que son en un principio financiados por el sector privado, que recibirá su remuneración o bien directamente de la Administración o bien de los usuarios. Es este un aspecto muy positivo en un momento de restricciones presupuestarias.

El negocio presenta lógicamente desventajas. Contra la lógica de la utilización eficiente de los recursos, no podemos dejar de apreciar que hay muchas CPP (y concesiones) fracasadas.

Además, que se difieran los costes, no implica que no haya un gasto. **Los pagos serán periódicos a lo largo del tiempo, y el coste de la financiación privada, que es más cara que la pública, acabará repercutiendo en la ciudadanía**.

Como contratos complejos y a largo plazo, son, habitualmente, incompletos porque no se puede prever *ex ante* todas las vicisitudes del contrato, lo que lleva a una **mayor litigiosidad**.

Por último, al ser una de las características del contrato que la Administración no ejecuta sino que controla, será necesario establecer los medios para ello, lo que supone un coste



añadido. A lo que se suma que para que funcione bien un negocio concesional, tiene que haber una **efectiva colaboración entre el Sector Público y el Privado, lo que requiere un escenario flexible y una elevada confianza entre las partes**. Rasgos, que al menos en nuestro país, no caracterizan precisamente a la compra pública.

### **Segunda. Sobre la pertinencia de una tercera Directiva dedicada a las Concesiones.**

Como consecuencia de la fuerte oposición de gran cantidad de Estados Miembros y por la necesidad de dotar a los poderes públicos y a los poderes adjudicadores de la libertad para organizar sus competencias y la prestación de los servicios públicos, **más que una regulación en sentido estricto, la Directiva es una declaración de intenciones del legislativo europeo**. Y ello, porque se trata más bien de una serie de directrices para los Estados Miembros, con un objetivo de armonización mínimo.

Así, no podemos menos que reflexionar aquí sobre la pertinencia de esta tercera Directiva dedicada exclusivamente a concesiones, pero que se limita a hacer una enumeración de principios a aplicar. No vemos un gran cambio con respecto a la situación anterior en que, lo que se debían respetar eran también principios, aunque no los de una Directiva, sino los del TFUE y los de él derivados.

Un ejemplo de ello es la flexibilidad que se da a los órganos concedentes para establecer el procedimiento de adjudicación atendiendo a la complejidad de la concesión y al tiempo necesario para preparar las ofertas a la hora de fijar los plazos de recepción. En este sentido, **la Directiva ofrece plazos mínimos. Pero estos plazos mínimos sólo vinculan a los poderes adjudicadores, no a las entidades adjudicadoras que no tienen ningún tipo de restricción**.

Aunque sea loable el intento de respetar las legislaciones nacionales y el afán de flexibilizar este tipo de contrato, la coordinación, que hubiera dado lugar a una mayor seguridad jurídica, podría haber sido más intensa.

**Si realmente se hubiera querido hacer una regulación exhaustiva con el fin de aumentar la seguridad jurídica en este tipo contractual, se podría perfectamente haber llevado a cabo en el mismo texto de la Directiva “clásica”, en forma de especialidades para las concesiones de obras y servicios.**

En nuestra opinión, **una tercera Directiva referida a concesiones es un exceso regulatorio contrario al principio de eficiencia, porque bien se podrían haber regulado especialidades en el texto de la Directiva “clásica”**.

En cualquier caso, **a la Directiva sí que hay que reconocerle que proporciona por fin, una distinción (tanto conceptual como procedimental) clara de lo que es una concesión de obras, diferenciándola del contrato de obras por el reparto del riesgo; y que recoge por primera vez en un texto con rango legal el concepto de concesión de servicios**, aunque sea una definición negativa (y por tanto muy amplia ya que dentro del negocio concesional, lo que no es concesión de obras es concesión de servicios). Además, **da a todas las concesiones un marco regulatorio básico, que genera seguridad jurídica.**

También es muy positivo que **haga suyas las prohibiciones de contratar y las exclusiones de licitadores de la Directiva “clásica”, así como la posibilidad que se da a los potenciales concesionarios de “redimirse”,** estableciendo medidas para reparar sus incumplimientos.

Por otra parte, la cuarta generación de Directivas de Contratación dedica parte de su articulado a la fase de ejecución de los contratos, gran olvidada en las anteriores generaciones. La Directiva de Concesiones no podía ser menos y **regula también la subcontratación y las modificaciones en fase de ejecución.**

Por último, no podemos dejar de notar que, si bien es positivo que se regulen las modificaciones de las concesiones, para evitar un uso fraudulento de este mecanismo, y porque una modificación posterior no puede suponer una alteración del reparto de riesgos, que elimine la efectiva transferencia del riesgo operativo al concesionario, el problema es que la actual regulación de la Directiva resulta un tanto caótica e incluye supuestos hasta ahora desconocidos por la jurisprudencia del TJUE.

### **Tercera. La limitada aplicación objetiva y subjetiva de la Directiva como consecuencia de la amplitud del campo de las exclusiones.**

La Directiva excluye grandes ámbitos objetivos y subjetivos de su aplicación, lo que implica que importantes sectores quedan al margen de esta normativa. En primer lugar, nos encontramos con **las concesiones de importe no armonizado**, al considerarse que carecen de interés transfronterizo.

Ya dentro de los umbrales comunitarios, las exclusiones se justifican en ocasiones, **bien porque quede acreditado que el sector ya está directamente sometido a la competencia, o bien por su especialidad**; en otras, por la necesidad de **proteger determinados derechos de los ciudadanos europeos**, por motivos de **confidencialidad y seguridad** o por las presiones de **los Estados Miembros que no querían un exceso regulatorio en determinados sectores.** Algunas

de las causas de exclusión estaban ya fijadas en las Directivas de 2004, mientras que otras suponen una positivación de la jurisprudencia del TJUE.

Además, hay determinados sujetos a los que no les es aplicable la normativa recogida en la Directiva de Concesiones. De ahí que no podamos dejar de notar que **la generalidad que se predicaba en el borrador inicial, queda en papel mojado.**

A esto se suma el hecho de que **los Servicios de Interés General no económicos, quedan excluidos por mandato expreso del artículo 4 de la Directiva de Concesiones;** siendo los Estados Miembros los que definen cuáles son los Servicios de Interés Económico General, que, si se prestan indirectamente mediante concesión, sí se verán sometidos a las reglas de la Directiva.

Es decir, la suma de las numerosas exclusiones recogidas por la Directiva, la posibilidad de regular regímenes concesionales especiales en sectores especiales y la libertad de elección en la forma de organización y gestión de las autoridades públicas, lleva a que la Directiva no sea muy útil a nivel práctico.

#### **Cuarta. Dilemas que plantea el novedoso riesgo operacional y su transferencia.**

Otro problema de la Directiva (que no se hubiera evitado aun en el caso de que se hubieran regulado las concesiones en la Directiva de Contratos), es que **se caracteriza al negocio concesional en función del riesgo operacional transferido, pero sin fijar objetivamente en que porcentaje se debe transferir.**

Es comprensible que no se fije un porcentaje fijo en el texto legal, porque las concesiones varían mucho según el caso concreto, pero sí que creemos necesaria la elaboración de un documento de *soft law*, con recomendaciones en función del tipo de obra o de servicio objeto de concesión.

Respecto al riesgo operacional, **también se puede criticar que incluye como novedad el riesgo de oferta o suministro, eliminando toda referencia al de disponibilidad (que seguía manteniéndose en el borrador de la Directiva), que contaba ya con una amplia casuística en la jurisprudencia del TJUE y se reconoce expresamente en el SEC 2010.**

En efecto, si estudiamos conjuntamente la jurisprudencia del TJUE, la normativa del SEC 2010, y cómo no, la Directiva de Concesiones, apreciamos el alcance de la novedad que supone el riesgo de oferta o suministro.

En primer lugar, **la jurisprudencia del TJUE nos da las claves para identificar un negocio concesional**, exigiendo tres requisitos. En primer lugar, **la explotación del servicio por el concesionario supone que éste asume el riesgo**. Sin embargo, **los usuarios no tienen por qué ser los que paguen el servicio, siempre que se transfiera el riesgo al concesionario**. Por último, y como **consecuencia de la asunción del riesgo de explotación, el concesionario organizará el servicio (y lo gestionará a su riesgo y ventura)**, sin perjuicio de las potestades de policía de la Administración concedente.

**El SEC 2010 por su parte, tiene como objetivo determinar a nivel contable en manos de quién queda el activo, y por tanto si se da la desconsolidación contable o no**. Para ello analiza si se han transferido una serie de riesgos, como son el de construcción (recordemos que el SEC exige la creación de un activo para encontrarnos ante una APP), a los que se deben sumar obligatoriamente el de demanda, el de disponibilidad, o ambos.

Como el objetivo del SEC es meramente contable, **que se de esta desconsolidación contable no implica que nos encontremos ante un negocio concesional en el sentido de la Directiva**.

**Para esta última normativa, aunque la remuneración por explotación sea un indicador muy claro de una concesión, su existencia se hace depender de la transferencia del riesgo operacional, que si bien incluye el de demanda, al igual que el SEC, se desmarca de esta normativa al hacer referencia al riesgo de oferta o suministro, eliminando cualquier referencia al riesgo de disponibilidad**. Por si fuera poco, la Directiva admite expresamente, que en sectores donde apenas hay riesgos o estos están muy limitados, se puedan articular negocios concesionales, siempre que quede probado que los riesgos, por pequeños que sean, quedan en manos del concesionario en una cuantía no desdeñable. Este reconocimiento no es más que una positivación de la jurisprudencia del TJUE, cuyas sentencias más representativas al respecto son la de 10 de septiembre de 2009 (C-206/08 Gotha vs. Eurawasser) y la de 10 de noviembre de 2011 (C-348/10 Norma y Dekom).

Vemos que es en los distintos componentes del riesgo que se deben transferir al concesionario donde realmente se aprecia la diferencia entre Directiva y SEC 2010.

En primer lugar porque, **como el SEC exige la creación de un activo para considerar el negocio como CPP, se debe transferir necesariamente el riesgo de construcción. Lo que en el caso de la Directiva sólo ocurrirá si se trata de una concesión de obras y no de una concesión exclusivamente de servicios**.

Sin embargo, la Directiva no menciona en ningún momento este tipo de riesgo, sino que hace referencia indistintamente al riesgo de demanda, tanto para concesiones de servicios, como para concesiones de obra. Indeterminación que consideramos cuanto menos dudosa, ya que en una concesión de obras, la obra objeto de contrato viene demandada por la propia Administración, lo que implica la transferencia del *riesgo de construcción y de demanda*, si la explotación de la infraestructura beneficia directamente a los usuarios *o de construcción y de oferta* (y no de demanda), si beneficia a la Administración (e indirectamente a los ciudadanos).

No es una cuestión menor, ya que es en esta relativamente corta fase, en relación con toda la vida de la concesión, donde se realiza la mayor parte de la inversión. Lo que significa que si el reparto de riesgos está mal hecho y consecuentemente surgen imprevistos que disparan los costes y no se sabe quien debe asumirlos, el equilibrio futuro de la concesión se verá amenazado. Además, un reparto incorrecto de los costes dispara también la remuneración del concesionario, por la relación directa entre su aversión al riesgo y el aumento de la incertidumbre.

**De ahí que consideremos en este punto que la Directiva podría haber sido más clara, regulando el riesgo de construcción dentro de su parte dispositiva.** Y excusas como el desconocimiento no justifican esta carencia en el texto, ya que el SEC 2010 lo contempla y se dispone de una amplia experiencia práctica.

Subsidiariamente, **en caso de no querer considerar el riesgo de construcción como autónomo, lo que casa con la teoría de que las obras son complementarias a la explotación por prestación de un servicio, se tendría que haber clarificado cuándo es riesgo de oferta o suministro y cuando es riesgo de demanda.**

**Además de este riesgo se deben transmitir el riesgo de demanda**, que deriva de la utilización del servicio o de la infraestructura por un mayor o menor número de usuarios, y que no presenta problemas porque es el mismo término en ambos textos legales y el concepto sigue la casuística de la doctrina del TJUE.

**Y/o el riesgo de oferta o suministro. Y es este riesgo el que ha generado debate y expectativa porque no puede equipararse al riesgo de disponibilidad** (que en nuestra opinión no podría considerarse como riesgo, al ser perfectamente controlable por el concesionario si cumple o no con los requisitos previamente) que contempla el SEC 2010<sup>946</sup>.

---

<sup>946</sup> Además la Directiva utiliza indistintamente los términos de oferta y suministro, llevando a diversas traducciones en los diferentes Estados Miembros, lo que puede afectar a la seguridad jurídica.

En cualquier caso, es cuanto menos curioso el giro dado por el legislador europeo, ya que el riesgo de disponibilidad, que supone el cumplimiento de estándares o requisitos de calidad de la obra o de los servicios prestados, estipulados en el contrato de concesión, contaba con amplia casuística en la jurisprudencia europea. Un motivo para justificar su desaparición podría ser la intención de crear un concepto de riesgo que exceda el recogido en estos documentos.

**Así, el riesgo de oferta o de suministro descrito por la Directiva, supone que la obra o los servicios no sean conforme a la demanda de cada momento. De ahí que concluyamos que la Directiva amplía el concepto de riesgo de disponibilidad (cuya calificación como riesgo ponemos en entredicho) identificado por EUROSTAT en concesiones donde la usuaria final es la Administración, incluyéndolo en el riesgo de oferta o suministro, cuando hay un tercero, usuario, ya sea directo o indirecto.**

En cualquier caso, es preciso tener en cuenta que el objetivo de una y otra regulación es muy distinto. Mientras que el SEC 2010 tiene un afán contable, determinando cuando una inversión computa déficit al incluirse en el balance de la Administración, a la Directiva le interesa saber cuándo un contrato es verdaderamente una concesión.

**Quinta. La clasificación de las concesiones en función del riesgo transferido y del número de participantes. En particular, la extensión excesiva del concepto de concesión.**

En esta memoria doctoral hemos hecho referencia a la clasificación que hace la doctrina italiana y que es de utilidad de cara a entender la transferencia del riesgo. Distinguíamos aquí tres tipos de concesiones.

Las *concesiones “calientes”*, caracterizadas por una relación trilateral entre la Administración concedente, el concesionario y el usuario final distinto de la Administración y cuya tarifa puede pagarse directamente por el usuario (*peaje duro*) o por la Administración concedente, pero en función del uso que hagan los terceros (*peaje blando o en sombra*).

Las *concesiones “templadas”*, que serían aquellas en que la retribución por utilización del usuario final no es suficiente para recuperar la inversión y un beneficio razonable, por lo que la remuneración consiste en su explotación junto al pago de un precio. La clave es, a tenor de la Directiva de Concesiones, que el pago de este precio no elimine el riesgo inherente a la explotación.

Las *concesiones “frías”* que se caracterizan por ser una relación bilateral entre la Administración concedente y el concesionario y donde la remuneración de este deriva del pago

de un canon. En este tipo de concesión, el pago de este canon ya no se hace depender del riesgo de demanda, porque lo que se estaría configurando, al trasladarse este riesgo al concesionario, sería un derecho potestativo de la Administración concedente y destinataria última de la obra o los servicios, a reducir sus pagos o no pagar directamente según su propia voluntad; sino del riesgo de disponibilidad según EUROSTAT, o del de oferta según la Directiva de Concesiones.

**El problema es que el riesgo de disponibilidad configurado por EUROSTAT y el de oferta de la Directiva en determinadas concesiones “frías” estrictas, son perfectamente controlables por el concesionario, que conoce de antemano los estándares que debe cumplir si quiere evitar la reducción automática del canon.**

Aunque a nivel español, podamos entender como expresamente reconocida la concesión de tipo “frío” en el apartado 4 del artículo 267 de la LCSP, referido a la retribución de la obra en función del grado de disponibilidad, en nuestra opinión, las concesiones “frías” estrictas, no son concesiones.

Es decir, **un contrato en que un Poder Adjudicador licita una obra o servicio y va a ser el usuario final (lo que hemos denominado concesión “fría” estricta) es, simplemente, un contrato y no un contrato concesional.** Y ello porque si se traslada algún riesgo será, en el caso de concesiones de obra, el de construcción, que también se transfiere en el caso de contratos. **Por mucho que se intente argumentar que se transfiere el riesgo de oferta o suministro (que en realidad y por mucho que se le haya dado un nuevo barniz sigue siendo el riesgo de disponibilidad), no se traslada una posible contingencia incontrolable por el concesionario.** Y esto, aunque se establezcan penalidades automáticas en el contrato, ya que el concesionario puede controlar en todo momento si cumple o no los estándares fijados en el contrato.

Por el contrario, **si nos encontramos ante una concesión “fría” no estricta, sí que creemos posible la transferencia del riesgo operacional y consecuentemente la articulación de un negocio concesional.** Y esto se debe a que **sí que se traslada el nuevo riesgo de oferta o suministro y no el antiguo de disponibilidad,** porque supone no poder atender la demanda de los usuarios, que pueden querer otro producto u otra calidad distinta. Es esto lo que constituye el riesgo de oferta, sobre el que, efectivamente, el concesionario no tiene ningún control.

Lo que debe quedar muy claro es que, entra en juego este tipo de riesgo porque ya no nos encontramos ante una relación bilateral, sino que hay un tercero en discordia que es el ciudadano que utiliza (aun de manera indirecta) la obra o servicio.

**De ahí que propongamos la reserva de término concesión exclusivamente para las “calientes” y la “templadas”, tal y como hace el legislador italiano.** Tal vez sería conveniente

rescatar el término Colaboración Público Privada para las “frías” si, en la práctica, esta categorización da resultados positivos en nuestro país vecino.

**Sexta. Sobre la necesaria conjugación del principio de riesgo y ventura, de la transferencia del riesgo operacional y de la técnica de reequilibrio económico del contrato.**

El principio de riesgo y ventura implica que la mayor o menor onerosidad sobrevenida no permite al contratista desligarse del contrato, ni a modificar la remuneración<sup>947</sup>. Además, los riesgos previos al pago del precio quedan en sus manos. **Es decir, el contratista asume los riesgos propios de la gestión, respetando los principios *pacta sunt servanda* y *contractus lex*, siempre que se mantengan las condiciones pactadas en el momento de celebrar el contrato.**

**Si no se mantienen, puede entrar en juego el principio de equilibrio del contrato en determinados casos tasados.** Y será sólo en determinados casos, por el necesario mantenimiento de la seguridad jurídica, de la concurrencia y garantías en las licitaciones del sector público y de la salvaguarda de los intereses de la hacienda pública y del principio de equidad y buena fe en la contratación pública, fundamentos todos del principio de riesgo y ventura.

No obstante, la técnica de reequilibrio del contrato favorece la participación del sector privado en contratos a largo plazo e incompletos y con un mayor grado de incertidumbre. Así, en consonancia con los principios “*rebus sic stantibus intellegitur*”, de equidad y de buena fe, si no se da la equivalencia de lo pactado, para evitar el enriquecimiento injusto de una de las dos partes de la relación, se podrá modificar el contrato para volver a alcanzar el equilibrio. **Lo que se debe garantizar en todo caso es que este reequilibrio del contrato sea compatible con la transferencia del riesgo operacional y el principio de riesgo y ventura.**

**Además de que si no se aplicara esta garantía de reequilibrio del contrato, peligraría la financiación y las inversiones en este tipo de contrato; la prestación continuada y regular exigible a los servicios públicos podría verse en dificultades.**

Es por esto que, nuestra legislación de contratación pública recoge este mecanismo para concesiones de obras y de servicios en determinados casos tasados.

---

<sup>947</sup> Es importante diferenciar claramente el principio de riesgo y ventura, que asume todo operador económico por el mero hecho de formar parte del mercado, y el riesgo operacional que debe asumir necesariamente el operador económico para que el negocio sea una concesión y no un contrato.



En primer lugar, la potestad de *ius variandi* ejercida por la Administración concedente. Esta potestad implica que la Administración puede modificar unilateralmente las condiciones del contrato por motivos de interés público, que es su fundamento y límite. Si se dan los motivos que justifican el interés general, la Administración se verá obligada a ejercer estas prerrogativas, que a tenor del texto de las Directivas y de la LCSP, podríamos definir como regladas.

En este punto es de interés la sentencia del TJUE de 29 de abril 2004 (C-496/99 *Succhi di Fruta*), donde se recogen los requisitos que deben darse para que un modificación contractual no suponga una adjudicación directa ilegal.

Hay que hacer aquí dos matizaciones. Por un lado, **ya no se puede considerar la potestad del *ius variandi* como tal. Al autorizarse la modificación contractual únicamente en los casos consignados en los artículos 203 al 205 de la LCSP y al permitírseles también a los poderes adjudicadores no Administración Pública modificar el contrato por razones de interés general, deja de ser una potestad discrecional de la Administración.**

Por otro lado, cuando se recogen en el PCAP las circunstancias en que se puede modificar, **ya no se trata de una potestad de la Administración, sino que es una condición contractual** en la que ha habido acuerdo de las partes.

En segundo lugar, el *factum principis* o *hecho del príncipe*, que consiste en cualquier decisión administrativa (o legislativa) posterior al contrato que, aunque no lo modifique directamente, incide sobre él, alterando de forma significativa las condiciones pactadas.

**La diferencia entre el *ius variandi* y el *factum principis*, es que el primero supone la facultad de la Administración de modificar de forma directa el contrato en función del interés público, mientras que el segundo, es una medida administrativa adoptada fuera del contrato, pero que incide directa o indirectamente en él. Es decir, es de naturaleza extracontractual.**

En último lugar, nos encontramos con las causas de fuerza mayor. La duda estriba en si se puede extender esta última al riesgo imprevisible, porque el artículo 270.2 *in fine* y 290.4 *in fine* de la LCSP en concesiones de obras y de servicios respectivamente, no lo incluyen junto a las causas de fuerza mayor.

El riesgo imprevisible supone una alteración imprevisible y extraordinaria de las circunstancias de tal calibre que supere los riesgos económicos razonables que todo contratante se ve obligado a soportar y que produzcan un enriquecimiento injusto de una de las partes y el correlativo empobrecimiento de la otra, que si pretende el reequilibrio deberá acreditar la alteración.

La fuerza mayor por su parte es irresistible, imprevisible y extraña al funcionamiento de la concesión. E incluso en el caso de que se hubiera podido prever, era inevitable. Una catástrofe natural, guerra, etc...

En contra de su equiparación, cabe alegar que cuando la causa del desequilibrio es la fuerza mayor, corresponde la *restitutio in integrum*, mientras que si se trata de riesgo imprevisible, supone el reparto entre la Administración y el concesionario de las consecuencias desfavorables. Además, el Tribunal Supremo se cuida mucho de diferenciar el riesgo imprevisible de la fuerza mayor.

Así, si otras normas específicas que resulten aplicables a la entidad adjudicadora recogen el supuesto de riesgo imprevisible será de aplicación la técnica de reequilibrio. Pero si no es así, será necesario que se incluya explícitamente el riesgo imprevisible como una causa de reequilibrio durante la ejecución en el clausulado del contrato.

En cualquier caso, **respecto a la técnica de reequilibrio de la concesión, podemos concluir que la LCSP presenta una sustancial mejora con respecto al texto del TRLCSP, ya que admite que se debe reequilibrar en beneficio de la parte perjudicada. Así, el instrumento ya no funciona únicamente en beneficio del concesionario.**

#### **Séptima. Sobre los casos de Responsabilidad Patrimonial de la Administración cuando se extingue anticipadamente la concesión.**

La Responsabilidad Patrimonial de la Administración se “activa” cuando la concesión termina de forma anticipada. Sin embargo, no se puede configurar como una garantía total para el concesionario, porque se eliminaría la transferencia del riesgo operacional.

En España, el ya derogado TRLCSP permitía una limitación excesiva del riesgo y ventura del contratista a través de la RPA, ya que la Administración concedente debía abonar las inversiones realizadas por la expropiación de terrenos, por la ejecución de obras de construcción y por la adquisición de los bienes necesarios para la explotación de la concesión, teniendo en cuenta el grado de amortización (en base al plan económico financiero y en función del plazo de ejecución y de explotación) y no el valor de mercado, aunque la causa de resolución no fuera imputable a la Administración, a lo que se sumaban indemnizaciones por daños y perjuicios en determinados casos.

Dos problemas planteaba la RPA así configurada. Por un lado, por mucho que fomentase la inversión privada, llevaba a que, desde el punto de vista de la Administración, fuera siempre más preferible renegociar los términos de la concesión, aún en condiciones muy desventajosas,

que rescindirlas antes de tiempo. Por otro, se plantaba el dilema de, si con semejante garantía, se podía asegurar la transferencia del riesgo al concesionario.

Esto cambia en la nueva LCSP, que distingue dos causas de resolución en función de a quién sea imputable la causa. De esta manera, si la resolución es causada por la Administración se mantiene el criterio del TRLCSP.

Sin embargo, si no es imputable a ésta, se reembolsa al concesionario mediante el valor de mercado de la concesión en cuestión. Es importante tener en cuenta que, en este segundo caso, no es precisa la culpa del contratista, lo que se relaciona directamente con el principio de riesgo y ventura asumido por este al participar en el negocio.

**Esta profunda modificación de la RPA, ha sido lógicamente muy controvertida, porque se pasa de una regulación, a nuestro modo de ver, excesivamente benévola con el concesionario, a una serie de disposiciones que hacen verdaderamente efectivo el principio de riesgo y ventura que debe presidir todo contrato.**

#### **Octava. La correcta distribución de riesgos que permite una maximización de la función de utilidad social.**

Un reparto de los riesgos adecuado permite cumplir los criterios de la Directiva, a la vez que se alcanza el triple beneficio de aumentar la eficiencia en el uso de los recursos públicos, (quien está más preparado para asumir un riesgo, lo asume con menores costes, maximizando la función de bienestar social), fomentar proyectos útiles y rentables y evitar posteriores renegociaciones.

Pero una correcta asignación no es tarea fácil. **La doctrina mayoritaria es partidaria de hacer un reparto de los mismos atendiendo al caso concreto, aunque en líneas generales se puede afirmar que los riesgos técnicos, económicos y de mercado, los de gestión de la explotación (entre los que se pueden incluir riesgo de obsolescencia y los riesgos medioambientales y tecnológicos) serán asumidos por el Sector Privado. El ente adjudicador por su parte, se hará responsable de la gestión y control de los riesgos políticos, los derivados de situaciones de fuerza mayor y los riesgos legales.**

Sin embargo, **hay riesgos que no son fáciles de asignar porque ninguna de las partes es capaz de gestionarlos adecuadamente, o porque dependen de circunstancias difíciles de predecir. En este caso, deberían asignarse a la Administración, puesto que tendría que**

asumirlos en cualquier caso si la infraestructura, en lugar de ejecutarse mediante un contrato de concesión, se ejecutara mediante un contrato de obra convencional.

Entre estos riesgos difíciles de asignar nos encontramos con el riesgo de demanda y de oferta, que configuran el riesgo operacional. La dificultad radica en la aversión al riesgo de ambas partes y en la información asimétrica que se da en cualquier relación principal-agente, entre las que se encuentran las concesiones.

Para determinar cuál es el reparto más eficiente de los riesgos, analizamos diversos escenarios.

Si nos encontramos en un escenario de información perfecta, escenario ciertamente hipotético, en que, tanto la Administración (principal), como el concesionario (agente), tienen toda la información, además de que será indiferente separar los contratos de la fase de construcción y la de explotación, se dan dos posibilidades en cuanto a la remuneración.

En primer lugar, si el concesionario es averso al riesgo (condición que sí es muy posible que se de en la realidad), el óptimo se alcanza otorgando al agente una remuneración fija, que no se hará depender de la demanda. Es decir, no cabría la transferencia de demanda que se propugna en la Directiva si se quiere maximizar la utilidad social, ya que el concesionario lo repercutirá como un coste en la función de utilidad social. Coste que no tiene ningún sentido, porque la Administración conoce de antemano la demanda y tiene toda la información adicional que podría necesitar. Como vemos, un escenario muy utópico.

El beneficio social alcanzado en este caso superará a cualquiera de los escenarios de información imperfecta. Y esto, como decimos, independientemente de si se separan o unen los contratos (en caso de concesión de obras y explotación de servicios posterior).

En segundo lugar, si el agente fuera neutro al riesgo (rasgo poco habitual en la situación crisis y post-crisis), no va a repercutir los costes de aversión en la función de utilidad social, por lo que la remuneración sí se puede hacer depender de la demanda.

Si nos encontramos en el caso, muy habitual, de asimetría de la información entre concedente y concesionario, la Administración deberá trasladar, en todo caso, el riesgo de demanda al concesionario. La "cuantía" de esta transferencia dependerá de la aversión al riesgo del agente, de la varianza de la demanda y de la existencia de externalidades. Es decir, a mayor variabilidad de la demanda, a mayor aversión al riesgo del agente y habiendo externalidades negativas, menos riesgo deberá ser transferido si queremos reducir los costes de la concesión.

Por otra parte, este reparto de riesgos ha de conjugarse con el tipo de contrato que se va a adjudicar; cuestión no carente de importancia ya que, atendiendo a las características del sector y de la infraestructura o servicio que se licite y a la cantidad de información con la que cuenta la Administración concedente, optar por, por ejemplo, una concesión de obra y servicios o por un contrato o concesión de obras y posteriormente una concesión de servicios, maximizará, más o menos, el beneficio social.

La elección depende de una serie de variables como pueden ser la existencia de externalidades, que pueden ser positivas o negativas y los costes operativos, que puedan depender de la calidad de la infraestructura o no.

La conclusión a la que llegamos es que sólo interesará unir el contrato (de nuevo en caso de obras y explotación posterior) para maximizar el esfuerzo en aumentar la calidad de la infraestructura si esta calidad “extra” va a suponer una reducción de los costes operativos posteriores.

Al tomar la decisión de licitar uno o dos contratos, hay que tener en cuenta otro aspecto: la posibilidad de que los riesgos sucedan y cuál es su probabilidad.

Si partimos de una situación de asimetría de la información, la contratación conjunta es la mejor opción si se conocen las posibles contingencias y hay una previsión de su probabilidad de impacto. Lo que podría darse en proyectos “*brownfield*”.

Sin embargo, en proyectos “*greenfield*”, la respuesta no es tan clara y ello porque si el riesgo de demanda es bajo, los estándares de calidad son conocidos en el sector y la tecnología utilizada es fácilmente adaptable, pero no hay una mínima previsión de la probabilidad con la que sucederá una contingencia, es recomendable unir los contratos. Y ello porque el operador tendrá en cuenta la externalidad positiva en la explotación y gestión posterior, de un mejor diseño en la fase de construcción, llevando a un mayor desembolso inicial ya que los costes operativos serán menores.

Si en cambio nos encontramos ante proyectos complejos en que ambas partes desconocen los riesgos y su probabilidad, no es conveniente la contratación conjunta. Y esto porque, si ya en la fase de construcción, los riesgos y su desconocimiento puedan ser ya elevados, estos se disparan en la de gestión. Un operador económico puede entonces optar por reducir el nivel de innovación en la primera etapa, a fin de reducir el riesgo asumido en ésta y en la siguiente. Además, la prima de riesgo será muy elevada por la imposibilidad de cubrir las contingencias.

Concluimos afirmando que la unión del contrato de construcción, gestión y explotación es recomendable cuando ya se dispone de experiencia y conocimientos en el sector y el riesgo de demanda y oferta es bajo. Si no, la unión de contratos puede dar lugar a ineficiencias que se traducen en primas de riesgos tan elevadas que eliminan los potenciales beneficios del contrato.

#### **Novena. La remuneración del concesionario que maximiza la función de utilidad social.**

Las fórmulas de remuneración del concesionario, además de asegurar la efectiva transferencia del riesgo operativo, deben maximizar la función de utilidad social.

En esta remuneración influye decisivamente la existencia de externalidades. En la memoria doctoral, nos hemos detenido especialmente en el cambio climático como externalidad negativa a tener en cuenta.

**Como hemos partido de la hipótesis de que el riesgo ambiental debe ser soportado por la Administración concedente porque, en caso de no articular una concesión, pero estar obligada a prestar el servicio igualmente, habría debido asumirlo en cualquier caso, lo que nos interesa no es la asignación de este riesgo, sino como articular la remuneración del concesionario para que éstos no reduzcan las inversiones efectuadas en infraestructuras para ganar flexibilidad ante potenciales contingencias, lo que repercute negativamente en el interés público.**

**Concluimos que lo correcto para reducir los costes de la concesión y maximizar el interés público perseguido es optar por contratos “no estacionarios” y no por contratos “estacionarios”. Es decir, por aquellos en que el precio, el canon o la tarifa no se mantienen inalterados durante todo el plazo de ejecución.**

**La remuneración puede ser mayor en la fase de inversión y reducirse en la de explotación, o viceversa, lo que se hará depender del plazo, la posibilidad y la repercusión de potenciales cambios climáticos, así como la obligación de tener que introducir mecanismos de protección medioambiental. Cuánto mayores sean estas tres variables, más interesante será aumentar la remuneración en el segundo periodo.**

Respecto de la forma de remuneración y de las variables en que se basa, ya al margen del riesgo ambiental no podemos dejar de hacer una recomendación en función de si la concesión es “fría” o “caliente”.

Si nos encontramos en el ámbito de las concesiones “calientes”, es conveniente mantener la demanda de los usuarios finales, como la variable principal en la remuneración del concesionario, al ser estos los que juzgaran con su uso si la infraestructura o servicio cumple con los requisitos. Esto será más fácil en los proyectos “brownfield” donde ya se dispone de datos e información previa. Pero resultará más complicado en los “greenfield”, donde la transferencia de este riesgo deberá ser mucho más, si no queremos disparar los costes

Sin embargo, en concesiones “frías”, se deben potenciar los estándares de calidad, que deben hacer un balance entre el adecuado reparto de riesgos entre Administración y concesionario y el bienestar social, ya que recordemos, si aumenta la calidad de los estándares y consecuentemente, el riesgo de no alcanzarlos, suben los costes de la concesión, lo que repercute negativamente en la función de utilidad social.

#### **Décima. La gestión del riesgo. La necesaria monitorización de cuatro áreas básicas.**

La gestión del riesgo (que tiene una dimensión negativa, evitar pérdidas y otra positiva, alcanzar nuevos objetivos) abarca todas las fases del proyecto, e incluye en la planificación (que debe considerar la interrelación y la correlación entre riesgos y donde son de gran ayuda la elaboración de escenarios), todos los riesgos que puedan suponer una contingencia.

En general se deben monitorizar cuatro áreas básicas.

En primer lugar, el área *estratégica*, que son riesgos que dificultan la aplicación de políticas estratégicas y cuyo impacto es tal que puede afectar a los objetivos básicos. No obstante, tienen una cara positiva, ya pueden señalar oportunidades para mejorar la eficiencia en la prestación de los servicios, el mejor aprovechamiento de los recursos escasos, etc.

Podríamos argumentar que, de cara a la Administración, esta primera área tiene poca importancia, pero erraríamos. Si leemos el documento de la Comisión: “*Horizonte 2020*”, la contratación pública (y lógicamente también, la adjudicación de concesiones) debe servir, no sólo para adquirir bienes y servicios, sino que debe permitir implementar políticas estratégicas y “*fomentar la innovación*”, que lógicamente se encuadra en el área estratégica de cualquier organización.

Para detectarlos y monitorizarlos serán necesarios nuevos indicadores, un escaneo constante del entorno (lo que implica un cambio de orientación hacia el exterior de la organización), un control rutinario y una especial flexibilidad para adoptar nuevos criterios y

respuestas *ad-hoc*. Esto requiere un personal al que se deberá de proveer con las herramientas y formación necesaria.

En segundo lugar, definíamos el área *operacional*, que son los riesgos que se relacionan directamente con la realización y gestión del proyecto y que no deben confundirse con el riesgo operacional de la Directiva de Concesiones, ya que éste último puede estar formado por riesgos de cualquiera de las cuatro categorías.

Directamente afectados por este riesgo están los concesionarios. Pero, indirectamente, también alcanza a las Administraciones concedentes, porque si el concesionario no dispone de los recursos o la concesión fracasa durante la ejecución, la Administración se tendrá que hacer cargo de la gestión, con todo el perjuicio que ello supone.

La tercera área incluye los *riesgos financieros*, es decir, los riesgos de mercado, de crédito y de evaluación.

Por último, hemos estudiado los *riesgos externos o "incontrolables"*, que quedan en manos de la Administración concedente, ya que hubiera tenido que asumirlos que en cualquier caso si quería llevar a cabo la operación. Son las graves alteraciones del orden público, los desastres naturales, los peligros para la salud pública. Entre ellos se encuentra el riesgo país, que debe distinguirse del riesgo político (recordemos que una causa de reequilibrio del contrato es el *factum principis* derivado de cambios políticos y legislativos que afectan indirectamente a las condiciones iniciales de la concesión), que también podría incluirse en esta categoría.

#### **Undécima. La correcta y meticulosa elaboración de un estudio de viabilidad realista.**

El estudio de viabilidad es un documento técnico interdisciplinar destinado a analizar una o más soluciones a las necesidades de la Administración y a identificar los indicadores y referencias a los cuáles deben conformarse las propuestas de proyectos.

No puede confundirse con el proyecto, porque realizarlo no implica que la inversión se vaya a hacer. Tampoco puede confundirse con el proyecto preliminar, limitándolo a los aspectos técnicos y económicos, sino que debe analizar todas las dimensiones relevantes para priorizar unas alternativas sobre otras.

En esta memoria doctoral proponemos cuatro fases a seguir para una correcta elaboración: la identificación de las políticas, estrategias y marco normativo en que se



encuadra la idea-proyecto; la descripción de las diversas alternativas y posterior construcción de una matriz que agrupe las alternativas seleccionadas en función de sus características tecnológicas, institucionales-organizativas y financieras; el análisis de viabilidad y el análisis de conveniencia que determina si la potencial inversión está justificada en términos de las prestaciones que se obtendrán.

Estas fases, que se pueden descomponer en subfases, también son susceptibles de simplificación en proyectos de menor calado. Obviamente, estos cuatro pasos no son un íter obligatorio a seguir en cualquier elaboración de un estudio, pero sí consideramos que ayudan a una utilización más eficiente los recursos públicos.

#### **Duodécima. ¿Cómo organizarse para gestionar el riesgo? La Gobernanza del riesgo.**

Una vez asignados los riesgos a cada una de las partes, el poder o entidad adjudicadora necesitará una organización capaz de gestionar los que le hayan correspondido en el reparto. Es por ello que en la memoria doctoral estudiamos la “Gobernanza del Riesgo” y sugerimos extender esta estructura de que disponen las empresas a las administraciones públicas, debido a que también actúan como sujetos de mercado, en un entorno muy cambiante y a que los contratos son cada vez más complejos, especialmente en el ámbito de las concesiones.

Esta “gobernanza del riesgo” de las administraciones se dividiría en tres niveles.

La *gobernanza del riesgo* en sí, que es el nivel donde se identifican los riesgos que potencialmente amenacen a la concesión. En el caso de las concesiones, estos riesgos deberán identificarse en el estudio de viabilidad previo a la licitación y adjudicación de la concesión.

La *infraestructura y gestión del riesgo* es el nivel que crea el proceso de gestión y comunicación de riesgos. Lo que sería un sistema de detección y comunicación temprana de los riesgos, que debería estar desarrollado y en funcionamiento antes incluso de la preparación de los documentos de licitación, porque se verían beneficiados del mayor grado de conocimiento de la Administración, que además, podría exigir un sistema similar al concesionario.

La *titularidad del riesgo* que es el nivel que ejecuta las directrices del primero y en el que se determinan los responsables de cada riesgo específico. En una concesión, esta fase es tanto previa a la adjudicación (cuando se asignan los riesgos en función de quién está mejor preparado para asumirlo y de la transferencia efectiva del riesgo operacional), como posterior (porque los riesgos asumidos por la Administración deberían asignarse a un titular en concreto, que será el encargado de monitorizarlos).

La siguiente pregunta que cabe hacerse es, **qué órgano dentro de una Administración concedente es el más idóneo para monitorizarlo. Podemos apuntar al responsable del**

**contrato, como persona más idónea dentro de un contrato. Sin embargo, y aunque la LCSP ya representa una mejoría respecto al TRLCSP al regular su obligatoriedad, la figura carece de un régimen legal al que acogerse, y se desconocen las funciones exactas que debe cumplir. Lo cual es muy criticable en una ley que, en general, peca de reglamentarista.**

En cualquier caso, **se opte o no por asignar la monitorización del riesgo al responsable del contrato, a fin de que la titularidad del riesgo no sea sólo una carga para el funcionario a quien corresponda, se le podría compensar económicamente por su actuación.** La idea es que, no sólo vale “castigar” al responsable si ha ocurrido un riesgo, si no que la adecuada prevención le beneficie. Para ello serían precisas unas evaluaciones internas periódicas que podrían unirse a la obligación de informar periódicamente y que servirían de motivación a controlar los riesgos que pueden hacer fracasar la concesión.

Vemos que, como todos los riesgos asumidos por la Administración se gestionarán necesariamente en los tres niveles, es necesaria una estructura conjunta, que maximizará el esfuerzo realizado y evitará errores, lagunas y duplicaciones. Dentro de estas interrelaciones, los riesgos se mantienen en un nivel aceptable, ya que cada sección se hace cargo de sus riesgos concretos.

En este sistema, como decimos, es clave la estructura y las interrelaciones departamentales, para lo que será necesario establecer canales de comunicación, también con el concesionario. Obviamente no será tarea fácil, debido a las estructuras jerárquicas y poco flexibles de la Administración, a lo que se suma la obligación de utilizar las vías de comunicación formales.

**La estructura sugerida no es ni mucho menos obligatoria para conseguir una gestión de riesgos adecuada, pero un sistema, sea cual sea por el que opte la organización, sí que facilita el control coste-efectivo del riesgo e incentiva la respuesta de la organización en su conjunto ante posibles contingencias.**

La conclusión es que la implementación de un buen sistema de identificación, gestión y monitorización de riesgos no es una tarea sencilla y supone una gran inversión. Pero es una inversión de cara a futuro y no un gasto, pues a la larga, estos recursos facilitarán la ejecución pacífica de las concesiones, reducirán la potencial litigiosidad de estos contratos y disminuirán los costes de reequilibrar el contrato. La reducción de costes implicará más recursos disponibles para ofrecer más y mejores infraestructuras y servicios a la ciudadanía.

**No podemos dejar de insistir en que los riesgos no pueden eliminarse, pero sí es posible prepararse para su ocurrencia, para lo cual son muy útiles los modelos de gestión del riesgo**

como el propuesto, cuyas probabilidades de éxito aumentarían en función de la capacitación del personal responsable, lo que implica una inversión, tanto en herramientas de monitorización de riesgo, como en formación de personal.

**Decimotercera. *Building Information System* como instrumento para controlar los estándares exigidos en contrato y la aplicación de las penalizaciones automáticas.**

Los *Building Information System* (BIM) son plataformas integradas e interoperables, cuya implantación supone, por una parte, disminuir las posibilidades de que sean necesarias modificaciones en fase de construcción (se introducen, ya de partida, indicadores para medir la ejecución, que se analizará en tiempo real, reduciéndose así el riesgo de construcción). Por otra parte, exige que el diseño de la construcción y de la prestación posterior de servicios se haga de un modo integrado, lo que implica que se adelanta a esta fase la planificación de los servicios, contrariamente a la práctica habitual. Así se evita que los servicios posteriormente prestados tengan un coste superior al previsto en el Plan Económico Financiero.

En la fase de explotación monitoriza los costes, detectando tempranamente desviaciones y garantizando así que la concesión se desarrolle sin problemas.

Un punto más, a favor de los sistemas BIM, es que la LCSP los reconoce expresamente y fomenta su utilización, aunque los denomina "*herramientas de modelado digital*".

**Decimocuarta. La trasposición en España de las Directiva de Concesiones. La problemática derivada del contrato de gestión de servicios públicos.**

La legislación española ha distinguido tradicionalmente entre los contratos de gestión de servicio público (que han dado paso a la concesión de servicios recogida en la Directiva), en los que una Administración titular de una actividad publicada decide prestarla indirectamente a través de un tercero, y los contratos de servicios, en los que era la propia administración contratante la que recibía el servicio prestado.

El problema es que estos contratos, ya extintos, de gestión de servicios, no pueden identificarse con la concesión de servicios definida por la Directiva. Y ello porque, **mientras en el contrato de gestión de servicios público se subraya que es un tercero el que se encargará de prestar un servicio de competencia de la administración encomendada, en la Directiva, la titularidad y la competencia se obvian, para resaltar la importancia de la transferencia del riesgo, como rasgo definitorio de la concesión de servicios. De acuerdo con la Directiva, serán**

**susceptibles de concesión los servicios que puedan ser explotados económicamente, independientemente de si son públicos o no.**

Cuando analizamos las modalidades a través de las cuáles se podía articular el contrato de gestión de servicios, detectamos las profundas diferencias entre ambos contratos.

**Y es que, de las cuatro modalidades que incluía el contrato de gestión de servicios públicos, sólo se puede equiparar a las concesiones de servicios en el sentido de la Directiva, precisamente la modalidad de concesión, y esto siempre que se cumplan las condiciones de remuneración mediante explotación y transferencia de riesgo.**

Sí que cabría debatir sobre si la gestión interesada, donde sí hay un reparto de riesgos entre la Administración y el sujeto privado, sería susceptible de subsunción en el concepto de concesión de servicios de la Directiva. De todas maneras, sería una cuestión únicamente teórica porque, curiosamente, es la única modalidad que desaparece completamente del texto de la LCSP (ya que la sociedad de economía mixta y el concierto se siguen manteniendo en sendas disposiciones adicionales).

Un problema adicional de este tipo contractual eran sus amplios plazos de duración, que suscitaban que, a nivel local en nuestro país, contratos que debían licitarse como contratos de servicio, se anunciaran como contratos de gestión de servicio público.

La vigente LCSP, hace desaparecer el contrato de gestión de servicios para cualquier umbral, lo que no ha estado exento de controversia. Esto implica que estos contratos se reconducirán a la categoría de concesión de servicios o de contratos de servicios, en función de la transferencia del riesgo operacional.

No obstante lo dicho, la supresión del contrato de gestión de servicios públicos, aunque positiva desde el punto de vista de armonización con el Derecho Europeo, ha de matizarse.

**En primer lugar, porque las concesiones de servicios que no alcancen los elevados importes comunitarios seguirán estando al margen de las obligaciones de publicidad y transparencia.**

Además, **aunque ya no se recogen en un solo artículo bajo la forma de contrato de gestión de servicios, no desaparecen todas las modalidades de gestión de servicios públicos, sino que se “esconden” en el preámbulo y las disposiciones adicionales de la Ley.** La única modalidad que realmente desaparece en la nueva LCSP, es la gestión interesada, que es, como decíamos, la única, además de la concesión, que suponía un “cierto” reparto de riesgos entre Administración y operador económico.

De ahí que no podamos menos que reflexionar sobre la desaparición real de la figura del contrato de gestión de servicio público. ¿Cuál era la intención del legislador al eliminar el término pero esconder tres de sus modalidades en el texto? De esta forma, es necesario un dominio completo del texto legal para poder acudir a todas las modalidades, pero se pueden seguir utilizando igualmente. ¿Cuál es la finalidad de dejar al gestor en la oscuridad y caos más absoluto, cuando con anterioridad se regulaba todo en un solo artículo? ¿Para quién es la norma?

Del estudio sistemático de la legislación y la práctica concesional en España, podemos concluir que, a pesar de que la figura concesional no es una absoluta desconocida, los requisitos de la Directiva sí que obligarán a la adaptación legislativa y práctica de la nueva figura.

Adaptación que se aprecia ya en el vigente texto de la LCSP, cuyo artículo 15 configura el contrato de concesión de servicios que implica la *“gestión de un servicio cuya prestación sea de su (poderes adjudicadores) titularidad o competencia”* donde la remuneración es *“el derecho a explotar los servicios”* o *“dicho derecho acompañado del de percibir un precio”*. **La LCSP entremezcla las exigencias europeas de transferencia del riesgo operacional y de explotación como forma de remuneración, con la posibilidad de pago de un precio, siempre que este no elimine el riesgo; y la tradicional característica del contrato de gestión de servicios español, en que la actividad prestada indirectamente era de titularidad de la Administración concedente.** Eso sí, se produce un cambio importante porque estos servicios, aunque titularidad de la Administración, no tienen por qué ser públicos.

Por eso, y para paliar los temores de que la primacía del criterio de la transferencia del riesgo sobre el concepto de servicio público pudiera influir negativamente en la prestación a los ciudadanos, se han introducido requisitos en determinados contratos de servicios que conllevan prestaciones directas a favor de la ciudadanía.

En cualquier caso, parece que, que al menos, en cuanto a normativa se refiere, y dejando a un lado la titularidad del servicio, vamos en la buena dirección.

#### **Decimoquinta. La trasposición en España de las Directiva de Concesiones. ¿Remunicipalización o reinternalización? Sobre el encendido debate del rescate de las concesiones**

En la actual coyuntura es de obligada referencia el tema del rescate de las concesiones. Es esta una causa de rescisión del negocio concesional, debido a que la gestión directa se considera más eficiente y adecuada de cara a garantizar la satisfacción de los intereses públicos.

Como un servicio público puede ser gestionado directamente por la administración titular de la competencia o indirectamente por un operador económico, en aras de una prestación lo más eficiente posible y en unas circunstancias económicas desfavorables, se tendió a recurrir a externalizar la prestación de servicios. Es decir, el servicio continuaba siendo competencia de una administración, pero la gestión era indirecta.

En los últimos años, **bajo la premisa de que la gestión privada no es tan eficiente, se está propugnando el retorno a la gestión directa. Es esto lo que se conoce bajo el nombre de “remunicipalización”, cuando en realidad se trata de una “reinternalización” del servicio, porque la titularidad nunca dejó de ser del municipio o de la administración correspondiente.**

Se trata de un rescate en toda regla, que deberá satisfacer todos sus requisitos, a riesgo de impugnación por adjudicación directa ilegal si se asigna a organismos públicos, entidades públicas empresariales locales y sociedades mercantiles de capital local sin cumplirse los requisitos de encargos a medios propios.

Como vemos, su aplicación resulta extremadamente difícil, ya que, además de que **la Administración no podrá acudir a la figura de la “remunicipalización” arbitrariamente, sino que deberá basarse en la satisfacción del interés público, será necesario valorar, no sólo los costes directamente relacionados con la gestión directa posterior** (y que pueden incluso suponer la subrogación del personal asociado a la concesión), **sino también los costes de pagar la indemnización por el rescate que, a la postre y aunque no conste expresamente en la LCSP, supone la expropiación de un derecho; así como demostrar que la medida no incurre en un mayor déficit.**

#### **Decimosexta. La trasposición en España de las Directiva de Concesiones. La desaparición de la CPP.**

La LCSP afirma en su preámbulo que su eliminación del texto se debe a que su objetivo puede fácilmente desarrollarse mediante el contrato de concesión. Si bien compartimos esta opinión, consideramos la propuesta del legislador italiano de interés y ello por varios motivos.

El nuevo Código italiano mantiene la CPP para las concesiones frías en que se transfiere el riesgo de disponibilidad (ya no se habla de riesgo de oferta o suministro). Conservar esta figura asociada a este tipo de riesgo es posible porque, aunque no viene regulada en las Directivas, nada impide su regulación en un Estado Miembro, al no ser una materia de competencia exclusiva de la UE.

Como venimos repitiendo, **las concesiones, tal y como se definen en la Directiva, se caracterizan por la transferencia del riesgo operacional, que no contempla el riesgo de disponibilidad, que es el que se transfiere en la CPP. Es más, una concesión en que sólo se transfiera este riesgo, dejará de ser concesión.**

Paradójicamente, si se transfiere este riesgo de disponibilidad y el de construcción, nos encontraremos ante una Asociación Público Privada a tenor del SEC 2010 (claro está, siempre que se den determinados requisitos), que no computa dentro del ámbito de endeudamiento de la Administración concedente, pero que no será una concesión según los parámetros de la Directiva.

A nuestro juicio, de una discusión teórica muy interesante, estamos creando un problema práctico, que se podría solucionar simplemente llamando las cosas por su nombre. **De ahí que propongamos la utilización del término “concesión” en el caso de las concesiones “calientes” o “templadas”, en que se transfiere el riesgo de oferta o suministro y/o el de demanda; e incluso en el caso estudiado de concesiones “frías” no estrictas donde hay un ciudadano, usuario indirecto del servicio, lo que permite la articulación del nuevo riesgo de oferta o suministro, porque ya no nos encontramos ante una relación bilateral.**

Sin embargo, consideramos que las concesiones “frías” estrictas, no son concesiones y no deberían ser denominadas como tales. Y ello porque, si se traslada algún riesgo será, en el caso de concesiones de obra, el de construcción; al que se podrá sumar el riesgo de disponibilidad, de no cumplir los parámetros prefijados en el contrato. Es decir, lo que el SEC 2010 conoce como CPP.

No negamos la utilidad de las concesiones “frías” estrictas, pero consideramos que el término concesión no es ajustado. Y que ya existe un término para este tipo de relación y es Colaboración Público Privada, que además, sigue permitiendo el objetivo de excluir de la consolidación contable una determinada inversión.

La siguiente cuestión que cabría plantearse aquí sería sobre el posible régimen regulatorio de una potencial CPP. **En el caso de que se transfiera el riesgo de demanda y/o el de oferta o suministro, es decir, lo que hemos denominado como concesiones “calientes”, “templadas” y “frías” no estrictas, está claro que hay que atenerse a las disposiciones de la Directiva de Concesiones.**

Si por el contrario, lo que se transfiere es el riesgo de disponibilidad, en lo que hemos identificado como concesiones “frías” estrictas, la normativa a seguir no está tan clara. Y a

nuestro parecer se debe al empeño de llamar concesión a un contrato que no lo es. Y no lo es porque el riesgo de disponibilidad no es una contingencia incontrolable para el concesionario. **Las concesiones “frías” estrictas, a las que podríamos denominar CPP, siguiendo al legislador italiano, son lisa y llanamente contratos. Cierto es que son complejos, pero no por ello dejan de ser contratos que se deberían regir por las disposiciones de la Directiva “clásica”. La buena noticia para los poderes adjudicadores es que, aunque no sean concesiones en el sentido de las Directivas, si cumplen con los criterios del SEC 2010, no computarán dentro del ámbito de endeudamiento de las Administraciones Públicas.**

La última pregunta que nos hacemos en este punto es qué clase de concesiones reconoce la LCSP.

Entre las concesiones de servicios, se distinguen claramente las calientes, las templadas y las frías no estrictas, según la clasificación de la doctrina italiana. Es más dudoso que incluya en su ámbito de aplicación a las concesiones frías estrictas, que están generando controversia entre la doctrina.

No obstante, cuando se trata de concesión de obras, el apartado 4 del artículo 267 de la LCSP, referido a la retribución por utilización de la obra parece reconocerlas expresamente.

Diferencia en cuanto a la remuneración incomprensible, porque, además de no estar recogida en la Directiva, llevará a una disminución de la utilización de las concesiones de servicios, sobre todo en casos donde la demanda es inexistente o el sector privado muy averso al riesgo.

### **Decimoséptima. La trasposición en España de las Directiva de Concesiones. El plazo como elemento vital en la configuración de una concesión.**

La duración de una concesión es un elemento clave de su viabilidad financiera al incidir en su rentabilidad y en el equilibrio del negocio concesional.

La LCSP recoge la regla general de la Directiva de Concesiones sobre la duración máxima de cinco años de las concesiones, pero el tenor literal del artículo 29 plantea dudas.

En primer lugar, si este plazo es meramente indicativo, ya que ambos textos aclaran que podrá superarse si es necesario para recuperar las inversiones junto a un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta el TIR.



En segundo lugar, **el artículo parece dar a entender que si la concesión no supera los cinco años, no es necesario justificar este plazo de recuperación de las inversiones y un beneficio razonable. Razonamiento del que discrepamos porque cualquier distorsión de la competencia en un mercado debe estar muy justificada, y una limitación temporal es una importante alteración de los parámetros competitivos.**

En tercer lugar, **las duraciones máximas que se recogen para determinados tipos de concesiones** (que pueden ser interesantes de cara imponer límites máximos para evitar el cierre de mercado), **y que la Directiva no contempla, pueden llevar a que estos plazos se agoten sin necesidad, porque la recuperación de la inversión y de una determinada rentabilidad no lo justifiquen.**

En cuarto lugar, ¿qué se podría hacer si nos encontramos ante una concesión en la que la recuperación de las inversiones y un beneficio razonable superan estos plazos? La solución más lógica, si se quiere articular un negocio concesional es añadir a la remuneración por explotación el pago de un precio, con el límite de que no elimine la transferencia de riesgo operativo de la concesión.

En el caso de concesiones de obras, es curioso que si bien la ley nacional no establece ningún porcentaje limitativo a la financiación pública (lo que incentiva el interés en este tipo de proyectos, porque puede ser más elevada, pero causa inseguridad jurídica en cuanto a si se entenderá transferido el riesgo operacional) *la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos* de Navarra sí que afirma que esta financiación y aportaciones no podrán superar el 50% valor estimado del contrato.

En este punto no podemos dejar de hacer una, si bien breve, referencia a la transferencia del riesgo en la LCSP.

En este punto no podemos dejar de hacer una, si bien breve, referencia a la transferencia del riesgo en la LCSP.

Esta transcribe, de manera literal, la definición que hace la Directiva de Concesiones del riesgo operacional en el apartado 4 de su artículo 14, referido a las concesiones de obras (pero extensible a las de servicios en virtud del apartado 2 del artículo 15).

Es decir, en condiciones normales de mercado, el concesionario no tiene asegurada la recuperación de las inversiones y de un beneficio razonable.

Características principales de la concesión son la transferencia del riesgo operacional y la remuneración del concesionario a través de la explotación

Esta remuneración se articula a través de tarifas, que, como aclara ya el preámbulo de la LCSP, derivan de la “potestad tarifaria” de la Administración. Es importante la distinción entre ambos términos, porque, si se configurara el pago del concesionario a través de tasas y precios públicos (que son ingresos de derecho público, derivados de la potestad tributaria), al ser recaudación para un gasto público, además de computar a efectos del déficit de acuerdo con los criterios EUROSTAT, implicaría que no nos encontraríamos ante una concesión de servicios, porque al ser un ingreso tributario se elimina la transferencia del riesgo operacional<sup>948</sup>.

#### **Decimoctava. La trasposición en España de las Directiva de Concesiones. La Oficina Nacional de Evaluación.**

La nueva Oficina Nacional de Evaluación es un novedoso órgano de control *ex ante* de la sostenibilidad financiera de las concesiones. **Control que se efectuará mediante la evacuación preceptiva de un informe siempre que, o bien se realicen aportaciones públicas a la construcción o a la explotación de la concesión, o bien la tarifa sea asumida total o parcialmente por el poder adjudicador concedente cuando el importe de las obras o los gastos de primer establecimiento superen un millón de euros.**

Aunque un **punto negativo es que no es obligatorio en el caso de peaje duro, en que el usuario paga la totalidad de la remuneración del concesionario, si vemos muy positivo que este informe deba evacuarse cuando el importe de las obras o los gastos de primer establecimiento supere un millón de euros.** Es decir (y aunque en aras de una mayor seguridad jurídica hubiera sido interesante utilizar el concepto de Valor Estimado del contrato, que aclaran y delimitan perfectamente las Directivas y no el de gastos de primer establecimiento, que se utilizaba en relación con el contrato de gestión de servicios públicos y que ni siquiera tenía una definición en el TRLCSP), se rebajan considerablemente los umbrales comunitarios para incluir en el ámbito de aplicación a un mayor número de concesiones.

La ONE también debe elaborar un informe en caso de restablecimiento del equilibrio en estos mismos contratos.

A pesar de que consideramos muy positivo este informe sobre la sostenibilidad financiera, ya que, si el poder adjudicador se aparta del mismo, debe justificarlo a riesgo de incurrir en arbitrariedad, no podemos dejar de hacer una importante crítica y es que **este control previo, sólo se ejerce sobre concesiones de servicios “públicos”, lo que limita su ámbito de aplicación**

---

<sup>948</sup> No obstante lo dicho, la configuración de la retribución del concesionario en forma de tasa queda fuera de las posibilidades de la entidad contratante.

**y dista mucho de la finalidad europea de controlar la adjudicación de concesiones de todo tipo de servicios. Tampoco se extiende el control a las figuras paraconcesionales. El control que se ha extendido a través de una rebaja de los umbrales, queda así muy restringido.**

### **Decimonovena. La trasposición en Italia de la Directiva de Concesiones.**

El siguiente país analizado es Italia, seleccionado porque su tradición legislativa y jurídica es muy similar a la nuestra y porque también han hecho un gran uso de los contratos de CPP y de concesión, con resultados similares al de nuestro país.

En nuestro país vecino, optaron por elaborar una ley de delegación al gobierno, con la intención de trasponer la cuarta generación de Directivas, así como reordenar y sistematizar el conjunto de la contratación pública.

**También se ha decidido mantener y extender la regulación de la CPP, pero se ha hecho de tal manera que se plantean una serie de preguntas que repercuten negativamente en la necesaria seguridad jurídica que exige este modelo de contratación. No queda muy claro en la regulación definitiva qué regulación es subsidiaria, si la de la CPP para las concesiones, o la de concesiones para CPP.**

Sí que consideramos muy positivas las mayores garantías procedimentales y la menor flexibilidad en la elección de un procedimiento para el caso concreto que se exigen para licitar una CPP debido a que, a diferencia de las concesiones donde, al transferirse el riesgo de demanda, es el mercado el que “juzga” la actuación del concesionario, que se verá obligado a ser eficaz y eficiente en la construcción y explotación de la infraestructura o en la prestación del servicio, optimizando los costes y manteniendo los niveles de calidad, para poder recuperar la inversión y obtener un beneficio razonable; el concesionario no tiene estos incentivos externos a cumplir con el Plan Económico-Financiero, optimizando los costes y manteniendo el nivel de calidad porque viene remunerado en función de unos estándares establecidos en contrato, que especialmente en los casos en que se dé una situación de información asimétrica entre agente y principal, serán más difícilmente comprobables y pueden llegar a suponer cánones excesivos respecto a los riesgos que efectivamente soporta el concesionario.

Sin embargo, esto plantea dos problemas.

En primer lugar, al regular el legislador italiano las concesiones como subcategoría de la CPP y permitir en su adjudicación un mayor grado de flexibilidad, esto puede llevar a confusiones o incluso a utilizaciones “extensivas” y torticeras del riesgo de oferta o suministro, cuando lo

único que se transfiere es el riesgo de disponibilidad, para justificar la utilización del contrato concesional y sus mayores márgenes de flexibilidad.

Por otro lado, y a pesar de coincidir plenamente en los motivos argumentados para justificar la rigidez del procedimiento en CPP, esta regulación excesiva es contraria a la actual orientación europea que potencia la flexibilidad en la adjudicación de procedimientos complejos y a largo plazo, donde es difícil conocer el mercado, pueden aparecer innovaciones tecnológicas y no se pueden conocer de antemano todas las condiciones de la contratación.

Esta falta de flexibilidad en un tipo contractual regulado al margen de las Directivas, no resulta problemático por debajo de los umbrales comunitarios. Sin embargo, la experiencia práctica muestra que los contratos articulados en modalidad CPP, suelen ser de grandes cuantías para lograr alcanzar economías de escala y alcance, una de sus principales ventajas. Y un contrato, sea concesión, sea contrato estricto, que supere los umbrales deberá respetar esta normativa, lo que vuelve a plantear la duda de si no es esto un exceso legislativo.

#### **Vigésima. La trasposición en Alemania de la Directiva de Concesiones.**

También en Alemania la regulación de las concesiones de servicios ha resultado muy novedosa, en particular el nuevo concepto de transferencia del riesgo operacional, cuyo alcance no queda determinado en la ley contra las restricciones a la competencia (*GWB - Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*). Será así la propia entidad concedente la que calcule el riesgo de prestar directamente el objeto de la concesión, para posteriormente comprobar en qué medida se trasfiere este riesgo al concesionario. En caso de duda acerca de si la transferencia de riesgo es suficiente, se deberá adjudicar un contrato de servicios y no una concesión de servicios.

Del estudio sistemático de la legislación alemana en materia de contratos y de competencia, de la jurisprudencia de los diferentes tribunales del estado y regionales, así como de la doctrina, constatamos que es un sistema muy diferente al español.

En primer lugar, porque **los contratos y concesiones de importe armonizado se regulan en la ley contra las restricciones a la competencia, debido a que cualquier adquisición hecha por un poder adjudicador va a tener un impacto en la competencia en el sector donde se lleve a cabo, que queda legitimado por la satisfacción del interés general;** mientras que en España los contratos gozan de una ley propia y autónoma. Los contratos y concesiones que no alcancen estos umbrales comunitarios, al no tener interés trasfronterizo se deduce que tampoco tienen un gran impacto en la competencia del sector, lo que justificaría la exclusión del ámbito de aplicación de la ley contra las restricciones a la competencia.

Además, y hasta la reforma de 2016, la normativa de contratos armonizados se estructuraba en un sistema en cascada. Sistema que con la última reforma, sólo se mantiene para obras.

**De esta estructura nos parece muy positivo que los diferentes sectores se regulen cada uno en un reglamento especial, que además de ser muy específicos, lo que es de gran ayuda al gestor, son relativamente cortos, lo que favorece la seguridad jurídica.** Podría ser un buen ejemplo a seguir para el legislador español.

Así, la regulación principal de las concesiones se encuentra en el *Verordnung über die Vergabe von Konzessionen – Konzessionsvergabeverordnung*, una norma con rango de reglamento, que, si bien con cierto escepticismo inicial, consideramos muy acertado. Y esto porque es claro, conciso y breve y porque las modificaciones que hagan la jurisprudencia y futuras Directivas de Contratación serán fácilmente trasponibles a la legislación alemana, lo que redundará en la seguridad jurídica y disminuirá la litigiosidad en este tipo de contratos.

**Lo que sí consideramos muy problemático, es que está regulación tan clara y con un sistema de recursos en dos instancias tan garantista, es sólo aplicable a los contratos y concesiones de importe armonizado, dejando al resto en la oscuridad normativa más absoluta, donde es preciso conocer la ley presupuestaria que resulta de aplicación, a lo que se suman el Pliego de Condiciones Generales de la Contratación estatal en obras (*Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – VOB*) y el Pliego de Condiciones Generales de la Contratación estatal en servicios (*Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen - VOL*), además de reglamentos de entidades locales.** Que estos contratos no SARA, que representan un 90% de la contratación pública alemana, no presenten, teóricamente, interés transfronterizo, no nos parece razón suficiente para justificar esta inseguridad normativa.

**Es más, en Alemania, como en Italia se da el problema añadido de que las concesiones sólo tendrán acceso al sistema de recursos contractuales, más especializado y rápido, cuando alcancen los importes comunitarios (en España los umbrales se han rebajado), con lo que los poderes adjudicadores se pueden “evitar”, al calificar un contrato como concesión, procesos de revisión y potenciales suspensiones en la adjudicación.**



# BIBLIOGRAFÍA

## 1. LITERATURA

ABBAMONTE, O. "Appalti sotto-soglia e certezza del diritto", Congreso "I contratti sotto-soglia alla luce delle linee-guida n. 4/2016" organizado por IGI en Roma el 19 de abril de 2018.

AGUADO I CUDOLÀ, V. "Efectos de la invalidez y prórroga de los contratos públicos", El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, 2017, págs. 223-272. ISBN 978-84-7351-589-4.

AGUDO GONZÁLEZ, J. "El tiempo en las concesiones de servicio público. Continuidad en la prestación del servicio y potestas variandi versus libre concurrencia", Revista General de Derecho Administrativo nº 26, 2011. ISSN-e 1696-9650

ALBALA BERTRAND, J. *Political economy of large natural disasters with special reference to developing countries*. Clarendon Press. Oxford. ISBN: 9780198287650

ALBENDEA SOLÍS, I. "El reequilibrio económico de los contratos públicos" en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo III. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2369-2370. ISBN: 978-84-9169-926-2

ALBI, F. *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*. Aguilar, 1960.

ALEMANY GARCÍAS, J. *La recuperación de los servicios públicos locales. (Texto actualizado a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público)* Editorial Civitas, Madrid, 2018, págs. 36-47 ISBN: 9788491977261.

ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M. "La colaboración privada en la gestión de servicios sociales públicos. La incidencia de las nuevas directivas de contratación y su transposición al ordenamiento jurídico español", Revista española de derecho administrativo nº 172, 2015, págs. 317-362, ISSN 0210-8461.

ÁLVAREZ MONTOTO, J. "El equilibrio económico en los contratos de concesión y la oficina nacional de evaluación", Revista de estudios locales nº 190, Cunal 2016, págs. 58-68. ISSN 1578-9241.

APARICIO ROQUEIRO, C.L. "La aversión al riesgo en el mercado español de renta variable y sus determinantes", Comisión Nacional del mercado de Valores. Dirección de Estudios y Estadística. Monografías nº 9. Julio 2005. ISBN 84-87870-47-3.

ARIAS RODRÍGUEZ, A. "Llega la Oficina Nacional de Evaluación", Contratación, Entidades Locales. 13.08.2015

ARIÑO ORTIZ, G. "Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos", ENAP, Alcalá de Henares 1968.

ARIÑO ORTIZ, G. "Contrato de obra, concesión de obra, concesión de servicio público, ¿son técnicas intercambiables?", REDETI: Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red nº 22, 2005, págs. 57-83. ISSN 1139-482X

ARROWSMITH, S. LINARELLI, J. WALLACE, D. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, Kluwer Law International, The Hague (Netherlands), 2000.

BAEZA MUÑOZ, M.A. ORTEGA HORTELANO, A. VASSALLO MAGRO, J.M. “Reparto de riesgos en concesiones de infraestructuras ante la crisis económica”, Universidad politécnica de Madrid.

BAEZA MUÑOZ, M.A. VASSALLO MAGRO, J.M. “Lecciones sobre la situación actual de las concesiones de autopistas de peaje españolas”, Universidad politécnica de Madrid.

BAÑO LEÓN, J.M. “Del ius variandi a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos”, Anuario de Gobierno Local nº1 2012, IDP, Barcelona, 2013, Págs. 141-151. ISSN 2013-4924.

BAÑO LEÓN, J.M. “El «modificado» de los contratos” en libro col. *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público*. (coord.) J.M. GIMENO FELIÚ, Thomson Reuters Aranzadi, 2018. Págs. 1345-1364. ISBN: 9788491776277 9788491776253

BARRERO RODRÍGUEZ, C. “Las causas generales de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público” en libro col. *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público* (coord.) J.M. GIMENO FELIÚ, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, págs. 1365-1391. ISBN: 9788491776277 9788491776253

BERMEJO VERA, J.L. *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974). Estudio específico de Renfe*. TECNOS, 1975. ISBN 10: 8430905995 y ISBN 13: 9788430905997

BERNAL BLAY, M.A. “La colaboración público-privada institucional”, Revista Aragonesa de Administración Pública nº 37, 2010, págs. 93-138. ISSN 1133-4797.

BERNAL BLAY, M.A. *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”*, Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

BERNAL BLAY, M.A. “Las «leyes del contrato» (los pliegos): contenido esencial y formas de control” en libro col. *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público*. (coord.) J.M. GIMENO FELIÚ, Thomson Reuters Aranzadi, 2018. ISBN: 9788491776277 9788491776253

BERNAL BLAY, M.A. “La contratación de los servicios a las personas” en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo III. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. ISBN: 978-84-9169-926-2

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. “Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación” en libro col. *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público*. (coord.) J.M. GIMENO FELIÚ, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, págs. 689-713. ISBN: 9788491776277 9788491776253.

BIANCHI, T. PONZONE, L. “La Corte di giustizia torna sulla distinzione tra concessione di servizi e appalto di servizi”, Diritto Comunitario e scambi internazionali nº2, abril-junio 2010.

BLANCO LÓPEZ, F. “La Directiva 23/2014 de contratos de concesión. El “riesgo operacional””. Vol. 24 Extraordinario XXIII Congreso 2014, Ponencias. Pág. 93.

BLANCO MOA, J.A. “Modificación del contrato de concesión de la autopista del Atlántico”. Artículo de opinión en ObCP. 11.02.2019

BLANQUER CRIADO, D.V. *La concesión de servicio público*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. ISBN 978-84-9004-723-1



BRACONNIER, S. «La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives», AJDA 2014.

BRUNETE DE LA LLAVE, M.T. *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009. ISBN: 9788481262575

BRUNETE DE LA LLAVE, M.T. "Colaboración público-privada" en libro col. *Observatorio de Contratos Públicos 2010* (dir.) J.M. GIMENO FELIÚ, M.A. BERNAL BLAY, Civitas (Navarra) 2011.

BURGUI, M. Vergaberecht. Systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung. Druckerei C.H. Beck, Nördlingen. München 2016. ISBN 978 3 406 69589 6.

BURGUI, M. DREHER, M. *Beck'scher Vergaberechtskommentar. Band 1: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB - 4. Teil 3.* Auflage 2017. C.H.BECK München ISBN 978-3-406-69951-1

CACHARRO GOSENDE, "La concesión de servicios en la LCSP/2017" en libro col. *La nueva contratación pública en el ámbito local claves para una contratación electrónica y transparente* (dir.) M<sup>a</sup> C. CAMPOS ACUÑA, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 1099-1103. ISBN: 9788470527531

CALATAYUD PRATS, I. "Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista de las concesiones de obra y servicio público: la liquidación del contrato (RPA) y la indemnización de daños y perjuicios", Revista General de Derecho Administrativo nº 44, Iustel, enero 2017, ISSN-e 1696-9650

CANTO LOPEZ, M.T. "El buen gobierno de la sociedad de economía mixta en el marco de la contratación pública" en libro col. *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública* (dir.) M. FERNÁNDEZ SALMERÓN, R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 469-485. ISBN: 978-84-9190-594-3

CAPONIGRO, R. *Le prime criticità nell'applicazione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici da parte della giurisprudenza amministrativa.* 17 de abril de 2018.

CARANTA, R. "La Corte di giustizia ridimensiona la rilevanza del rischio di gestione", Urbanistica e appalti, volume 16, fascicolo 3, 2012, págs. 287 – 298.

CARANTA, R. *I Contratti Pubblici. Sistema diritto amministrativo italiano.* Giappichelli 2012. ISBN: 8834825993

CARLÓN RUIZ, M. "Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal" en libro col. *Derecho de la regulación económica, Vol. 1: Fundamentos e instituciones de la regulación. 2010* (dir.) S. MUÑOZ MACHADO, Iustel, 2009, págs. 463-536. ISBN 978-84-9890-046-0.

CASARES MARCOS, A.B. "Arts. 28-29" en libro col. *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.* (dir.) J.M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, P. BOCOS REDONDO, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018. ISBN: 9788470527630.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. Nuevos mecanismos de control para garantizar la integridad en la contratación pública " en libro col. *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público.*

(coord.) J.M. GIMENO FELIÚ, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pág. 1615-1651. ISBN: 9788491776277 9788491776253.

CHITI, M.P. “Il Partenariato pubblico e Privato e la nuova direttiva concessioni” en libro col. *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato - Temi europei, istituti nazionali e operatività*, (dir.) G. CARTEI, M. RICCHI. Editorial Scientifica. Nápoles 2015.

CHITI, M.P. “Le modifiche al Codice dei Contratti Pubblici: un "correttivo scorretto"? –Il commento”, Legge di Italia. *Giornale Diritto Amministrativo*, 4, 453 (commento alla normativa). Wolters Kluwer 2017.

COLEMAN, T.S. *A practical guide to risk management*. CFA Institute Research Foundation Volume 2011 Issue 3. 1.07.2011.

COZZIO, M. M. COZZIO. “Modifiche in corso di esecuzione, tra regole europee convergenti e interpretazioni nazionali divergenti”, en libro col. *Appalti pubblici, in house providing e grande infrastrutture*, (dir.) M. AGOSTINA CABIDDU, M. CRISTINA COLOMBO. Dossier Appalti. Pubblica amministrazione 24. Febrero 2015.

COZZIO, M. “Capitolo III. Appalti pubblici e concessioni”, en libro col. *TEMI E ISTITUTI DI DIRITTO PRIVATO DELL'UE. Parte I. Mercato e imprese* (dir.) G.A. BENACCHIO. F. CASUCCI. Giappichelli Editore, Torino, 2017.

CROUHY, M. GALAI, D. MARK, R. *The Essentials of Risk Management*, McGraw-Hill 14.12.2005. ISBN: 0071429662

DAVID KOTZ, H. *Financial Regulation and Compliance: How to Manage Competing and Overlapping Regulatory Oversight*. John Wiley & Sons. Agosto 2015. ISBN: 978-1-118-97221-2.

DE GUERRERO MANSO, M<sup>a</sup> C. ““Rigging the bids”, el estudio que constata cómo los contratos públicos europeos se están volviendo menos competitivos y a menudo más corruptos”. Artículo de opinión en ObCP. 20.03.2017

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. *La actividad de la administración. Lecciones de derecho administrativo*. Tecnos, Madrid, 1983. ISBN: 84-309-0977-X.

DE LA MORENA LÓPEZ, J. “Ley de contratos públicos en España desde 1963 (Capítulo II. Parte 1<sup>a</sup>)”. Artículo de opinión en ObCP. 29.01.2018.

DE LA MORENA LÓPEZ, J. “Ley de Contratos Públicos en España desde 1963 (Capítulo III. Parte 1<sup>a</sup>)”. Artículo de opinión en ObCP. 03.09.2018

DE NICTOLIS, R. *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*. Zanichelli, 2017.

DE NICTOLIS, R. “Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà”, *Federalismi.it*. *Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo* nº 19, 2016. 5 de Octubre de 2017. ISSN 1826-3534.

DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M.A. *El incumplimiento en la concesión de servicio público (la extinción de la concesión de servicio por causas de incumplimiento según la normativa general estatal y local)*, RDU, 1981. ISBN: 84-7111-165-9.

DORREGO DE CARLOS, A. MARTÍNEZ VAZOSA, F. *La colaboración pública privada en la Ley de contratos del sector público. Aspectos administrativos y financieros*, La Ley, Madrid, 2009. ISBN: 9788481262117.

DOSI, C. GRECO, L. REBBA, V. SALMASO, G. PIGOZZO, F. "La Valutazione dei progetti d'investimento pubblici. Linee guide", Regione del Veneto. Giunta regionale. Quaderni del NUVV-1. Santa Croce, Venezia.

DREHER, M. BVerfG NZbau 2002,419.

DI FAUSTO, D. MARTINELLI, N. "La Governanze dei servizi: La rivoluzione nella gestione dei flussi informativi per la mitigazione dei rischi e l'attrattività finanziaria nelle concession" en libro col. *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato - Temi europei, istituti nazionali e operatività* (dir.) G.F. CARTEI, M. RICCHI, Editorial Scientifica. Nápoles 2015.

ESTEVE PARDO, J. "Estado garante. Idea y realidad", Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2015. ISBN: 978-84-7351-443-9.

ESTEVE PARDO, J. "La Administración garante. Una aproximación", Revista de administración pública nº 197, 2015, ISSN 0034-7639.

ESTEVE PARDO, J. "Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios", Revista de administración pública nº 202, 2017, ISSN 0034-7639.

EZQUERRA HUERVA, A. "La gestión directa de servicios locales mediante personificación interpuesta: una potestad organizativa sujeta a la legislación de contratos". Artículo de opinión en ObCP. 30.09.2018.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. "Los criterios para adjudicar los contratos y el nuevo derecho europeo de la contratación pública", Revista Contratación Administrativa Práctica nº 131, mayo-junio 2014, págs. 26-46. ISSN 1579-3036.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. "En torno a la controvertida compatibilidad del concepto de concesión con la responsabilidad patrimonial de la Administración en caso de resolución", *Ius Publicum. Network Review* nº 2, 2017, págs. 1-38. ISSN20392540.

FERNÁNDEZ DE VELASCO, R. "Teoría jurídica de las concesiones administrativas", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1918.

FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO, F. "El factum principis en la doctrina del Consejo de Estado. Estudio concreto de los dictámenes 31/92 de 13-2-92 y 632/94 de 19-5-94", INAP, Estudios y Comentarios. 30.04.2012

FERNÁNDEZ GARCÍA, J.F. "Equilibrio económico y revisión de precios en los contratos administrativos", Revista española de derecho administrativo nº 163, 2014, págs. 145-180. ISSN 0210-8461.

FERNÁNDEZ TORRES, I. "A vueltas con el rescate de las autopistas", Agenda Pública. 15 de Noviembre de 2017.

FERRANTE, G. "Il Project Finance nel PPP per la realizzazione di opere pubbliche: Il caso del carcere di Bolzano", Conferencia del 28 de Noviembre de 2017 en la Universidad de Bolzano.

FIDONE, G. "Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della Directiva 2014/23/UE", *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario* nº 1. A. 25. (Dir.) M. P. CHITI, G. GRECO. GIUFFRÈ 2015. Págs. 101-193.

FIDONE, G. "Il Partenariato Pubblico Privato e le concessioni nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici: alcune proposte per miglioramento della disciplina vigente" en *Paper. L'attuazione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici: problemi, prospettive, verifiche* (dir.) G. FIDONE (grupo AEQUA), págs. 64-77.

FORTES MARTÍN, A. *La gestión contractual del servicio de recogida de residuos domésticos*, Iustel Publicaciones, Madrid, 2018. ISBN: 9788498903553.

FRACCHIA, F. "Concessione amministrativa" en libro col. *Annali I. Enciclopedia del diritto*. (dir.) A. FALZEA, P. GROSSI, E. CHELI, R. COSTI. Editorial Giuffrè Editore, 2008, págs. 250-277.

FRACCHIA, F. CASETTA, E. *Manuale di diritto amministrativo*. Giuffrè 18ª EDICIÓN. Septiembre 2016.

FRACCHIA, F. "Pubblico e privato nella gestione sei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione", *Federalismo.it Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato ed Europeo* nº14, 2016. Págs 1-25

FUENTEAJA PASTOR, J.A. "Riesgo y ventura en la concesión de obra pública", *Revista de Derecho de la Unión Europea* nº 7, 2004.

FUERTE, M. "Los riesgos del riesgo de explotación" en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2012* (dir.) J.M. GIMENO FELIÚ, M.A. BERNAL BLAY, Aranzadi, 2013. ISBN: 9788490147344.

FUERTE, M. *Las desventuras del dinero público. Elegía al principio de "riesgo y ventura*. Marcial Pons, 2018. ISBN: 978-84-9123-598-9

GALLEGO CÓRCOLES, I. "Modificación de contratos públicos y legislación aplicable. Algunas consideraciones desde el Derecho de la Unión Europea", *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas* nº 109, 2011, págs. 52-58. ISSN 1579-3036.

GALLEGO CÓRCOLES, I. "Observatorio de Jurisprudencia en materia de Contratos Públicos" en libro col. *Observatorio de contratos públicos 2011* (dir.) J.M. GIMENO FELIÚ, M.A. BERNAL BLAY. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012. ISBN: 978-84-470-4033-9.

GALLEGO CÓRCOLES, I. "La ampliación del plazo concesional como fórmula del restablecimiento del equilibrio económico del contrato", *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas* nº. 118, 2012, págs. 54-61. ISSN 1579-3036

GALLEGO CÓRCOLES, I. "Circunstancias externas y reequilibrio económico del contrato público ¿nuevas perspectivas?", *Revista Digital de Derecho Administrativo* nº 15, Enero-Junio 2016, págs. 115-142, ISSN-e 2145-2946.

GALLEGO CÓRCOLES, I. "El Derecho de la contratación pública: Evolución normativa y configuración actual", en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo I. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. ISBN: 978-84-9169-926-2

GALLEGO CÓRCOLES, I. *Servicios de transporte de pacientes en ambulancia: ¿contratos sometidos a regulación armonizada?* STJUE de 21 de marzo de 2019 (rec. C-465/17). Artículo de opinión en ObCP. 25.03.2019.

GANUZA FERNÁNDEZ, J.J. GÓMEZ AVILÉS-CASCO, F. “El reparto óptimo de riesgos en las relaciones público-privadas”, *Economía industrial* nº 398, 2015, págs. 111-115. ISSN 0422-2784.

GARCÉS SANAGUSTÍN, M. “En torno a la Colaboración” en libro col. *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, (dir.) F. LAGUNA SANQUIRICO. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A y Fundación Ramón Areces, Madrid 2012.

GARCIA DE ENTERRÍA, E. “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública* nº 2, 1950, págs. 83-108.

GARCIA DE ENTERRÍA, E. “La actividad industrial y mercantil de los municipios”, *Revista de administración pública* nº 17, 1955, págs. 87-138. ISSN 0034-7639

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*. Editorial Civitas (4ªEd), Madrid, 2007. ISBN: 9788447024940

GARCÍA HERNÁNDEZ, J. “El fin de las concesiones administrativas de gestión de servicios públicos en los supuestos en los que la retribución que abonan los usuarios tengan naturaleza de tasa: ¿y ahora qué?”, *Revista Derecho Local* nº 38, febrero de 2016.

GARCÍA JIMÉNEZ, A. *Las conexiones entre contratación administrativa e innovación*. Tecnos, Madrid, 2018. ISBN: 9788430975389.

GERMANI, A. RICCHI, M, “Il sistema del Partenariato Pubblico Privato in Spagna - confronto con l'Italia”, *Unità Tecnica Finanza di Progetto*. Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica. Febbraio 2008.

GIMENO FELIÚ, J.M. “La incorporación del Derecho comunitario al Ordenamiento nacional”. *Noticias de la Unión Europea* nº 267, 2007, págs. 61-67. ISSN 1133-8660.

GIMENO FELIÚ, J.M. “El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio”, *REDA* nº 149, 2010. Págs. 29-54.

GIMENO FELIÚ, J.M. “La delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP”, *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 156, 2012.

GIMENO FELIÚ, J.M. “Compra pública estratégica” en libro col. *Contratación pública estratégica* (dir.) J. PERNAS GARCÍA, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 45-82. ISBN 978-84-9059-070-6.

GIMENO FELIÚ, J.M. “La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable. La contratación pública: problemas actuales”, *Consejo Consultivo de Madrid*, 2013, págs. 83-140.

GIMENO FELIÚ, J.M. “Las nuevas Directivas –cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *REDA* nº 159, 2013. Págs. 25-89.

GIMENO FELIÚ, J.M. “La importancia de la valoración del criterio precio desde la óptica de la proporcionalidad lineal. El principio de transparencia e igualdad de trato como parámetros”. Artículo de opinión en ObCP. 06.01.2014

GIMENO FELIÚ, J.M. *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014. ISBN 978-84-9059-777-4.

GIMENO FELIÚ, J.M. "Concesiones y colaboración con el sector privado. El sistema de aseguramiento de riesgos mediante RPA y su incidencia en la competencia", VIII jornadas nacionales de derecho de la competencia, Barcelona, 16 de julio de 2014.

GIMENO FELIÚ, J.M. "La "codificación" de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE". *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 172, 2015, págs. 81-122. ISSN 0210-8461.

J.M. GIMENO FELIU, "La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad", en libro col. *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 37-106.

GIMENO FELIÚ, J.M. "El valor interpretativo de las nuevas directivas de Contratación Pública antes del vencimiento del plazo de transposición". Artículo de opinión en *ObCP*. 30.03.2015

GIMENO FELIÚ, J.M. "Nuevos Paradigmas de la Contratación Pública: competencia, ajuste de déficit y nueva gobernanza", IX Jornadas Nacionales de Competencia. Bilbao, 20 de octubre de 2016.

GIMENO FELIÚ, J.M. "Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público" en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2015* (dir.) J. M. GIMENO FELIÚ, Aranzadi, Cizur Menor 2016.

GIMENO FELIÚ, J.M. "Remunicipalización de servicios locales y derecho comunitario", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 58/59, 2016. Págs. 50-71. ISSN 1889-0016.

GIMENO FELIÚ, J.M. "El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la Contratación Pública. Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las Directivas por el Estado español", *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*. WP IDEIR nº 30, 2016. Cátedra Jean Monnet (Prof. Ricardo Alonso García)

GIMENO FELIÚ, J.M. "Il recepimento delle direttive sugli appalti pubblici del 2014 in Spagna", Seminario Universidad Bocconi Noviembre 2016.

GIMENO FELIÚ, J.M. FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. GALLEGO CÓRCOLES, I. LAZO VITORIA, X. PEIRÓ BAQUEDANO, A. I. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. *Alegaciones al "Proyecto de Orden Ministerial por la que se determina la composición, organización y funcionamiento de la Oficina Nacional de Evaluación"*, presentadas por el Observatorio de Contratación Pública

GIMENO FELIÚ, J.M. SALA SÁNCHEZ, P. QUINTERO OLIVARES, G. *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*. Cámara de Comercio de Barcelona, 2017.

GIMENO FELIÚ, J.M. "Hacia una nueva ley de contratos del sector público. ¿Una nueva oportunidad perdida?", *Revista Española de Derecho Administrativo* nº182, Enero – Marzo 2017, págs. 181-221.

GIMENO FELIÚ, J.M. “La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo”, Cuadernos Derecho Local nº 43, 2017, págs. 50-71.

GIMENO FELIÚ, J.M. “La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente” en libro col. *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público*. (coord.) J.M. GIMENO FELIÚ, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, págs. 47-132. ISBN: 9788491776277 9788491776253.

GIMENO FELIÚ, J.M. MORENO MOLINA, J.A. “Propuesta de modificaciones y mejoras al Anteproyecto de Ley de Uso estratégico de la contratación pública de Aragón”. ObCP 23 .04.2018

GIMENO FELIÚ, J.M. “El nuevo modelo concesional: Hacia el necesario equilibrio entre lo Público y lo Privado. Las novedades de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho nº 74, 2018, págs. 4-13. ISSN 1889-0016.

GIMENO FELIÚ, J.M. “Ser o no ser poder adjudicador. ¡Esa no es la cuestión!”, Artículo de opinión en ObCP. 21.05.2018

J.M. GIMENO FELIÚ, “Liderazgo y gestión de los contratos públicos en la Colaboración Público-Privada: hacia la buena Gobernanza”, Asesoría Jurídica para la Cámara Comercio de Barcelona a requerimiento OTRI. Julio 2018.

GIMENO FELIÚ, J.M. “Ser o no ser poder adjudicador. ¡Esa no es la cuestión!”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2017* (dir.) J.M. GIMENO FELIÚ, M.C. DE GUERRERO MANSO, Thomson Reuters. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2018. ISBN: 978-84-13-08277-6

GIMENO FELIÚ, J.M. “Elefantes Blancos”, Heraldo de Aragón. 21.07.2018

GIMENO FELIÚ, J.M. “La contratación pública como estrategia: el fomento de la innovación”, Revista Ius Publicum nº 1, 2018

GIMENO FELIÚ, J.M. TORNOS MAS, J. CAMP, R. LONGO, F. REIG, M. SAZ-CARRANZA, Á. LOSADA, C. FÉREZ, M. ESTEVE, M. ROSELL, J. *La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada*, Cámara Comercio Barcelona/Esade, Barcelona, 2019.

GIMENO FELIÚ, J.M. “Gobernanza y colaboración público-privada”. Artículo de opinión en Heraldo. 26.03.2019.

GRECO, G. “La Direttiva in materia di Concessioni” (Convegno di Varena 17-19 Settembre 2015). Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario nº 6 (dir.) M. P. CHITI, G. GRECO. GIUFFRÈ 2015, págs. 1095–1126.

GÓMEZ-ACEBO & POMBO ABOGADOS; S.L.P. “El restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato al amparo del principio de riesgo imprevisible”, Revista de estudios locales nº144. CunaI, 2011. ISSN 1578-9241

GÓMEZ GUZMÁN, J.C. “Oficina Nacional de Evaluación. Función financiera”, NovaGob 17.05.2016

GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. *Sociedades estatales de obras públicas*. Tirant lo Blanch, Valencia 2008. ISBN: 978-84-9876-143-6.

GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. "Convenio para la gestión de las autopistas rescatadas", Artículo de opinión en *Global Politics and Law*. 25.08.2017

GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. "La tramitación parlamentaria de la Ley de Contratos del Sector Público", Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública nº XVIII, *La Ley de Contratos del Sector Público*, 2018, págs. 45-58.

GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. "Colaboración Público-Privada: Más allá de la nueva Ley de Contratos del Sector Público". *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº. 74, 2018, págs. 34-43. ISSN 1889-0016.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. "La nueva Directiva de concesiones un largo viaje con final esperado", *Las nuevas directivas de contratación pública. Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo*, 2015, págs. 169-237. ISBN 978-84-9098-454-3

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. "La modificación de los contratos públicos en la encrucijada: la crisis como causa de reequilibrio económico" en el libro col. *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia, Francia*, F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (coord.), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, págs. 191-261. ISBN 978-84-9098-933-3

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. "La construcción del contrato de concesión en el derecho de la Unión Europea" en el libro col. *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado* (coord.) J.M. BAÑO LEÓN. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2016, págs. 2449-2480. ISBN: 978-84-259-1693-9

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. "La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 60. Iustel, abril 2016.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. "La depuración de las técnicas de equilibrio económico aplicables a la concesión de servicios de transporte regular de viajeros (comentario de la STS 1868/2016, de 20 de julio)", *Revista de administración pública*, nº 202, 2017, págs. 205-222. ISSN 0034-7639

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. *La delimitación de los contratos públicos de servicios y de concesión de servicios*. J.M GIMENO FELIÚ, Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público. Thomson Reuters Aranzadi, 2018, págs. 477-509. ISBN: 9788491776277 9788491776253.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. *La nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Aranzadi, Navarra 2018. ISBN: 978-84-9197-030-9

HERNANDO RYDINGS, M. *La Colaboración Publico Privada. Formulas Contractuales*. Civitas Cizur Menor 2012. ISBN: 9788447039920.

HERNANDO RYDINGS, M. "El nuevo marco jurídico comunitario aplicable a los contratos de concesión" en libro col. *La nueva contratación pública: actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (dir.) M. ALMEIDA CERREDA, I. MARTÍN DELGADO, Toledo, 13 y 14 de noviembre de 2014, 2015. Págs. 93-110. ISBN 978-84-608-3276-8.

M. HERNANDO RYDINGS, "El fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación a través de las compras públicas", *REDA* nº 174, 2015, págs. 255-282. ISSN 0210-8461.



HORGUÉ BAENA, C. “Modificación de los contratos” en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo II. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. ISBN: 978-84-9169-926-2.

HUERGO LORA, A. “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Documentación Administrativa: Nueva Época* nº 4, 2017, págs. 31-51. ISSN-e 1989-8983

HUERGO LORA, A. “Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época* nº 8, 2017, págs. 5-26. ISSN-e 1989-8975.

HUERGO LORA, A. “Skin the game: Riesgo Operacional y Responsabilidad Patrimonial Administrativa”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 74, Iustel, marzo 2018, págs. 20-33. ISSN 1889-0016

IOSSA, E. MARTIMORT, D. “Risk Allocation and the Costs and Benefits of Public-Private Partnerships”, *The RAND Journal of Economics*, vol. 43, nº 3, 2012.

JIMÉNEZ AYALA, J. *Gestión de contratos de obras de las Administraciones Públicas. Estudio de los orígenes y causas de las habituales desviaciones presupuestarias*. Noviembre 2003. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2004

KERALI, H. *Public Sector Comparator for Highway PPP Projects*. The World Bank

KRUSE, O. “Transposition of the Directive 2014/23/EU with regard to services concessions in Germany”, en libro col. *SERVICE CONCESSIONS IN THE EU. A comparative study of the transposition of Directive 2014/23 on the award of concession contracts into national law*. (dir.) X. LAZO VITORIA, A.I. PEIRÓ BAQUEDANO. Thomson Reuters. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2018, págs. 119-148. ISBN: 978-84-9177-230-9

LAGUNA DE PAZ, J. C. “Los servicios de interés general en la Unión Europea: su sujeción a las reglas del mercado” en libro col. *Servicios de Interés General Colaboración Público-Privada y sectores específicos*, (dir.) V. PARISIO, V. AGUADO I CUDOLÀ, B. NOGUERA DE LA MUELA. Tirant lo Blanch (Valencia) y G. Giappichelli Editore (Torino) 2017.

LAGUNA DE PAZ, J. C. “Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos”, *Revista de administración pública* nº 204, 2017, págs. 41-68. ISSN 0034-7639

LAUS, F. *Il rapporto collaborativo tra pubblico e privato nella contrattazione pubblica. Unione Europea e ordinamenti nazionali: analisi comparata di modelli e riforme*, Bononia University Press, 2018, págs. 219-223. ISBN: 8869232948.

LAVILLA RUBIRA, J.J. “Régimen jurídico de la concesión de obras” en libro col. *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público* (coord.) J.M. GIMENO FELIÚ, Thomson Reuters Aranzadi, 2018. Págs. 1415-1445. ISBN: 9788491776277 9788491776253

LAZO VITORIA, X. “El futuro del mercado concesional en Europa”, *Revista CEFEGAL*. CEF nº 154, noviembre 2013, págs. 137-174.

LAZO VITORIA, X. “La clave de bóveda del sistema concesional: la transferencia de los riesgos”. Artículo de opinión en *ObCP*. 27.01.2014

LAZO VITORIA, X. “La fusión de prestaciones de distinta clase en un único contrato. Estado de la cuestión y Nuevo régimen jurídico establecido por las directivas de contratación pública de 2014” en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2015* (dir.) J. M. GIMENO FELIÚ, Civitas, Cizur Menor, 2016. ISBN: 978-84-9135-286-0

LAZO VITORIA, X. “La Oficina Nacional de Evaluación: un control reforzado para las licitaciones públicas de la Administración General del Estado y de las Entidades locales”. Artículo de opinión en ObCP. 14.12.2015

LAZO VITORIA, X. “La propuesta de Directiva de concesiones: rasgos fundamentales”. Artículo de opinión en ObCP. 15.7.2016.

LAZO VITORIA, X. “La figura del "concierto social" tras las Directivas europeas de contratación pública”. Artículo de opinión en ObCP. 07.11.2016

LAZO VITORIA, X. “El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión” en libro col. *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público*. (coord.) J.M. GIMENO FELIÚ, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, págs. 517-543. ISBN: 9788491776277 9788491776253

LAZO VITORIA, X. “Preface” en libro col. *SERVICE CONCESSIONS IN THE EU. A comparative study of the transposition of Directive 2014/23 on the award of concession contracts into national law*. (dir.) X. LAZO VITORIA, A.I. PEIRÓ BAQUEDANO. Thomson Reuters. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2018, págs. 19-25. ISBN: 978-84-9177-230-9.

LAZO VITORIA, X. NOGUERA DE LA MUELA, B. “Service concessions in Spain” en libro col. *SERVICE CONCESSIONS IN THE EU. A comparative study of the transposition of Directive 2014/23 on the award of concession contracts into national law*. (dir.) X. LAZO VITORIA, A.I. PEIRÓ BAQUEDANO. Thomson Reuters. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2018, págs. 189-214. ISBN: 978-84-9177-230-9.

LAZO VITORIA, X. “El riesgo operacional, ¿Una nueva era para los contratos de concesión?”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 74, 2018, págs. 62-69. ISSN 1889-0016

LAZO VITORIA, X. “El contrato de concesión de servicios” en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo III. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. ISBN: 978-84-9169-926-2

LÓPEZ MIÑO, A.M. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. “Colusión en la contratación pública (bid rigging): propuestas para combatirla eficazmente y posibilidades que ofrece la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública” en libro col. *Observatorio de los contratos públicos 2013* (dir.) J. M. GIMENO FELIÚ, M. A. BERNAL BLAY, Civitas, Cizur Menor, 2014. ISBN 9788490597064

LÓPEZ MIÑO, A. “La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública” en libro col. *Contratación pública estratégica* (dir.) J. PERNAS GARCÍA, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 213-248. ISBN 978-84-9059-070-6.

LÓPEZ MORA, M.E. “La futura regulación de la modificación los contratos de concesión durante su vigencia”. Artículo de opinión en ObCP. 15.07.2016.

LÓPEZ MORA, M.E. *Los contratos de concesión a la luz de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión: retos y novedades*. Universitat de Barcelona, 2017.

MACHO PÉREZ, A.B. MARCO PEÑAS, E. "El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT", *Revista de Administración Pública* nº 194, 2014, págs. 437-474. ISSN: 0034-7639.

MALARET, E. "El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia", *Revista digital de Derecho Administrativo* nº 15, primer semestre/2016, págs. 21-60. ISSN-e 2145-2946.

MALARET, E. PEDRÓS, X. «Activité contractuelle et gestion publique: entre tradition e nouvelle approche» en libro col. *La commande publique, un levier pour l'action publique?* (dir.) E. MULLER, Dalloz, 2018, págs. 179-204. ISBN 978-2-247-17792-9

MARTIMORT, D. STOLE, L. "Common Agency Equilibria with Discrete Mechanisms and Discrete Types", *CESifo Working Paper Series* nº 572. Octubre 2001

MARTIMORT, D. POUYET, J. "Build It or Not: Normative and Positive Theories of Private-Public Partnerships", *Journal of Economic Literature* Classification Number: H11. January 11, 2006.

MARTIMORT, D. STRAUB, S. "How to Design Public-Private Partnerships in a Warming World? A critical appraisal of Public-Private Partnerships", I Conferencia de Investigación Anual de la Maastricht School of Management, 11-12 November 2011. 19 de abril de 2012.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. "De la "gestión interesada" a las "cláusulas de interesamiento"", *Revista de administración pública* nº 36, 1961. Págs. 67-108. ISSN 0034-7639.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. "El proyecto de ley de contratos del sector público de noviembre de 2016 y la gestión contractual de servicios públicos: análisis de su planteamiento y propuesta alternativa", *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas* nº 149, 2017. ISSN 1579-3036.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. *Contratación pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*. El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, España, 2016. ISBN: 9788470527111.

MARTÍNEZ MANZANEDO, R. "La contabilidad de la colaboración público-privada en el contexto del Sistema Europeo de Cuentas (SEC 95)", *Presupuesto y gasto público* nº 45, 2006, págs. 187-198. ISSN 0210-5977.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, J. "Contratos vs. Autorizaciones patrimoniales", Artículo de opinión en *ObCP*. 29.10.2018

MATALUNI, F. MOTOLESE, R. RALLO, A. "Il Partenariato Pubblico Privato e le concessioni nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici: alcune proposte per miglioramento della disciplina vigente" en *Paper. L'attuazione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici: problemi, prospettive, verifiche* (dir.) G. FIDONE (grupo AEQUA).

MEDINA ARNÁIZ, T. "Los conflictos de intereses llegan a las directivas sobre contratación pública" en libro col. *Observatorio de los contratos públicos 2013* (dir.) J. M. GIMENO FELIÚ, M. A. BERNAL BLAY, Civitas, Cizur Menor, 2014. ISBN: 9788490597064.

MEDINA ARNÁIZ, T. "Disfunciones y control de la ejecución", IX Seminario de contratación pública. Nuevos escenarios y retos para la contratación pública: discusión práctica. Formigal, 12 de septiembre de 2018.

MEILÁN GIL, J.L. "La "cláusula de progreso" en los servicios públicos", Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968.

MEILÁN GIL, J.L. "Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión", Revista de Administración Pública nº 191, Madrid, mayo-agosto 2013, págs. 11-41. ISSN: 0034-7639

MENÉNDEZ GARCÍA, P. FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. "Análisis histórico-jurídico de la concesión de obra pública" en libro col. *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas* (coord.) A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Civitas, 2010, págs. 51-102. ISBN 978-84-470-3467-3.

MESTRE DELGADO, J.F. "La extinción de la concesión de servicio público", La Ley, Madrid, 1992.

MESTRE DELGADO, J.F. "Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión" en libro col. *Tratado de derecho municipal* (coord.) S. MUÑOZ MACHADO, Vol. 2, 2011, págs. 2063-2175. ISBN 978-84-9890-140-5

MESTRE DELGADO, J.F. "La extinción del contrato de concesión de servicios en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre", El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho nº 74, lustel, marzo 2018, págs. 44-51. ISSN 1889-0016

MÍGUEZ MACHO, L. "La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la directiva 2014/23/UE: repercusiones para el derecho español" en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 395-408. ISBN 978-84-9098-454-3,

MÍGUEZ MACHO, L. "La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la directiva 2014/23/UE: repercusiones para el derecho español" en libro *Las nuevas Directivas de contratación pública* (dir.) S. RODRÍGUEZ-CAMPOS, Marcial Pons (Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo), 2016. Págs. 217-232. ISBN 978-84-9123-089-2

MÍGUEZ MACHO, L. "Ámbito objetivo y subjetivo. Especialidades del ámbito local" en libro col. *La nueva contratación pública en el ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente* (dir.) M<sup>º</sup> C. CAMPOS ACUÑA, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 431-436. ISBN: 9788470527531

MORENO, K. OLAECHEA, M. A. RODRÍGUEZ, A. "El desconcierto de los conciertos sanitarios", Auditoría Pública nº 58, 2012. Págs. 9-18.

MORENO MOLINA, J.A. *Contratos públicos. Derecho comunitario y derecho español*. McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid 1996. ISBN: 84-481-0565-6

MORENO MOLINA, J.A. "La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos" en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2012* (dir.) J.M. GIMENO FELIÚ, M.A. BERNAL BLAY, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 115-163.

MORENO MOLINA, J.A. "La influencia del acuerdo de contratación pública de la OMC sobre la Directiva 2014/24/UE" en libro col. *Observatorio de los contratos públicos 2013* (dir.) J.M. GIMENO FELIÚ, M.A. BERNAL BLAY, Civitas, Cizur Menor, 2014, págs. 123-164. ISBN 9788490597064

MORENO MOLINA, J.A. DOMÍNGUEZ ALONSO, P. “El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública”, en libro col. *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014, págs. 139-164.

MORENO MOLINA, J.A. *El nuevo derecho de la Contratación Pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*. Chartridge Books Oxford, Oxford (Reino Unido), 2015. ISBN 978-1-911033-02-8. ISBN ebook: 978-1-911033-09-7

MORENO MOLINA, J.A. PINTOS SANTIAGO, J. *Los contratos administrativos y su aplicación: obras, suministros, servicios y concesiones de obras y servicios*. El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, ISBN: 9788470527791

MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo XIII. Contratos del sector público*. BOE, Madrid, 2018, págs. 181-186. ISBN 978-84-340-2496-0

NAVARRO GONZÁLEZ, R. “La motivación de las decisiones en la preparación y adjudicación del contrato” en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo II. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGRO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. ISBN: 978-84-9169-926-2

NIEVES BORREGO, J. “La gestión interesada en el derecho administrativo español”, *Revista de administración pública* nº 26, 1958. ISSN 0034-7639

ORTEGA HORTELANO, A. “Pago por uso de las infraestructuras viarias: Estudio de los accesos a Madrid”, *Cuaderno tecnológico de la Plataforma Tecnológica Española de la Carretera (PTC)* nº 4, 2011. ISBN: 978-84-615-3967-3.

ORTEGA JIMÉNEZ, M.P. “Arts. 215-217” en libro col. *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*. (dir.) J.M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, P. BOCOS REDONDO, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 1110-1131. ISBN: 9788470527630.

ORTEGA, A. BAEZA, M.A. “Asignación de Riesgos en las Concesiones de Autopistas de Peaje españolas: ¿qué debemos mejorar?”, *Gestión Joven Revista de la Agrupación Joven Iberoamericana de Contabilidad y Administración de Empresas (AJOICA)* nº 9, 2012. ISSN 1988-9011

PAJNO, A. “La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione” en libro col. *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione (Atti LXI. Convegno Varenna)* (coord.) G. DELLA TORRE, Editorial Giuffrè Editore 2016. Págs. 29-75.

PALOMAR OLMEDA, A. *Colaboración público privada: análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad contractual*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011. ISBN: 978-84-9903-898-8.

PALOMAR OLMEDA, A. “El contrato de concesión de obras” en libro col. *La nueva contratación pública en el ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente* (dir.) M<sup>a</sup> C. CAMPOS ACUÑA, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 1038-1041. ISBN: 9788470527531

PEIRÓ BAQUEDANO, A.I. “La trasposición de la directiva de concesiones. Estudio comparado Italia-España” en libro col. *Observatorio de los contratos públicos 2016*. (dir.) J.M. GIMENO FELIÚ. Aranzadi. Navarra 2017, págs. 175-235. ISBN: 978-84-9177-176-0

PEIRÓ BAQUEDANO, A.I. “Estudio sistemático de la normativa de contratos públicos en Alemania” en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2017* (dir.) J.M. GIMENO FELIU, M.C. DE GUERRERO MANSO, Thomson Reuters. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra) 2018. Pgs. 361-411. ISBN: 978-84-1308-275-2.

PERDIGÓ SOLÀ, J. “El agua, los servicios de interés general y la Directiva de Concesiones” en libro col. *Servicios de Interés General Colaboración Público-Privada y sectores específicos*, (dir.) V. PARISIO, V. AGUADO I CUDOLÀ, B. NOGUERA DE LA MUELA. Tirant lo Blanch. Valencia 2016. ISBN 978-84-914-3793-2 G. Giappichelli Editore. Torino 2016. ISBN/EAN 978-88-921-0553-9. Págs. 301-336.

PIETRANTONIO, G.L. *Il Project Financing tra pubblico e privato. Problemi, scenari e prospettive*. Giappichelli. Torino, 2018.

PIGEON, M. MCDONALD, D. A. HOEDEMAN, O. KISHIMOTO, S. “Remunicipalización: El retorno del agua a manos públicas”, Transnational Institute, Amsterdam. Marzo de 2013. ISBN 978-94-6228-049-6

PLATON, S. «La passation des concessions: de l'eau du service public dans le vin de la concurrence?», AJDA 2014.

PONCE SOLÉ, J. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 479. ISBN: 9788484062486.

PONCE SOLÉ, J. “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, Cuadernos de derecho local nº 40, 2016. ISSN 1696-0955

PUNZÓN MORALEJA, J. “Cesión y subcontratación” en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo II. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGÓ CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. ISBN: 978-84-9169-926-2

QUINTANA LÓPEZ, T. “El anacronismo del factum principis en la legislación de contratos”, Revista española de derecho administrativo nº 50, 1986, págs. 269-274. ISSN 0210-8461.

RACCA, G.M. “Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei suoi aspetti giuridici ed applicativi”, Congreso Idee e ricerche nel settore edilizia-costruzioni, 29 giugno 2006, Torino.

RACCA, G.M. «Collaborative and Strategic Procurement for Supporting Industrial Innovation» en libro col. *La commande publique, un levier pour l'action publique?* (dir.) E. MULLER, Dalloz, 2018. ISBN 978-2-247-17792-9

RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. *Contratos públicos y derecho comunitario*, Thomson Reuters, 1996. ISBN: 84-8193-283-3

RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. “Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”, RAP nº 196, 2015.

REGO BLANCO, M.D. “Novedades sobre la sociedad de economía mixta en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, Documentación Administrativa: Nueva Época nº 4, 2017. Págs. 152-159. ISSN-e 1989-8983.

RICCHI, M. "I contratti di concessione 2.€." en libro col. *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato - Temi europei, istituti nazionali e operatività* (dir.) G.F. CARTEI, M. RICCHI, Editoriale Scientifica Napoli, 2015. Págs. 49-77.

RICCHI, M, "L'Architettura dei Contratti di Concessione e di Partenariato Pubblico Privato nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici d.lgs. 50/2016", *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, Il Mulino nº 3, 2016

RICCHI, M. "Concessioni e PPP, nel codice 2016 due discipline in base al tipo di rischio. Il Correttivo cancella rigidità e refusi", *Gli appalti dopo il correttivo. L'analisi delle norme e il testo del Codice coordinato con il Dlgs 56/2017*. Edilizia e Territorio Dossier nº5-6, Mayo-Junio 2017.

RICCHI, M. "Webinar Partenariato Pubblico Privato (PPP) per infrastrutture materiali e immateriali: esperienze e strumenti", *Formazione IFEL per i Comuni*. 3 Noviembre 2017.

RÍOS MARÍN, E. *La contratación pública local: avances y retrocesos en su regulación. Incidencia de las Directivas de Cuarta Generación*. Atelier, Barcelona 2016.

RIVERO ORTEGA, R. "¿Pueden los municipios comprar agrupados?", *Revista de estudios locales* nº142. Cunal, 2011, págs. 82-95. ISSN 1578-9241.

RODRÍGUEZ CASTAÑO, A. R. "Objeto, causa y plazo de duración de los contratos públicos. División en lotes y contratos de objeto múltiple. Contrato mixto" en libro colectivo *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo I. (dir.) E. GAMERO CASADO, I. GALLEGO CÓRCOLES, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. ISBN: 978-84-9169-926-2

ROMÁN MÁRQUEZ, A. "El riesgo en las concesiones de obras y servicios públicos: orígenes, evolución y situación actual en el ordenamiento jurídico comunitario", *Revista Española de Derecho Comunitario* nº 182. Enero-Marzo 2017. Págs. 445-481. ISSN 0210-8461.

RUIZ DAIMIEL, M. "El responsable del contrato en la nueva Ley de Contratos del Sector Público". Artículo de opinión en *ObCP*. 18.06.2018

RUIZ DE CASTAÑEDA, A. BERNAL BLAY, M.A. "La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes" en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010* (dir.) J.M. GIMENO FELIÚ, M.A. BERNAL BLAY, Civitas, Cizur Menor, 2011, págs. 23-42.

RUIZ OJEDA, A.L. GOH, A.L. MARCOU, G. *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos. Francia, Reino Unido y España: (elementos comparativos para un debate)*. Civitas, Madrid 2000. ISBN: 84-470-1443-6

SAINZ MORENO, F. "Prerrogativas de la administración en la contratación administrativa" en el libro col. *Derecho de los contratos públicos: estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas 1995*, B. PENDÁS GARCÍA (coord.), Ciss Praxis, 1995, Págs. 425-464. ISBN 84-7197-348-0.

SALA ARQUER, J.M. "Las concesiones de servicio público en un contexto liberalizado", *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública* nº 56, 2004, págs. 11-36. ISSN 1130-376X

SÁNCHEZ GRAELLS, A. "What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of Their Economic Balance?", *European Procurement and Public Private Partnership Law Review*, Vol. 7, nº 2, 2012, págs. 94-104.

SÁNCHEZ GRAELLS, A. *La transposición de las Directivas en el Reino Unido*. Seminario Internacional sobre Contratación Pública. Hacia una nueva ley de Contratos del Sector Público. Ayuntamiento de Madrid 16 de Marzo 2017.

SÁNCHEZ MORÓN, M. “La preparación del contrato en la nueva Ley de contratos del sector público” en libro col. *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público* (dir.) J. COLÁS TENAS, M. MEDINA GUERRERO, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009, págs. 167-176. ISBN 978-84-613-0017-4

SÁNCHEZ SOLIÑO, A. “Optimización de la transferencia de riesgos en los Contratos de Infraestructuras y Servicios Públicos”, Hacienda Pública Española/Review of Public Economics nº 201. Instituto de Estudios Fiscales 2/2012, págs. 67-91.

SANMARTIN MORA, M.A. “La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea” en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2011* (dir.) J.M. GIMENO FELIU, M.A. BERNAL BLAY, Civitas, 2012. ISBN: 978-84-9014-734-4

SANTAMARÍA PASTOR, J.A. “La invalidez de los contratos públicos” en libro col. *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas 2004*, (coord.) R. GÓMEZ-FERRER MORANT, Civitas, 2004, págs. 365-396. ISBN 84-470-2194-7.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A. “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública”, Revista Española de Derecho Administrativo nº 159, julio-septiembre 2013. ISSN 0210-8461

SANTIAGO IGLESIAS, D. “Los ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación. Exclusiones de la LCSP. Contrato de servicios y de concesión de servicios” en libro col. *La nueva Ley de Contratos del Sector Público: curso de actualización. Especial referencia a la contratación de las entidades locales* (dir.) S. DÍEZ SASTRE, Iuris Utilitas Editorial, Coruña, 2018. ISBN: 9788469788417.

SAUSSIER, S. “An Economic analysis of the closure of the market and other dysfunctions in the awarding of concession contracts”, *Directorate General for Internal Policies. Policy Department A: economic and scientific policy*. Brussels, European Union, 2012. Brussels, European Union, 2012.

SOSA WAGNER, F. *La gestión de los servicios públicos locales*. Editorial Civitas (7ª ed). Madrid, 2008. ISBN: 9788447029013

SUTTI, F. GOBBATO. I. F. SUTTI, I. GOBBATO. “Il mercato del PPP alla luce del nuovo Codice degli Appalti”. *Paper. L’attuazione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici: problemi, prospettive, verifiche*.

THOMAS, S. HALL, D. LETHBRIDGE, J. LOBINA, E. POPOV, V. CORRAL, V. VAN NIEKERK, S. “Porqué el agua es un servicio público: destapando los mitos de la privatización”, Unidad internacional de investigación de los servicios públicos (PSIRU). Universidad de Greenwich, 16 de mayo de 2012.

TORNOS MAS, J. “La tarifa como forma de retribución de los concesionarios: una figura constitucional y necesaria”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 24, 2011. Págs. 22-29.

TORNOS MAS, J. “Informe sobre la contraprestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua: La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 (RIJ1151068)”, *Revista Derecho Municipal*, Iustel nº 10, marzo de 2016.



TORNOS MAS, J. “Servicios públicos y remunicipalización”, Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho nº 76, 2016, págs. 51-76. ISSN 0251-3420, (ISSN-e 2305-2546)

TORNOS MAS, J. “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 58-59, 2016, págs. 32-49. ISSN 1889-0016.

TORNOS MAS, J. “La tarifa como forma de retribución de los concesionarios de servicios en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho nº 74, lustel, marzo 2018, págs. 14-19. ISSN 1889-0016

TORNOS MAS, J. “El contrato de concesión de servicios” en libro col. *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público*. (coord.) J.M. GIMENO FELIÚ, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, págs. 1447-1484. ISBN: 9788491776277 9788491776253.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. “Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos” en libro col. *Observatorio de contratos públicos 2011* (dir.) J.M. GIMENO FELIÚ, M.A. BERNAL BLAY. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012. ISBN: 978-84-470-4033-9

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. “La Directiva de Concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de servicios de interés general”, en libro col. *Servicios de Interés General Colaboración Público-Privada y sectores específicos*, (dir.) V. PARISIO, V. AGUADO I CUDOLÀ, B. NOGUERA DE LA MUELA. Tirant lo Blanch. Valencia 2016. ISBN 978-84-914-3793-2. G. Giappichelli Editore. Torino 2016. ISBN/EAN 978-88-921-0553-9. Págs. 77-128.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. “Del peligro que pueden suponer algunos contratos basados en fórmulas de colaboración público-privada en orden a respetar el objetivo de estabilidad presupuestaria”. Artículo de opinión en ObCP. 24.10.2011.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. “Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho nº 74, 2018. Págs. 52-61. ISSN 1889-0016

VASSALLO, J.M. BAEZA, M.A. “Asignación del riesgo de demanda en concesiones de infraestructuras de transporte”, Anuario de la Movilidad, 2009. Pág. 64.

VÁZQUEZ LACUNZA, E. *El equilibrio económico en los contratos de servicios*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2016. ISBN: 9788491353225.

VÁZQUEZ LACUNZA, E. *Breves acotaciones sobre el régimen de la revisión de precios en los contratos del sector público establecido en la Ley de desindexación de la economía española. Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española*. Artículo de opinión en el ObCP. 05.06.2017.

VÁZQUEZ LACUNZA, E. *El nuevo régimen de la revisión de precios en los contratos del sector público como consecuencia de la desindexación: la revisión periódica y predeterminada*. Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas nº. 149, 2017. ISSN 1579-3036.

VÁZQUEZ MATILLA, F.J. *La modificación de los contratos del sector público*. Aranzadi S.A., Cizur Menor, 2015. ISBN 978-84-9098-232-7.

VÁZQUEZ MATILLA, F.J. “Arts. 203-207” en libro col. *Contratación del Sector Público Local. Comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*. (dir.) J.M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, P. BOCOS REDONDO, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2018, págs. 1053-1057. ISBN: 9788470527630

VÁZQUEZ MATILLA, F.J. “Las novedades en la fase de ejecución de los contratos públicos” en libro col. *La nueva Ley de Contratos del Sector Público: curso de actualización. Especial referencia a la contratación de las entidades locales* (dir.) S. DÍEZ SASTRE, Iuris Utilitas Editorial, Coruña, 2018, págs. 213-215. ISBN: 9788469788417.

VILLALBA PÉREZ, F. *La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión*. REALA nº 2, julio-diciembre 2014.

VILLAR PALASÍ, J.L. VILLAR EZCURRA, J.L. “El principio de riesgo y ventura” en libro col. *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas*, (coord.) R. GÓMEZ-FERRER MORANT, Civitas, Madrid, 2004. ISBN 84-470-2194-7

VILLAR ROJAS, F.J. *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos (estudio de su naturaleza y régimen jurídico)*, Comares, 2000. ISBN: 84-8444-052-4

WOLWINKEL, J. “Aggregate purchasing: public contracts and beyond” en libro col. *Compra Conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público. Un análisis jurídico y económico*, (coord.) P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor 2016. Págs. 478-479.

## **2. INSTRUMENTOS REGULATORIOS: NORMATIVA Y SOFT LAW**

### **2.1. Mundial**

*Acuerdo sobre Contratación Pública*, 1994.

*Acuerdo sobre Contratación Pública revisado*, 2012.

*Código de la Ronda de Tokio sobre Compras del Sector Público* también conocido como *Acuerdo sobre Compras del Sector Público*, 1979.

*Código de la Ronda de Tokio sobre Compras del Sector Público revisado*, 1987.

*Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*, Nueva York, 31 de octubre de 2003. Ratificada por España el 9 de junio de 2006. BOE nº 171 de 19 de julio de 2006. Págs. 27132 – 27153. BOE-A-2006-13012.

### **2.2. Unión Europea**

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01). DOUE C 326, 26.10.2012. Págs. 391–407. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=ES> (consultado el 5.11.2018)

Committee on Monetary, Financial and Balance of Payments Statistics) opinion on the treatment in national accounts of assets related to “Public-Private Partnerships” contracts. París, 30 de

enero de 2004. <https://circabc.europa.eu/sd/a/f773cf23-96a1-4374-b0d8-2fc29f5cfd87/2004-01-30%20-%20CMFB%20opinion%20on%20the%20treatment%20in%20national%20accounts%20of%20assets%20related%20to%20public-private%20partnership%20contracts.pdf> (consultado el 5.11.2018)

Commission Directive 70/32/EEC of 17 December 1969 on provision of goods to the State, to local authorities and other official bodies DOCE n. L 13 de 19 de enero de 1970. Págs. 1–3 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31970L0032&qid=1536314636595&from=EN> (consultado el 7.09.2018)

Comunicación interpretativa de la comisión sobre las concesiones en el derecho comunitario (2000/C 121/02). DOCE, n. C 121 de 2000, de 29 de abril. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:121:0002:0013:ES:PDF> (consultada el 26.10.2018)

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre Colaboración Público-Privada y derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. Bruselas, 15.11.2005. COM (2005) 569 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0569&from=ES> (consultado el 5.11.2018)

Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) (2008/C 91/02) DOCE C 91, 12.4.2008. Págs. 4–9. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0412\(02\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0412(02)&from=ES) (consultado el 5.11.2018)

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones - Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP). Bruselas, 19.11.2009. COM (2009) 615 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009DC0615&from=ES> (consultado el 5.11.2018)

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Hacia un Acta del Mercado Único. Por una economía social de mercado altamente competitiva. Cincuenta propuestas para trabajar, emprender y comerciar mejor todos juntos. Bruselas, 27.10.2010 COM (2010) 608 final. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0608:FIN:ES:PDF> (consultado el 5.11.2018)

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Acta del Mercado Único. Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza «Juntos por un nuevo crecimiento». Bruselas, 13.4.2011. COM (2011) 206 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0206&from=ES> (consultado el 5.11.2018)

Comunicación de la Comisión relativa a la Iniciativa Ciudadana Europea “El Derecho al agua y el saneamiento como derecho humano. ¡El agua no es un bien comercial sino un bien público!”. COM (2014) 0177 final <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014DC0177&from=EN> (consultado el 19.03.2018)

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — «Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)» COM (2009) 615 final (2011/C 51/12). DOUE C 51 de 17.2.2011. Págs. 59-66. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010AE1366&from=ES> (consultado el 5.11.2018)

Dictamen del Comité de las Regiones — Adjudicación de contratos de concesión. (2012/C 277/09) DOUE, C 277, 13 de septiembre de 2012. Págs. 74-96. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:277:0074:0095:ES:PDF> (consultado el 24.10.2018)

Directiva 71/304/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, relativa a la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos administrativos de obras y a la adjudicación de contratos administrativos de obras por medio de agencias o sucursales. DOUE n. L 185 de 16 de agosto de 1971. Págs. 1-4. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31971L0304&from=es> (consultado el 7.09.2018)

Directiva del Consejo 71/305/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra. DUE n. L 185 de 16 de agosto de 1971. Págs. 5-15 <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/098f78cd-caff-4545-aa16-35434a9cbab5/language-es> (consultado el 7.09.2018)

Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro. DOUE n. L 13 de 15 de enero de 1977. Págs. 1-14 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31977L0062&from=ES> (consultado el 7.09.2018)

Directiva 88/295/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1988, por la que se modifica la Directiva 77/62/CEE de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro y por la que se derogan determinadas disposiciones de la Directiva 80/767/CEE. DOUE L 127, 20.5.1988. Págs. 1-14 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31988L0295&from=ES> (consultado el 13.06.2018)

Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18 de julio de 1989, que modifica la Directiva 71/305/CEE sobre coordinación de los procedimientos de celebración de los contratos públicos de obra. DOUE L 210, 21.7.1989. Págs. 1-21 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31989L0440&from=ES> respectivamente (consultado el 13.06.2018)

Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras. DOUE L 395, 30.12.1989. Págs. 33-35 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31989L0665&from=ES> (consultado el 13.06.2018)

Directiva 90/531/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. DOUE n. L 297 de 29 de noviembre de 1990. Págs. 1 - 48 <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31990L0531:ES:HTML> (consultado el 7.09.2018)

Directiva 92/13/CEE del Consejo de 25 de febrero de 1992 relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. DOUE L 76/14, 23.3.1992. Págs. 14–20 <http://www.minhafp.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Contratacion/Directiva%20recursos%20sectores%20especiales.pdf> (consultado el 24.05.2018).

Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. DOUE n. L 209, de 24 de julio de 1992. Págs. 1–24 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992L0050&from=ES> (consultado el 7.09.2018)

Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. DOUE n. L 199, de 9 de agosto de 1993. Págs. 54-84 <https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/01978bf9-e9dc-499b-b055-970f1ab5301a/language-es> (consultado el 7.09.2018)

Directiva 93/38/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. DOUE n. L 199 de 9 de agosto de 1993. Págs. 84-151 <https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/97e84400-2666-41c6-a27a-4015ba5e9581/language-es> (consultado el 7.09.2018)

Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007 por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. DOUE L 335/31, 20.12.2007. Págs. 31–46 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:335:0031:0046:es:PDF> (consultado el 24.05.2018).

Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE. DOUE L 216/76, 20.8.2009. Págs. 76–136. <https://www.boe.es/doue/2009/216/L00076-00136.pdf> (Consultado el 25.5.2018)

*Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual.* DOUE L 95/1, 15.4.2010. Págs. 1-24 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:095:0001:0024:ES:PDF> (Consultado el 25.5.2018)

Horizon 2020. El Programa Marco de Investigación e Innovación de la Unión Europea. [https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/sites/horizon2020/files/H2020\\_ES\\_KI0213413\\_ESN.pdf](https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/sites/horizon2020/files/H2020_ES_KI0213413_ESN.pdf) (Consultado el 10.10.2017).

Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en materia de Contratación Pública y Concesiones. Bruselas, 30.4.2004 (COM (2004) 327) final. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0327:FIN:ES:PDF>

[lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0327&from=ES](http://lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0327&from=ES) (consultado el 26.10.2018)

Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente. Bruselas, 27.1.2011. COM (2011) 15 final <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:ES:PDF> (consultado el 20.09.2018)

New decision of Eurostat on deficit and debt. Treatment of public-private partnerships. Luxemburgo, 11 de febrero de 2004. <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/1015035/2041337/Treatment+of+PPPs.pdf/af9e90e2-bf50-4c77-a1a0-e042a617c04e> (última consulta 8.06.2017)

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Bruselas, 20.12.2011 COM (2011) 897 final [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/com/com\\_com\(2011\)0897/\\_com\\_com\(2011\)0897\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2011)0897/_com_com(2011)0897_es.pdf) (consultado el 19.09.2018)

Protocolo nº 26 sobre los servicios de interés general. DOUE nº 115, 9.5.2008, págs. 308–308 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:12008M/PRO/26&from=ES> (consultado el 20.10.2018)

Recomendación de la Comisión sobre la profesionalización de la contratación pública: Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública. C (2017) 6654 final. Estrasburgo, 3.10.2017 <http://www.boe.es/doue/2017/259/L00028-00031.pdf> (Consultado el 10.10.2017).

Reglamento (CE) Nº 2223/96 del Consejo de 25 de junio de 1996 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Comunidad. SEC 1995 DOCE, n. L 310 de 30 de noviembre de 1996. Págs. 1 – 469. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996R2223:ES:HTML> (Consultado el 13.11.2017).

Reglamento (UE) Nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. SEC 2010. DOUE L 174 de 26 de junio de 2013. Págs. 1–727. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0549&from=ES> (Consultado el 6.02.2018)

Reglamento (CE) Nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007 sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) Nº 1191/69 y (CEE) Nº 1107/70 del Consejo. DOUE L 315, 3.12.2007. Págs. 1-13 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:315:0001:0013:Es:PDF> (consultado el 28.05.2018)

Reglamento (CE) Nº 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de septiembre de 2008 sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad. DOUE L 293, 31.10.2008. Págs. 3-20 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:293:0003:0020:ES:PDF> (consultado el 19.11.2018)

Reglamento de Ejecución (UE) Nº 2015/1986 de la Comisión, de 11 de noviembre de 2015, por el que se establecen formularios normalizados para la publicación de anuncios en el ámbito de

la contratación pública y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) n° 842/2011. DOUE L 296, 12.11.2015. Págs. 1–146. Véase <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015R1986&from=ES> (consultado el 26.06.2018)

Resolución del Consejo Europeo sobre el Pacto de estabilidad y crecimiento (Amsterdam, 17 de junio de 1997) DOUE C 236 de 2.8.1997

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE C 326, 26.10.2012. Págs. 47–390. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=ES> (consultado el 5.11.2018)

## 2.2. España

Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española. BOE n° 77 de 31 de marzo de 2015. Págs. 27244–27258. BOE-A-2015-3443. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-3443-consolidado.pdf> (consultado el 17.07.2018)

*Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.* BOE n° 103, de 30 de abril de 2012. Págs. 32653 a 32675. BOE-A-2012-5730

Proyecto de Orden Ministerial por la que se determina la composición, organización y funcionamiento de la Oficina Nacional de Evaluación. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. <http://www.minhafp.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/PROYECTO%20DE%20ORDEN%20OFICINA%20NACIONAL%20DE%20EVALUACION.pdf> (Consultado el 05.09.2017)

Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española. BOE n° 30 de 4 de febrero de 2017. Págs. 8113 – 8126. BOE-A-2017-1150. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2017/BOE-A-2017-1150-consolidado.pdf> (consultado el 6.11.2018)

## 2.3. Italia

Adunanza della Commissione speciale del 22 marzo 2017. Numero Affare 00432/2017. Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Ufficio legislativo. [http://www.appaltiame.it/wp-content/uploads/2017/04/nsiga\\_4323640.pdf](http://www.appaltiame.it/wp-content/uploads/2017/04/nsiga_4323640.pdf) (Consultado el 13.12.2017)

D.LGS. n. 163/2006

Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n. 50. *Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.* Gazz. Uff. 19.04.2016, n. 91, Suppl. Ordinario. [http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie\\_generale/caricaDetttaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2016-04-19&atto.codiceRedazionale=16G00062](http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDetttaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2016-04-19&atto.codiceRedazionale=16G00062) (Consultado el 13.12.2017).

Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56. *Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.* (GU Serie Generale n.103 del 05-05-2017 - Suppl. Ordinario n. 22) <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/05/5/17G00078/sg> (Consultado el 16.11.2017)

Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Gazz. Uff. Serie Generale 5.5.2017. n. 22. Suppl. Ordinario.

<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/05/5/17G00078/sg> (Consultado el 16.11.2017)

Legge 11 febbraio 1994, n. 109

Legge 28 gennaio 2016 n.11. *Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonche' per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* en Gazz. Uff., 29 gennaio 2016, n. 23. [http://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2016\\_0011\\_delega\\_direttive.pdf](http://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2016_0011_delega_direttive.pdf) (Consultada el 15.01.2018).

ANAC, *Linee guida sui sistemi di monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*. 1 de febrero de 2017. <https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anac/docs/Attivita/RegolazioneContratti/ProposteDiLineeGuida/proposta.linee.guida.monitoraggio.PPP.07.02.17.air.pdf> (consultado el 22.11.2017)

## 2.4. Alemania

Código Procesal Administrativo (*Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO*) <https://www.gesetze-im-internet.de/vwgo/VwGO.pdf> (consultado el 20.06.2018)

Ley de modificación de la Ley sobre Principios Presupuestarios (*Zweites Gesetz zur Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes*). Bundesgesetzblatt, Jahrgang 1993, Teil I. S. 1928. [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=///\\*%5B@attr\\_id=%27bgbl193s1928.pdf%27%5D#\\_bgbl\\_%2F%2F\\*%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl193s1928.pdf%27%5D\\_1528879440545](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=///*%5B@attr_id=%27bgbl193s1928.pdf%27%5D#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl193s1928.pdf%27%5D_1528879440545) (consultado el 13.06.2018)

Ley de transporte de personas (*Personenbeförderungsgesetz – PbefG*). Bundesgesetzblatt Teil I. S. 1690. 8.08.1990 <https://www.gesetze-im-internet.de/pbefg/PBefG.pdf> (consultado el 19.11.2018)

Ley de modificación de la legislación de contratación pública (*Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge. Vergaberechtsänderungsgesetz-VgRÄG*) Bundesgesetzblatt Teil I 1998 Nr. 59. 02.09.1998 [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=///\\*%5B@attr\\_id=%27bgbl198s2512.pdf%27%5D#\\_bgbl\\_%2F%2F\\*%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl198s2512.pdf%27%5D\\_1529316109742](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=///*%5B@attr_id=%27bgbl198s2512.pdf%27%5D#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl198s2512.pdf%27%5D_1529316109742) (Consultada el 18.06.2018)

Ley de suministro de electricidad y gas. (*Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung. Energiewirtschaftsgesetz - EnWG*). Bundesgesetzblatt Teil I. S. 1970 – 3621. 7.07. 2005. [https://www.gesetze-im-internet.de/enwg\\_2005/EnWG.pdf](https://www.gesetze-im-internet.de/enwg_2005/EnWG.pdf) (consultada el 27.06.2018).

Ley para la implementación y agilización de la Colaboración Público Privada (*Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften - ÖPP-Beschleunigungsgesetz*) Bundesgesetzblatt Teil I. Nr. 56. 07.09.2005. [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=///\\*%5B@attr\\_id=%27bgbl105s2676.pdf%27](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=///*%5B@attr_id=%27bgbl105s2676.pdf%27)



[%5D# bgbl %2F%2F\\*%5B%40attr id%3D%27bgbl105s2676.pdf%27%5D 1527237041104](#)  
(Consultado el 25.05.2018)

Ley de modificación del derecho de contratación en el ámbito de la Defensa y la Seguridad (*Gesetz zur Änderung des vergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit – VS-VgRÄndG*) [https://www.jurion.de/gesetze/vs\\_vgraendg/](https://www.jurion.de/gesetze/vs_vgraendg/) (Consultado el 25.5.2018)

Ley de modernización del derecho de la contratación (*Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts. Vergaberechtsmodernisierungsgesetz - VergRModG*) Bundesgesetzblatt Teil I. 2016. Nr. 8. 23.02.2016  
[https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGBI&start=//%255B@attr id=%27bgbl116s0203.pdf%27%255D# bgbl %2F%2F\\*%5B%40attr id%3D%27bgbl116s0203.pdf%27%5D 1528883336321](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&start=//%255B@attr id=%27bgbl116s0203.pdf%27%255D# bgbl %2F%2F*%5B%40attr id%3D%27bgbl116s0203.pdf%27%5D 1528883336321) (consultado 28.11.2018)

Ley contra las restricciones a la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB*). Bundesgesetzblatt Teil I. S. 1750- 3245. 26.06.2013. <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/> (Consultado el 22.05.2018)

Ley de Procedimiento Administrativo General estatal (*Verwaltungsverfahrensgesetz - VwVfG*) <https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/vwvfg.pdf> (consultado el 20.06.2018)

Ley de Enjuiciamiento Civil (*Zivilprozessordnung - ZPO*) <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/ZPO.pdf> (consultado el 5.07.2018)

Reglamento sobre el procedimiento de revisión y control (*Nachprüfungsverordnung*) Bundesgesetzblatt, Jahrgang 1994, Teil I. S. 324  
[https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F\\*%5B%40attr id%3D%27bgbl194s0324.pdf%27%5D# bgbl %2F%2F\\*%5B%40attr id%3D%27bgbl194s0324.pdf%27%5D 1528879909176](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F*%5B%40attr id%3D%27bgbl194s0324.pdf%27%5D# bgbl %2F%2F*%5B%40attr id%3D%27bgbl194s0324.pdf%27%5D 1528879909176) (consultado el 13.06.2018)

Reglamento sobre la adjudicación de concesiones (*Verordnung über die Vergabe von Konzessionen – Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV)*). Bundesgesetzblatt Teil I. S. 624 – 683. 12.04.2016. <https://www.gesetze-im-internet.de/konzvgv/BJNR068300016.html> (consultado el 22.05.2018).

Reglamento de modernización del Derecho de Contratación (*Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts - VergRModVO*) Bundesgesetzblatt Teil I. 2016. Nr. 16. 14.04.2016. <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/V/verordnung-zur-modernisierung-des-vergaberechts.pdf? blob=publicationFile&v=6> (consultados el 13.06.2018)

Reglamento sobre la adjudicación de contratos públicos (*Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge. Vergabeverordnung – VgV*). [https://www.gesetze-im-internet.de/vgv\\_2016/](https://www.gesetze-im-internet.de/vgv_2016/) (consultado el 22.05.2018)

Reglamento sobre la adjudicación de contratos públicos en sectores especiales (*Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung. Sektorenverordnung - SektVO*). [https://www.gesetze-im-internet.de/sectvo\\_2016/](https://www.gesetze-im-internet.de/sectvo_2016/) (consultado el 22.05.2018)

Reglamento de contratación en el sector de la defensa y seguridad (*Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit zur Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und*

*Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG. Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit - VSVgV*) Bundesgesetzblatt Teil I. S. 2570. 7.12.2011 <https://www.gesetze-im-internet.de/vsvgv/BJNR150900012.html> (consultado el 22.05.2018)

Reglamento sobre la adjudicación de concesiones (*Verordnung über die Vergabe von Konzessionen. Konzessionsvergabeverordnung - KonzVgV*). <https://www.gesetze-im-internet.de/konzvgv/BJNR068300016.html> (consultado el 22.05.2018)

Reglamento de estadística sobre la adjudicación de contratos públicos y concesiones (*Verordnung zur Statistik über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen . Vergabestatistikverordnung - VergStatVO*). <http://www.gesetze-im-internet.de/vergstatvo/> (Consultado el 22.05.2018)

Reglamento sobre precios en contratos públicos de 1953 (*Verordnung PR Nr 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen - PreisVO*). [http://www.gesetze-im-internet.de/preisv\\_30\\_53/](http://www.gesetze-im-internet.de/preisv_30_53/) (consultado el 22.05.2018)

Directrices para la fijación de precios en función de los costes propios (*Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten. Anlage zur Verordnung PR Nr. 30/53 vom 21. November 1953 – PreisLS*). <https://www.gesetze-im-internet.de/preisls/index.html> (consultado el 22.05.2018)

### **3. JURISPRUDENCIA, RESOLUCIONES, CONCLUSIONES E INFORMES**

#### **3.1. Unión Europea**

Conclusiones del Abogado General Sr. Nial Fennelly de 2 de abril de 1998 (C-76/97 Walter Tögel) ECLI:EU:C:1998:161.

STJUE de 5 de febrero de 1963 (C-26/62 Van Gend & Loos) ECLI:EU:C:1963:1

STJUE de 15 de julio de 1964 (C-6/64 Costa-ENEL) ECLI:EU:C:1964:66

STJUE de 9 de marzo de 1978 (C-106/77 Simmenthal) ECLI:EU:C:1978:49

STJUE de 13 de noviembre de 1990 (C-106/89 Marleasing) ECLI:EU:C:1990:395

STJUE de 19 de abril de 1994 (C-331/92 Gestión Hotelera Internacional, S. A. y Comunidad Autónoma de Canarias) ECLI:EU:C:1994:155.

STJUE de 18 de mayo de 1995 (C-57/94 Comisión contra Italia) ECLI:EU:C:1995:150.

STJUE de 11 de agosto de 1995 (C-433/93 Comisión-Alemania) ECLI:EU:C:1995:263.

STJUE de 24 de septiembre de 1998 (C-76/97 Walter Tögel) ECLI:EU:C:1998:432.

STJUE de 10 de noviembre de 1998 (C-360/96 BFI Holding BV) ECLI:EU:C:1998:525.

STJUE de 18 de noviembre de 1999 (C-275/98 Unitron Scandinavia y 3-S) ECLI:EU:C:1999:567.

STJUE de 7 de diciembre de 2000 (C-324/98 Telaustria) ECLI:EU:C:2000:669.

STJUE de 12 de diciembre de 2002 (C-470/99 Universale-Bau) ECLI:EU:C:2002:746

STJUE de 16 de octubre de 2003 (C-283/00 SEIEP.S.A) ECLI:EU:C:2003:544.

STJUE de 29 de abril 2004 (C-496/99 Succhi di Fruta) ECLI:EU:C:2004:236.

STJUE de 24 de julio de 2003 (C-280/00 Altmark Trans GmbH). ECLI:EU:C:2003:415

STJUE 11 de enero de 2005 (C-26/03 Stadt Halle y RPL Recyclingpark Lochau GmbH). ECLI:EU:C:2005:5

STJUE de 13 de enero de 2005 (C-84/03 Comisión-España) ECLI:EU:C:2005:14.

STJUE de 13 de octubre de 2005 (C-458/03 Parking Brixen) ECLI:EU:C:2005:605

STJUE de 27 de octubre de 2005 (C-158/03 INSALUD) ECLI:EU:C:2005:642

STJUE de 10 de noviembre de 2005 (C-29/04 Comisión contra Austria) ECLI:EU:C:2005:670.

STJUE de 18 de julio de 2007 (C-382/05 Comisión-Italia) ECLI:EU:C:2007:445

STJUE de 19 de Junio de 2008 (C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur) ECLI:EU:C:2008:351.

STJUE de 13 de noviembre de 2008 (C-324/07 Coditel Brabant) ECLI:EU:C:2008:621

STJUE de 11 de junio de 2009 (C-300/07 Hans & Christophorus Oymanns GbR) ECLI:EU:C:2009:358

STJUE de 10 de septiembre de 2009 (C-206/08 Gotha vs. Eurawasser). ECLI:EU:C:2009:540

STJUE de 15 de octubre de 2009 (C-196/08 Acoset SpA) ECLI:EU:C:2009:628.

STJUE de 29 de abril de 2010 (C-160/08, Comisión contra República de Alemania) ECLI:EU:C:2010:230

STJUE de 6 de mayo de 2010 (C-145/08 Club Hotel Loutraki y otros) ECLI:EU:C:2010:247

STJUE de 10 de marzo de 2011 (C-274/09 Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler) ECLI:EU:C:2011:130.

STJUE de 10 de noviembre de 2011 (C-348/10 Norma y Dekom) ECLI:EU:C:2011:721.

STJUE de 28 de febrero de 2013 (C-483/10 Comisión-Reino de España) ECLI:EU:C:2013:114

STJUE de 6 de octubre de 2015 (C-203/14 Consorci Sanitari del Maresme) ECLI:EU:C:2015:664

STJUE de 21 de marzo de 2019 (C-465/17 Falck Rettungsdienste GmbH) ECLI:EU:C:2019:234

Sentencia del Tribunal General de 20 de septiembre de 2011 (T-461/08 Evropaïki Dynamiki/BEI). DOUE C 319, 29.10.2011. Págs. 14–14.

Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2013 (T-235/11 Reino de España contra Comisión) ECLI:EU:T:2013:49.

### 3.2. España

Abogacía General del Estado, Circular nº 1/2011: Régimen de Modificación de los Contratos del Sector Público.

Acuerdo 52/2013, de 11 de septiembre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por AVERICUM, S.L. frente a su exclusión en la licitación del contrato denominado «Servicio de hemodiálisis hospitalaria con destino a los sectores Zaragoza I, Zaragoza II y Zaragoza III», promovida por el Servicio Aragonés de Salud. RE 066/2013

Acuerdo 55/2013, de 1 de octubre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA, S.L. y FUNDACIÓN SALUD Y COMUNIDAD contra la resolución por la que se adjudica el contrato denominado «Gestión integral del Hogar y Centro de Día de mayores Luis Aula de Zaragoza», promovido por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales. RE 069/2013

Acuerdo 37/2014, de 30 de junio de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.A. frente al procedimiento de licitación denominado «Gestión de servicios públicos de un centro de día de salud mental para personas con enfermedad mental en la Comunidad Autónoma de Aragón», convocado por el Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia. RE 073/2014

Acuerdo 51/2014, de 4 de septiembre de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por AUTOBUSES TERUEL ZARAGOZA, S.A. frente al procedimiento de licitación denominado «Gestión y explotación del servicio municipal de transporte colectivo urbano de viajeros de la ciudad de Teruel, en su modalidad de concesión administrativa», promovido por el Ayuntamiento de Teruel. RE 088/2014

Acuerdo 76/2015, de 20 de julio de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN frente al procedimiento de licitación denominado «Obras de construcción de un nuevo hospital en la ciudad de Teruel, su urbanización y conexiones con sistemas generales (excepto movimiento de tierras)», promovido por el Servicio Aragonés de Salud. RE 068/2015.

Acuerdo 117/2017, de 21 de noviembre de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por JORGE AZCÓN NAVARRO, frente a la modificación del contrato denominado «Instalación, gestión y mantenimiento de un sistema de transporte individualizado mediante bicicletas en régimen de alquiler, así como para la instalación y explotación de soportes publicitarios de interés general y marquesinas en el término municipal de Zaragoza», acordada por el Ayuntamiento de Zaragoza. RE 129/2017.

Dictamen del Consejo de Estado. Número de expediente: 3725. Fecha de aprobación: 12.10.1948

Dictamen del Consejo de Estado. Número de expediente: 42179. Fecha de aprobación: 17.05.1979

Dictamen del Consejo de Estado. Número de expediente: 41.914. Fecha de aprobación: 24.05.1979.

Dictamen del Consejo de Estado, número de expediente: 50293 (obras públicas y urbanismo). Fecha de aprobación: 5.11.1987.

Dictamen del Consejo de Estado. Número de expediente: 55586 (Economía y Hacienda). Fecha de aprobación: 10.1.1991.

Dictamen del Consejo de Estado en su dictamen número 2.228/98 (Fomento). Fecha de aprobación: 25.6.1998.

Dictamen del Consejo de Estado. Número de expediente: 3062/1998 (Interior). Fecha de aprobación: 10.9.1998.

Dictamen del Consejo de Estado. Número de expediente: 3845/98. Fecha de aprobación: 8.10.1998.

Dictamen del Consejo de Estado. Número de expediente: 1075/2001. Fecha de aprobación: 26.07.2001.

Dictamen del Consejo de Estado. Número de expediente: 1598/2002 (Ciencia y tecnología). Fecha de aprobación: 31.10.2002.

Dictamen del Consejo de Estado. Número de expediente: 3344/2002 (ciencia y tecnología). Fecha de aprobación: 13.3.2003.

Dictamen del Consejo de Estado. Número de expediente: 2527/2003 (FOMENTO). Fecha de aprobación: 23.10.2003.

Dictamen del Consejo de Estado. Número de expediente: 701/2012. Fecha de aprobación: 11.10.2012.

Dictamen del Consejo Consultivo de Aragón. *Modificación del contrato de gestión del servicio público de eliminación y valorización de neumáticos fuera de uso suscrito por el Gobierno de Aragón.* Nº 52/2013. 30.04.2013.

Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid nº 363/10. Aprobación: 27.10.10

Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid nº 604/11. Aprobación: 02.11.11

Documento de estudio presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1 de marzo de 2016 por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, *Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público.*

Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 26/09, de 1 de febrero de 2010. *Exigencia de clasificación en los contratos de servicios cuya prestación tenga por objeto la gestión de servicios sociales. Calificación del contrato*

Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 23/10, de 24 de noviembre de 2010. *Contratos para el mantenimiento de aplicaciones informáticas, aplicación del procedimiento negociado en supuestos de exclusividad y duración de los contratos*

Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 61/08, de 31 de marzo de 2009. *Consulta sobre términos de un contrato de concesión del servicio público de tratamiento de residuos urbanos.*

Informe 18/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón: *Posibilidad de mantener el equilibrio económico de un contrato de gestión de servicios públicos mediante la modificación del precio del mismo. La crisis económica como causa de modificación del contrato.*

Informe 24/2013, de 25 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. *Restablecimiento del equilibrio económico en contratos de concesión de obra pública.*

Informe 17/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. *Efectos de las Directivas de contratación pública en la regulación de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, tras la conclusión del plazo de transposición. Posibilidades de desarrollo.*

Informe 8/2015, de 20 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. *Anteproyecto de Ley de contratos del sector público.*

Informe 13/2015, de 30 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. *Criterios para calificar como concesión un contrato de transporte regular permanente de viajeros de uso general en autobús*

Informe 1/2014 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias. *Calificación de contratos típicos y la libertad de pactos.*

Recomendación 1/2013 de 27 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a la necesidad de aprobar en el ámbito del sector público unas instrucciones para la correcta ejecución de servicios externos

Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a distintas cuestiones suscitadas en la preparación de los contratos por los poderes adjudicadores, en particular referentes a la calificación del contrato, el fraccionamiento del objeto del contrato, la excepcionalidad del procedimiento negociado, la solvencia del contratista, los criterios de adjudicación y los gastos imputables al contratista

Resolución nº 32/2014, de 17 de febrero de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid

Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública. BOE nº 66, de 17 de marzo de 2016. Págs. 20456-20474. BOE-A-2016-2700

Resolución de 16 de agosto de 2017, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de gestión directa con la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre,

SME, SA, por el que se regula la gestión de la explotación y la preparación de la licitación de autopistas de titularidad estatal. BOE nº 204, de 25 de septiembre de 2017. Págs. 85595-85605.

STS de 11 de abril de 1984 (RJ 1984/1920)

STS de 25 de abril de 1986 (STS 2081/1986) ECLI: ES:TS:1986:2081.

STS de 20 de diciembre de 1986 (Ar. RJ 1987, 1175)

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1992 (STS 324/1992). ECLI: ES:TS:1992:324

STS de 14 de abril de 1987 (STS 2062/1985). Nº de Recurso: 407884. ECLI: ES:TS:1985:2062

STS de 19 de Septiembre de 2000 (Ar. RJ 2000, 7975)

STS de 30 de abril de 2001 (STS 3530/2001). Número de recurso: 618/1998. ECLI: ES:TS:2001:3530

STS de 3 de mayo de 2001

STS de 29 de mayo de 2007 (STS 4079/2007). Nº de Recurso: 8202/2004. ECLI: ES:TS:2007:4079.

STS de 27 de octubre de 2009

STS de 14 de julio de 2010

STS de 21 de julio de 2011 (STS 5303/2011) Número de recurso: 2680/2008. ECLI:ES:TS:2011:5303

STS de 17 de mayo de 2012

STSJ Andalucía, Granada, de 14 de febrero de 2017 (STSJ AND 1060/2017) ECLI: ES:TSJAND:2017:1060

STSJ Madrid de 14 de junio de 2001 (STSJ M 8076/2001) ECLI: ES:TSJM:2001:8076. Nº de Recurso: 684/1996.

STSJ Madrid 2924/2006. Nº de Recurso: 1264/2003. ECLI: ES:TSJM:2006:2924

STSJ Principado de Asturias de 22 de noviembre de 2011 (STSJ AS 4288/2011) ECLI: ES:TSJAS:2011:4288. Nº de Recurso: 198/2011.

### **3.3. Italia**

Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici (AVCP), [Ag 39/2012 del 6 marzo 2013](#)

Dictamen del Consiglio di Stato: Cons. St., VI, 2.3.2004 n. 926.

### **3.4. Alemania**

Beschluss Az. 1 BvR 1160/03 BVerfG 13. Juni 2006.

Beschluss vom 02.05.2007 - BVerwG 6 B 10.07. ECLI:DE:BVerwG:2007:020507B6B10.07.0.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 13.07.2005 - 6 W 35/05 (Verg)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.01.2010 - I-27 U 1/09.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.03.2012 - VII-Verg 78/11.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.03.2012 - VII-Verg 37/11.

OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 07.02.2011 - 15 E 1485/10.

VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 25.07.2012 - 1 VK 20/12.

### 3.5. Francia

Arrêt del Conseil d'État de 21 de marzo de 1910, Rec. 216. Compagnie générale française des tramways.

Arrêt del Conseil d'État de 24 de marzo de 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux

Arrêt C.E de 10 de febrero de 1943, Aurran

## 4. OTROS

ALIPRANDI, D. "Bolzano: primo caso di project financing riferito all'edilizia carceraria", Il Dubbio, 20. 10. 2016 <http://www.ristretti.org/Le-Notizie-di-Ristretti/bolzano-primo-caso-di-project-financing-riferito-alledilizia-carceraria> (Consultado el 12.12.017)

"Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados", Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo nº9. 2018

Comisión Europea, *Impact assessment of an initiative on concessions*. SEC (2011) 1588, pt. 3 p. 8. Datos de entre 2000 y 2006.

Commission staff working document. *Impact assessment of an initiative on Concessions. Accompanying the document Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council*. Brussels, 20.12.2011 SEC(2011) 1588 final.

*Cómo usar la matriz de evaluación de riesgos*. Recursos en Project Management.

Creating a Risk, Intelligent infrastructure. Getting Risk Intelligence done. Deloitte. Copyright © 2014 Deloitte Development LLC.

"National Public Private Partnership Guidelines. Volume 4: Public Sector Comparator Guidance", Department of Infrastructure and regional Development. Australian Government. February 2016. ISBN 978-1-925401-22-6

Descripción en profundidad de la legislación histórica en materia de contratación a nivel de entidades locales

DLA Piper International Law Firm, European PPP Report 2007, elaborado con datos de Infra-News.



DLA Piper International Law Firm, European PPP Report 2009, elaborado con datos de Infra-News.

“El Gobierno estructura la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación Pública”, Legal Today. 7.05.2018

*España necesita mejorar la gobernanza de la colaboración público-privada, según un estudio.* Europa Press, Barcelona, 31.01.2019.

Exploring Strategic Risk: 300 executives around the world say their view of strategic risk is changing © 2013.

“Gestión estratégica y operativa. Gestión de riesgos: ¿Qué es? ¿Por qué emplearla? ¿Cómo emplearla?”, Gerens, Escuela de Postgrado. 26.08.2016

IMF, Spain, selected issues, marzo 2004. Pág. 14.

Informe de 16 de julio de 2015 de la Comisión Nacional de los mercados y la Competencia. IPN/CNMC/010/15: Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público

*Il Consiglio di Stato ha reso il proprio parere sul Decreto Correttivo al Codice degli Appalti.*

*La crisis de las autopistas en quiebra explicada paso a paso.* Europa Press. 12 de enero de 2017.

LERBINI, A. “A Bolzano bando da 72 milioni per il carcere in project financing”, *Quotidiano del Sole* 24 Ore. Edilizia e Territorio. 16.07.2013  
[http://www.ediliziaeterritorio.ilsole24ore.com/art/bandi/2013-07-16/bolzano-gara-milioni-primi-103827.php?uuid=AbblqdEI&refresh\\_ce=1](http://www.ediliziaeterritorio.ilsole24ore.com/art/bandi/2013-07-16/bolzano-gara-milioni-primi-103827.php?uuid=AbblqdEI&refresh_ce=1) (Consultado el 12.12.2017)

Managing Risk from Every Direction Take control of third-party risk with a strong third-party assurance program. Copyright © 2015 Deloitte Development LLC.

Paper. L’attuazione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici: problemi, prospettive, verifiche.

“Proyecto de Orden Ministerial para desarrollar su organización y funciones. La nueva Oficina Nacional de Evaluación garantizará la eficiencia y sostenibilidad de las inversiones públicas del Estado, corporaciones locales y comunidades autónomas”, Servicios de prensa de la Moncloa. Gobierno. 20.06.2016

Public Procurement Indicators 2015. DG GROW G4 - Innovative and e-Procurement. December 19, 2016.

“¿Cuántos recursos dedicar a la gestión de riesgos?”, Recursos en Project Management

Relazione Unità Tecnica Finanza di Progetto 2014

Risk Intelligent Governance: A practical guide for boards. Copyright © 2009 Deloitte Development LLC. Risk Intelligence Series nº 16.

Risk Intelligent Governance lessons from state-of-the-art board practices. Deloitte. Copyright © 2014 Deloitte Development LLC.

Risk Transformation. Aligning risk and the pursuit of shareholder value. © 2014.

Strategic risk. A cornerstone of risk transformation © 2016.

Tema 9 project finance - Caminos – UPM. Esquema de la universidad Politécnica de Madrid.

The Risk Intelligent Enterprise. ERM Done right Copyright © 2013 Deloitte Development LLC. Enterprise Risk Management.

The Risk Intelligence General Counsel. Discard de compass and get a GPS. Copyright © 2013 Deloitte Development LLC.

The Risk Intelligent CFO. Converting risk into opportunity. Copyright © 2013 Deloitte Development LLC.

The value killers revisited. A risk management study. Copyright © 2014 Deloitte Development LLC.