

PROYECTO DE DIRECTIVA DE CONCESIONES

RAMÓN VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA

Abogado (*)

Proyecto de Directiva de concesiones

Se encuentra actualmente en tramitación en el Parlamento Europeo el proyecto de Directiva relativa a la adjudicación de concesiones, que deberá estar incorporada el 30 de junio de 2014.

Los objetivos de la reforma apuntan a dotar de mayor seguridad jurídica al negocio concesional y así facilitar el acceso del mayor número de operadores económicos al mercado de las concesiones.

Para alcanzar esa meta, la Directiva proyectada aborda por primera vez de forma integral y conjunta la regulación de las concesiones de obras y de servicios, acentuando la transferencia de riesgos hacia el concesionario. También se incorporan previsiones sobre los procedimientos de adjudicación que favorecen la transparencia, la igualdad y la concurrencia de los operadores. Finalmente esta iniciativa acomete una nueva regulación de las modificaciones contractuales durante la vigencia de la concesión.

The proposal for a directive on the award of concessions

The European Parliament is currently working in the draft of the future directive on the award of concessions, which should be transposed by the State members before June 30, 2014.

The objectives of this reform are aimed to provide greater legal certainty to concessions and thus facilitate the access to the greatest number of economic operators to the market of concessions.

To achieve that goal, the future directive tackles for the first time in a comprehensive and joint way the regulation of works and services concessions, putting the stress on the transfer of risks to the concessionaire. Forecasts in relation to the procurement procedures, that favour its transparency, equality and the concurrence of the operators, are also incorporated. Finally this legal initiative undertakes a new regulation of contractual amendments during the term of the concession.

PRELIMINAR: LA JUSTIFICACIÓN DEL PROYECTO DE DIRECTIVA SOBRE CONCESIONES

En estos tiempos de restricciones presupuestarias y de dificultades económicas en la mayor parte de los Estados miembros, el pasado 20 de diciembre de 2011 la Comisión Europea remitió al Parlamento Europeo una propuesta de Directiva (COM (2011), 897 final) relativa a la adjudicación de contratos de concesión (en lo sucesivo, el «Proyecto» o la «Directiva proyectada»).

Este nuevo proyecto normativo, que se ha presentado en paralelo con la propuesta de Directiva relativa a la contratación pública, tiene varios objetivos: El primero de ellos, estimular la inversión privada mediante la colaboración público-privada, contribuyendo así al crecimiento y la creación de empleo, y, en definitiva, a alcanzar algunos de los objetivos de la Estrategia Europa 2020¹. Y el segundo, dotar de mayor seguridad jurídica y homogeneidad a la figura de la concesión (tanto de obras como de servicios) con el fin de facilitar el acceso a este mercado del mayor número de operadores económicos.

Según ha resultado en el procedimiento de elaboración de este Proyecto², constituía una traba para el acceso al mercado de las concesiones el doble hecho de que no existiera, por una parte, una definición homogénea y precisa sobre lo que había de entenderse por «concesión» (con las consecuencias respecto del haz de derechos y obligaciones que correspondían a cada una de las partes, en especial en lo que se refería a la distribución de riesgos) y, por otra, de la ausencia casi absoluta de disposiciones de Derecho derivado comunitario sobre los procedimientos de adjudicación de las concesiones.

Con el presente texto se pretende una regulación integral de la figura de la concesión. A la fecha únicamente es la concesión de obras la que está regulada —y parcialmente— en el Derecho comunitario derivado³, rigiéndose la de servicios directamente por los principios de transparencia, igualdad de

* Del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

¹ Comunicación de la Comisión «EUROPA 2020 Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», de 3 de marzo de 2010, COM (2010), 2020. En el mismo sentido, la Comunicación «Acta del Mercado Único- Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza», de 13 de enero de 2011 (COM (2011), 206 final).

² Cfr. Informe de evaluación de impacto SEC (2011) 1589 final, aprobado por el Comité de Evaluación de Impacto el 21 de marzo de 2011.

³ En lo que se refiere a las concesiones de obras, solo se aplican determinadas obligaciones en materia de publicidad, como la convocatoria previa obligatoria de operadores interesados o la obligación relativa al plazo mínimo de recepción de las candidaturas (cfr. apartado 1 del artículo 3 de la Directivas 93/37/CEE y los artículos 56 a 59 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).

trato, proporcionalidad y reconocimiento mutuo recogidos en los artículos 43 y 49 del Tratado (sentencias del TJUE de 7 de diciembre de 2000, as. C-324/98 *Teleaustria y Telefonadress*, y de 21 de julio de 2005, as. C-231/03 *Coname*, de 13 de octubre de 2005, as. C-458/03 *Parking Brixen*, y de 13 de noviembre de 2008, as. C-324/07, *Coditel Brabant*, entre otras).

Como apuntábamos antes, esta iniciativa se presenta en paralelo con la propuesta de Directiva relativa a la contratación pública (COM (2011) 896 final) remitida por la Comisión al Parlamento el mismo día 20 de diciembre de 2011.

Cabe preguntarse por qué se prevé la existencia de dos directivas, en vez de una única sobre contratación pública en la que se incluyera un apartado específico sobre concesiones. No parece demasiado convincente el efecto disuasorio que la complejidad de las normas y disposiciones específicas sobre contratación pública podría tener para la utilización de las concesiones que se aduce en el texto de la Directiva o en su informe de evaluación de impacto⁴. Más bien, parece obedecer al hecho cierto de la consideración firmemente establecida en el derecho y jurisprudencia comunitarios de que las concesiones y contratos públicos son instituciones diferentes: la característica principal de las concesiones es la transferencia al contratista de la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo operacional de la concesión, circunstancia no contemplada —o, al menos, no en esa magnitud— para los denominados, en el acervo comunitario, contratos públicos⁵.

Esta diferenciación entre los contratos públicos y las concesiones es lo que parece haber justificado, en definitiva, el que se produzca un tratamiento normativo diferenciado entre estas instituciones contractuales.

⁴ Cfr. Informe de evaluación del impacto de la Directiva proyectada (cfr. nota n.º 2), y exposición de motivos, apartado 3 («Principio de proporcionalidad»), *in fine*, de la Directiva proyectada.

⁵ Cfr. Comunicación Interpretativa 2000/C121/02, de 29 de abril, sobre concesiones en el Derecho Comunitario (DU 121, de 29 de abril), y sentencias del TJUE de 10 de noviembre de 2011, as. C-348/10 *Norma-A y Dekom*, ap. 44 y 45, citando la sentencia —también del TJUE— de 10 de marzo de 2011, as. C-274/09 *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*. En el mismo sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, as. C-234/03 *Contse y otros*, de 18 de julio de 2007, as. C-382/05 *Comisión/Italia*, y de 13 de noviembre de 2008, as. C-437/07 *Comisión/Italia*.

DOS CONSIDERACIONES PREVIAS RELEVANTES: ÁMBITO DE APLICACIÓN Y PLAZO DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA PROYECTADA

Ámbito de aplicación de la Directiva proyectada

Habida cuenta de la importancia del nuevo régimen es importante acotar cuál será el ámbito de aplicación de esta nueva normativa.

(i) Empezando por su ámbito temporal, la Directiva proyectada se aplicará a las concesiones adjudicadas después de su entrada en vigor (cfr. exposición de motivos, ap. 5, del Proyecto), disposición que concuerda con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de modificación de contratos. En consecuencia, esta nueva iniciativa comunitaria no afectará a las actuales concesiones, que se seguirán rigiendo por su normativa y régimen jurídico obligacional⁶.

(ii) Por lo que se refiere a su ámbito de aplicación material, la Directiva proyectada se aplicará a los contratos de concesión (tal como los define el propio Proyecto, desde el punto de vista objetivo y subjetivo) cuyo valor estimado no sea inferior a 5 millones de euros. Veámoslo.

La nueva Directiva solo se aplicará a los contratos de concesión, tal como son definidos en el propio Proyecto. Aunque esta cuestión se abordará más adelante, anticipamos ahora que se definen contratos a título oneroso celebrados por escrito entre uno o más operadores económicos y uno o más poderes o entidades adjudicadores, cuyo objeto es, en las concesiones de obras, la ejecución de obras (públicas o no), y en las concesiones de servicios, la prestación de servicios, y la contrapartida de dicha ejecución o prestación de servicios es, bien el derecho a explotar dichas obras o servicios objeto del contrato, o este mismo derecho en conjunción con un pago, y en los que exista una transferen-

⁶ La eficacia obligatoria de lo pactado que consagran los artículos 1257 y 1258 del Código Civil, de aplicación supletoria en materia de contratación administrativa, es de general aplicación a este ámbito, como han recordado las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2011 (RJ 4465), 20 de mayo de 1999 (RJ 5094), 27 de diciembre de 1988 (RJ 10254), y 2 de marzo de 1987 (RJ 3456), entre otras muchas.

cia al concesionario del riesgo operacional sustancial.

Merece la pena detenerse ahora en los elementos subjetivos de esa definición, en concreto, en los conceptos de «*poderes adjudicadores*» o «*entidades adjudicadoras*» desarrollados, respectivamente, en los artículos 3 y 4 de la Directiva proyectada.

Ninguna novedad se aprecia respecto del concepto de «*poderes adjudicadores*», que es el concepto ya conocido de en la normativa comunitaria e interna de contratación pública⁷.

Más relevancia tiene el de «*entidades adjudicadoras*», concepto que engloba a los «*poderes adjudicadores*», y además lo que el artículo 4.2 del Proyecto de Directiva identifica como «*empresa pública*», esto es, «*toda empresa sobre la que los poderes adjudicadores puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por razón de propiedad o participación financiera o en virtud de las normas que la rigen*». Se considerará que los poderes adjudicadores ejercen una influencia dominante, directa o indirectamente, sobre una empresa, cuando a) posean 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.

Finalmente, también entran dentro del ámbito de aplicación del Proyecto, las «*entidades que no son poderes adjudicadores ni empresas públicas y que operan con arreglo a los derechos especiales o exclusivos⁸ otorgados por una autoridad competente de un Estado miembro*» (artículo 4.1.3) de la Directiva proyectada), salvo que esos derechos

se hayan concedido contando con la debida publicidad.

En el artículo 8 de la Directiva proyectada se establecen las exclusiones específicas en su aplicación, tales como las habituales de que la concesión se lleve a cabo en el marco de un acuerdo internacional o suscrito en relación con el estacionamiento de tropas y que se refiera a empresas de un Estado miembro o de un tercer país, o por una organización internacional, o cuando se trate de concesiones financiadas íntegramente por una organización o institución financiera internacional.

Es importante reseñar que el Proyecto de Directiva permite su no aplicación a las concesiones en los ámbitos de la seguridad y la defensa si sus disposiciones no pueden garantizar la protección de los intereses fundamentales de seguridad de un Estado miembro.

Ahora bien, solo será de aplicación a concesiones cuyo valor estimado no sea inferior a los 5 millones de euros, basado en el importe total, sin incluir IVA (artículo 5 del Proyecto). Esta previsión supone considerar sujetos a regulación armonizada los contratos de concesión que alcancen ese umbral económico. Ello ha de suponer una modificación del artículo 14 del vigente TRLCSP, que fija, actualmente, el umbral para este tipo de contratos en 4,845 millones de euros.

Sobre este particular, no está de más recordar que, aunque se detallan los métodos de cálculo del valor estimado de las concesiones, en el mismo han de incluirse las eventuales variantes o ampliaciones de la duración de la concesión y todos los suministros, obras y servicios necesarios para la ejecución de un determinado proyecto (considerando 10.º y artículo 6 del Proyecto).

Fecha de transposición de la Directiva proyectada

El artículo 49 del Proyecto fija que las previsiones de la Directiva deberán estar incorporadas al Derecho interno a más tardar el 30 de junio de 2014.

Como es sabido, tras pasada dicha fecha sin que se haya transpuesto, podrán invocarse directamente ante los tribunales nacionales el cumplimiento o incumplimiento de cualquier disposición concreta,

⁷ Cfr. artículo 3.4 del Proyecto de Directiva, que coincide con el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE. Este concepto fue incorporado en el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF).

Por lo demás, dicho concepto de «*poder adjudicador*» coincide con el previsto en el Proyecto de Directiva sobre contratación pública (COM (2011), 896 final), aludido en el apartado 1 de este artículo.

⁸ Esto es, «*derechos concedidos por las autoridades competentes de un Estado miembro en virtud de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa que tenga como efecto limitar a una o a más entidades el ejercicio de una actividad recogida en el anexo III y que afecte sustancialmente a la capacidad de las demás entidades de ejercer dicha actividad*» (art. 4.3 del Proyecto de Directiva).

particular e indubitada que pueda afectar directamente a la relación jurídica entre los operadores económicos y el Estado miembro, tales como son las normas sobre participación y publicidad⁹. Y también quedará abierta la vía de la responsabilidad patrimonial por incumplimiento de Derecho comunitario¹⁰.

LA TRANSFERENCIA DE RIESGOS Y LOS PRINCIPIOS DE REMUNERACIÓN SUFICIENTE Y DE MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO EN EL MISMO CONCEPTO DE CONCESIÓN

El concepto de concesión del Proyecto

Como se ha anticipado ya, desde la perspectiva del Derecho comunitario europeo, «*el derecho de explotación adjudicado al concesionario implica también la transferencia de la responsabilidad de explotación, que engloba los aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra*» (Comunicación Interpretativa 2000/C121/02, de 29 de abril, sobre concesiones en el Derecho Comunitario, DU 121, de 29 de abril). Es decir, en las concesiones el contratista asume responsabilidades y riesgos que tradicionalmente recaen o son competencia de los poderes y entida- des adjudicadores en el resto de contratos.

Pues bien, el Proyecto de Directiva enfatiza esta transferencia del riesgo como definitoria de la propia concesión. Así se indica en el artículo 2.2 del Proyecto («Definiciones»):

«*El derecho a explotar obras o servicios, [...] implica la transferencia al concesionario del riesgo operacional sustancial. Se considerará que el concesionario asume*

el riesgo operacional sustancial cuando no esté garantizado que 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».

A continuación identifica que el riesgo a asumir por el concesionario «*puede ser de los tipos siguientes*»:

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

(ii) *riesgo relacionado con la disponibilidad de las infraestructuras proporcionadas por el concesionario o utilizadas para la prestación de servicios a los usuarios*¹¹.

Es decir, conforme a la Directiva proyectada, para que un contrato se considere concesión —y, por ende, se rija por esa norma— es preciso que el concesionario cumulativamente asuma de forma muy significativa, o bien el riesgo de demanda, o bien el riesgo de disponibilidad, que son los riesgos precisos para que la concesión pueda considerarse como *leasing* operativo, y en consecuencia quedar fuera del balance de la Administración, según la normativa SEC 95 de Eurostat. No se incluye expresamente el riesgo de construcción (retrasos en la construcción, sobrecostes, incumplimiento de estándares de calidad, deficiencias técnicas y externalidades negativas), que ha de asumirse también mayoritariamente por el concesionario si se pretende que la infraestructura no consolide en las cuentas públicas.

La conveniente eliminación o mitigación del riesgo de demanda del concesionario

Es evidente que el Proyecto incide muy significativamente en el «*riesgo y ventura*» que siempre ha caracterizado el negocio concesional. Sin embargo, parece olvidar que la distribución de riesgos entre la Administración y el concesionario debe responder al principio general de quién es el más capacitado para asumirlos —y consecuentemente para minimizarlos— y, sobre todo, del principio de remuneración suficiente que se contempla con el de mantenimiento del equilibrio financiero a la que tiene derecho todo concesionario.

⁹ Así lo han afirmado la jurisprudencia comunitaria (sentencias de 5 de abril de 1979 148/78 as. *Ratti*, de 19 de enero de 1982 as. 8/81 *Ursula Becker contra Finanzant Munsterinnenstadt Transportroute*) y el Informe n.º 57/2005, de 19 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda. Respecto de la consideración del efecto directo de las normas sobre participación y publicidad, de 20 de septiembre de 1988, as. 31/87 *Gebroeders Beentjes/Países Bajos*, y de 10 de febrero de 1982, as. 76/81.

¹⁰ *Cfr.* sentencias del TJUE de 19 de noviembre de 1991, as. acum. C-6/90 y C-9/90 *Franovich y otros*, de 5 de marzo de 1996, as. acum. C-46/93 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, de 26 de marzo de 1996, as. C-392/93 *British Telecommunications*, de 23 de mayo de 1996, as. C-5/94 *Hedley Lomas*, de 8 de octubre de 1996, as. acum. C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a C-190/94 *Dillenkofer y otros*, y de 2 de abril de 1998, as. C-127/95 *Norbrook Laboratories*.

¹¹ El riesgo de disponibilidad consistente en que el servicio se ofrezca a los destinatarios finales conforme a los requisitos establecidos en el contrato de concesión (sentencia del TJUE de 10 de noviembre de 2011, as. C-348/10 *Norma-A y Dekom*).

(i) El éxito de estos contratos de concesión depende en gran medida de la adecuada asignación de riesgos entre los diferentes agentes que toman parte en el proceso, ya que un exceso de riesgo/s para el operador económico podría suponer un encarecimiento excesivo del precio exigido por el sector privado para retribuir el riesgo asumido, o, en el peor de los casos, la no viabilidad financiera del proyecto. Por el contrario, un exceso de riesgos soportado por la Administración podría facilitar la participación a bajo coste de operadores económicos, pero llevaría asociado un alto riesgo de endeudamiento y, en definitiva, un alto riesgo de que los presupuestos futuros se vean afectados adicionalmente por la materialización de los riesgos retenidos (cfr. Decisión n.º 18/2004, de 11 de febrero, de Eurostat, de Tratamiento en Contabilidad Nacional de las Asociaciones Público-Privadas).

Para lograr el objetivo pretendido, los riesgos deben asignarse a las partes que sean capaces de controlarlos mejor¹². Así, el riesgo de construcción puede asignarse al concesionario que puede controlarlos mejor. También es atribuible el riesgo de disponibilidad. Sin embargo, el riesgo de demanda, atribuido sin matiz alguna al concesionario en el Proyecto de Directiva, no es fácilmente controlable, ni por tanto gestionable por los operadores económicos. Un ejemplo de ello se aprecia en las concesiones de infraestructuras de transporte, en las que los ingresos están principalmente vinculados al tráfico, como es el caso de las autopistas de peaje. El riesgo de demanda en este tipo de infraestructuras depende del crecimiento económico, del desarrollo urbano, de la existencia de otras infraestructuras o modos de transporte¹³, e incluso de la frustración de otras infraestructuras complementarias (cfr. sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2011 —RJ 4351—).

En todo caso es la Administración la que debe haber realizado un estudio previo de la demanda potencial a cargo de la propia Administración, si bien es cierto que dicha obligación legal

—que pesa sobre la propia Administración— es reiteradamente incumplida en la práctica.

Por estas razones, y también por el hecho de que es la propia Administración la que debe haber realizado un estudio previo de la demanda potencial a cargo de la propia Administración (artículo 128.2.b) del TRLCSP), resulta recomendable introducir matizaciones o limitaciones en el riesgo de demanda que haya de asumir el concesionario.

Así lo están haciendo muchas Administraciones Públicas, que están optando por poner en marcha mecanismos de mitigación o incluso eliminación del riesgo de demanda vinculando progresivamente los ingresos del contratista, bien a niveles de inversión en la infraestructura como es el caso Uruguay¹⁴, o a indicadores de la calidad del servicio prestado (tales como disponibilidad, congestión, seguridad, estado de los activos, etc.) como, por ejemplo, sucede en los contratos DBFO en el Reino Unido¹⁵.

Es claro que «*el establecimiento de cláusulas que supongan una reducción parcial del riesgo asumido por el concesionario no es contrario a la naturaleza propia de las concesiones siempre que no desaparezca el núcleo de tal asunción. Es decir siempre que, considerado el término de la vida de la concesión, el concesionario haya asumido el riesgo derivado de la explotación de la obra o del servicio en su conjunto, aún cuando éste haya podido estar limitado o incluso excluido durante un cierto período o en relación a determinadas circunstancias*» (Informe 60/09, de 23 de julio de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda). De hecho, desde la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora

¹³ Cfr. Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (COM (2004) 327 final), ap. 45.

¹⁴ J. M. Vasallo y M. A. Baeza: «Asignación del riesgo de demanda en concesiones de infraestructuras de transporte», *Anuario de Movilidad*, 2009, p. 65.

¹⁵ Cfr. A. Pereyra: *Alternativas en el manejo del riesgo de demanda en concesiones de infraestructura vial*, Documento n.º 22/06, diciembre de 2006, Departamento de Economía, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de la República de Uruguay, pp. 20 y ss.

¹⁶ Cfr. J. M. Vasallo y M. A. Baeza, *op.cit.*, p. 68. Es la Administración pública la que paga mensualmente al concesionario o contratista de conformidad con el valor ofertado los pagos por disponibilidad (PPD). Dichos pagos se devengan con la puesta en servicio de la infraestructura, y podrán ser corregidos de acuerdo con unos indicadores objetivo de estado y calidad del servicio que se definan de forma detallada en los pliegos. En la medida que la Administración no garantiza una retribución mínima, pudiendo ser cero tras la aplicación de los indicadores, no puede considerarse como un contrato de obras con pago indebidamente aplazado durante el período de concesión, ni —por ende— computar como déficit público.

del contrato de concesión de obras públicas, cabe la posibilidad de que el concesionario indique en su plan económico-financiero, y la Administración lo acepte, la mitigación del riesgo de tráfico mediante el establecimiento de dos umbrales máximo y mínimo de rentabilidad (artículos 131.1.c).4.º y 255.3 del TRLCSP). De esta manera, se evita que el concesionario incurra en riesgos excesivos, pero también que renuncie a la obtención de beneficios que superen el umbral máximo fijado. A partir de los esos umbrales se debía mantener el equilibrio económico de la concesión tanto a favor del concesionario como a favor de la Administración.

Además, si el intervalo entre los umbrales máximo y mínimo es lo suficientemente amplio, si la disminución de la demanda produce variaciones significativas en los rendimientos del concesionario, y si el umbral de rendimientos mínimo de demanda no supone una garantía de ingresos mínimos que permita reembolsar íntegramente la financiación de la sociedad concesionaria, también debería ser compatible con los criterios de Eurostat.

En definitiva, con el fin de despejar dudas, convendría que el Proyecto de Directiva expresamente indicara la conveniencia —o al menos, la posibilidad— de que la asignación del riesgo de demanda al concesionario se mitigue o incluso se elimine, sin que por ello la relación jurídico-obligacional deje de ser considerada «concesión» y deje de no computar en el balance de la Administración concedente.

(ii) Por otro lado, si bien es cierto que —como sostiene el Proyecto de Directiva— la concesión se caracteriza por la transferencia de riesgos al concesionario, también resultan determinantes los principios de remuneración suficiente que se completan con el mantenimiento del equilibrio económico-financiero.

El fundamento de ambos principios se ha vinculado tanto en el interés público al que atiende el servicio objeto de aquella como a la justicia conmutativa basada en la reciprocidad de toda relación contractual (la «*honestá equivalencia de prestaciones, entre lo que el contratista da y lo que recibe a cambio*» ex. SSTS de 2 de diciembre y 21 febrero 1998 —RJ 9451 y 1401— y 10 de febrero de 1999 —RJ 2069—, por todas).

Es cierto que el Proyecto, recogiendo de alguna manera el principio de remuneración suficiente

del concesionario, prevé en su artículo 16 que «*la duración de la concesión estará limitada al tiempo que se calcule que es necesario para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para explotar las obras o los servicios, junto con un rendimiento razonable sobre el capital invertido*»¹⁶, pero se echa en falta la inclusión de este y, sobre todo, del principio de mantenimiento del equilibrio económico-financiero, del que no hay siquiera mención en el Proyecto, y del que ha llegado a declarar el Tribunal Supremo «*que a diferencia de los contratos administrativos, que se rigen por el principio de riesgo y ventura del contratista, las concesiones lo hacen por el del equilibrio financiero*» (SSTS de 6 de febrero de 1999 —RJ 1983—, FD 3.º)¹⁷.

Es evidente que los principios de mantenimiento del equilibrio económico-financiero no pueden sustituir al principio de riesgo y ventura, pero es un verdadero derecho del concesionario reconocido expresamente en los artículos 245.b) y 258 del TRLCSP.

Apunta incidental y fragmentariamente a este principio el artículo 42.7.b) del Proyecto cuando excluye la posibilidad de compensar al concesionario del «*riesgo de incremento de precios como consecuencia de fluctuaciones de precios que podrían incidir sustancialmente en la realización del contrato y contra las que se ha protegido al concesionario*», de lo que a *sensu contrario* podría entenderse que los incrementos inflacionistas imprevisibles (y, en consecuencia, contra los que no se puede proteger al concesionario) sí podrían compensarse —si no se ha previsto en la documentación de la licitación— mediante una modificación contractual, conforme a la teoría jurisprudencial del riesgo imprevisible.

¹⁷ En el mismo sentido se pronunciaban ya el apartado 3.1 de la Comunicación Interpretativa sobre las concesiones en el Derecho comunitario (Bruselas, 12.4.2000) y el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (COM (2004) 327 final), ap. 46.

¹⁸ Más lejos va todavía la sentencia de esa misma Sala de 14 de febrero de 1986 (RJ 1582):

«*normalmente, el otorgamiento de una concesión reviste los caracteres externos de un contrato administrativo, no todas las normas de éstos son aplicables en el ámbito de las concesiones y así, mientras los contratos responden al principio de riesgo y ventura, que recoge expresamente el artículo 57 del segundo de los Reglamentos citados, tal principio no es aplicable a la esfera de las concesiones, ya que para éstas el principio aplicable es el del equilibrio financiero de la concesión*» (FD 2.º).

Sin embargo, no es ese el único supuesto en que procede el restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión (*i. e.*, *ius variandi*, fuerza mayor, *factum principis...*), ya sea por declaración legal (*cf.* artículo 258 del TRLCSP), ya sea por reconocimiento jurisprudencial (*cf.* SSTs de 10 noviembre de 2009 — RJ 2010\1207— y 9 de diciembre de 2003 — RJ 9140—, por todas).

No cabe duda de que despejaría dudas el que ambos principios (remuneración suficiente y mantenimiento del equilibrio económico-financiero) se incluyeran en la definición de «concesión» o que, al menos, se contemplaran expresamente en el texto definitivo de la Directiva proyectada¹⁸.

Principales novedades proyectadas en el procedimiento de adjudicación de las concesiones

Aunque el concepto de concesión es la cuestión que más alarma ha generado entre los operadores económicos, la Directiva proyectada contiene, además, otras previsiones relacionadas con el procedimiento de adjudicación de estos contratos. A continuación abordamos las que pueden ser más relevantes por su separación con el régimen vigente contenido en el TRLCSP.

Anuncio previo de la licitación

El artículo 26 de la Directiva proyectada dispone que las licitaciones sobre concesiones se anunciarán previamente, siguiendo los formatos normalizados que apruebe la Comisión, en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (DOUE), exceptuándose en los siguientes casos, que no son exactamente los previstos en el vigente artículo 177 del TRLCSP:

¹⁹ Según la Decisión n.º 18/2004, de 11 de febrero, de Eurostat (*cf.* nota n.º 16), afirma expresamente que la exigencia de que el concesionario asuma la mayoría de los riesgos del proyecto no incluye la asunción de riesgos derivados de la actuación de la propia Administración.

En lo que se refiere al *factum principis* y teoría de la imprevisión, *vid.* las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 noviembre y 27 de octubre 2009 (RJ 2010\1207 y 2010\1713), de 9 de diciembre de 2003 (RJ 9140), 23 de febrero de 2001 (RJ 2874), 9 de marzo de 1999 (RJ 2888), 6 de julio de 1998 (RJ 5740) y 9 de octubre de 1987 (RJ 8326), por todas.

(i) Cuando no se haya presentado ninguna oferta o ninguna solicitud de participación o ninguna sea adecuada, siempre y cuando no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato de concesión y se remita un informe a la Comisión o al organismo nacional de supervisión correspondiente.

(ii) Cuando las obras o servicios solo puedan ser suministrados por un determinado operador económico debido a la ausencia de competencia por motivos técnicos, a la existencia de patentes, derechos de autor u otros derechos de propiedad intelectual, o a la existencia de derechos exclusivos, o cuando objetivamente no exista una alternativa o sustituto, siempre que la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de adjudicación de la concesión.

(iii) Cuando se trate de obras o servicios nuevos que consistan en la repetición de obras o servicios similares encargados al operador económico titular de una concesión inicial adjudicada por los mismos poderes o entidades adjudicadoras ateniéndose a la obligación indicada en el apartado a), siempre que dichas obras o servicios se ajusten a un proyecto de base en el que se fundamentó la adjudicación de la concesión inicial.

Plazo de presentación de solicitudes

El artículo 38 de la Directiva establece que el plazo de presentación de solicitudes de participación no será inferior a 52 días a partir de la fecha del envío del anuncio previo. Esta previsión será de aplicación a todos los procedimientos (exposición de motivos, ap. 5.), es decir, no solo para los supuestos en que el órgano de contratación opte por el procedimiento abierto de contratación, que es ahora lo previsto el artículo 159 del TRLCSP.

La justificación se encuentra en la parte expositiva del Proyecto: «*Se ha decidido establecer un plazo más largo para las concesiones que para los contratos públicos, dado que a menudo aquellas suelen ser más complejas*», cuando lo cierto es que precisamente la eventual complejidad en la adjudicación de este tipo de contratos ya debía ser tenida en cuenta por los órganos de contratación, como —con acierto— señala ya el artículo 143 del TRLCSP.

Selección de los licitadores

El artículo 36 del Proyecto de Directiva establece la necesidad de excluir al licitador o candidato en los que concurra conflicto de interés, cuando este no pueda impedirse o eliminarse por otro medio.

Ahora bien, con el fin de facilitar el mayor acceso al mercado de concesiones, se establecen unas normas menos restrictivas que las previstas para los contratos públicos en el artículo 60 de la vigente TRLCSP. En concreto, las que identifica el Proyecto son las siguientes:

(i) Haber sido condenado mediante sentencia firme por la comisión de los ilícitos penales descritos en el artículo 36.5 del Proyecto (*i. e.*, participación en organización delictiva, corrupción, fraude, delito ligado a actividades terroristas, blanqueo de capitales). Cabe destacar que no bastará el incumplimiento de las obligaciones tributarias o de la seguridad social, sino que es preciso sentencia firme.

(ii) Haber cometido infracciones graves de disposiciones de la Unión Europea o nacionales encaminadas a la protección de intereses públicos compatibles con el Tratado.

(iii) Encontrarse en situación de insolvencia o en proceso de liquidación, que sus activos estén administrados judicialmente o por un liquidador, que haya entablado un concordato judicial o suspendido sus actividades, o se encuentre en cualquier situación análoga como resultado de un procedimiento de la misma naturaleza regido por disposiciones legislativas y reglamentarias nacionales.

(iv) Haber dado muestras de deficiencias significativas y persistentes en el cumplimiento de cualquier requisito sustantivo de una concesión o concesiones similares celebradas anteriormente con el mismo poder adjudicador o entidad adjudicadora.

Negociación

Resultan ciertamente novedosas las prescripciones que se contienen en el artículo 35 del Proyecto de Directiva sobre las garantías en esa fase del procedimiento, que lo dotan de una seguridad jurídica de las que ahora adolece:

(i) No podrán cambiarse en el transcurso de las negociaciones los criterios de adjudicación y los

requisitos mínimos, y adaptar las ofertas a ellos es a lo que deben circunscribirse esas negociaciones.

(ii) No se revelarán a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales comunicados por él sin su previo acuerdo.

(iii) Se podrá desarrollar la negociación en fases sucesivas a fin de reducir el número de ofertas que haya que negociar aplicando los criterios de adjudicación.

(iv) Se informará a todos los licitadores que hayan hecho una oferta admisible, de la celebración y el avance de los diálogos y negociaciones con los licitadores.

(v) Se levantará acta de las deliberaciones formales y de otras medidas y sucesos que sean relevantes para el procedimiento de adjudicación; en concreto, garantizarán por todos los medios apropiados que se pueda realizar un seguimiento de las negociaciones.

Adjudicación

Se acentúa el criterio de que la adjudicación se realizará a favor de la mejor «*ventaja económica global*» (artículo 39 del Proyecto), siguiendo evidentemente los criterios previstos en la documentación de la licitación. Destaca la conveniencia de incluir como criterio la valoración del coste del ciclo de vida de un producto o un servicio, con el fin de incentivar el ahorro económico y la protección del medio ambiente, lo cual sin duda parece atender a la propia economía del adjudicatario.

No hay novedades relevantes sobre este particular respecto de las obligaciones y modalidades de comunicación de la adjudicación (artículos 25 y 35 del Proyecto). Ahora bien, las concesiones de servicios de un valor igual o superior a 2,5 millones de euros, pero inferior a 5 millones (exceptuando los servicios sociales y otros servicios específicos), deberán publicarse en el DOUE (artículos 5.2 y 27.2 del Proyecto).

Finalmente, debe destacarse la importancia que el Proyecto otorga a la salvaguarda de la confidencialidad de los proyectos, restringiendo la difusión de la información cuando esta pudiera obstaculizar la aplicación de la ley, ser contraria al interés público o perjudicar los intereses comerciales legítimos de

operadores económicos públicos o privados, o perjudicar la competencia leal entre ellos (art. 35.5 del Proyecto), todo ello sin perjuicio de la información que los propios licitadores hayan identificado como confidencial, tal como señala el artículo 24 del Proyecto, en la misma línea que el artículo 140 del vigente TRLCSP.

Recursos

Serán de aplicación a estos contratos las previsiones contenidas en las Directivas «Recursos» (Directivas 89/665/CEE y 92/13/CE, modificada por la Directiva 2007/66/CE) cuyo ámbito de aplicación se extiende a todos los contratos de concesión regulados por la Directiva proyectada.

Miscelánea sobre tipología de concesiones

Finalmente, no puede terminarse este análisis sin mencionar las distintas tipologías de concesión que contempla el Proyecto de Directiva:

(i) Las concesiones mixtas se encuentran reguladas en los artículos 18 y 19 del Proyecto, y realmente no contienen novedad alguna respecto de los criterios establecidos en el artículo 12 del vigente TRLCSP respecto de los contratos de esta naturaleza.

(ii) El Proyecto regula en su artículo 31 las concesiones conjuntas a otorgar por poderes o entidades adjudicadoras de dos o varios Estados miembros, a través de un acuerdo *ad hoc* o a través de algún tipo de personificación institucional a través de una agrupación europea de cooperación territorial¹⁹. Se establecen, asimismo, normas supletorias en defecto de acuerdo entre los Estados integrantes sobre cuál sería el Derecho aplicable tanto al procedimiento de adjudicación como a la concesión en sí.

(iii) También se regulan las concesiones realizadas a empresas u otro tipo de persona jurídica asociada sin participación privada en los artículos 11, 12 y 15 del Proyecto de Directiva. Sustancialmente se está regulando la contratación

in house, excluyéndola del régimen general de adjudicación contenido para el resto de los casos en el Proyecto.

(iv) Finalmente, el Proyecto aborda situaciones específicas, como es el caso de las concesiones reservadas a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de trabajadores discapacitados o desfavorecidos reguladas en el artículo 20 del Proyecto, y las concesiones de servicios de investigación y desarrollo a las que solo se aplicará la Directiva proyectada si cumplen los requisitos establecidos en su artículo 21.

NOVEDADES DEL PROYECTO DE DIRECTIVA RELATIVAS A LA EJECUCIÓN DE LAS CONCESIONES

Finalmente, pero no por ello menos relevante, han de abordarse las principales novedades que se contienen en el Proyecto de Directiva en relación con la ejecución de las concesiones.

Con dichas previsiones se confirma un hecho incontestable: el Derecho comunitario ya no solo se centra en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, sino que trasciende ese momento de la vida contractual, adentrándose en la ejecución del contrato. Esta senda, que se inició con la Directiva 2000/35/CE, que ya contenía previsiones relativas a la obligación de pago de los poderes públicos²⁰, resulta ya plenamente confirmada al socaire de la defensa de las libertades y principios comunitarios.

Subcontratación

Ninguna novedad relevante en este campo, salvo que el artículo 41 del Proyecto no limita a un porcentaje mínimo (que el artículo 273 del TRLCSP cifra ahora en un 30%) de subcontratación obligatoria que puede imponer al adjudicatario el poder o entidad adjudicadora.

²⁰ Cfr. Reglamento (CE) n.º 1082/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006.

²¹ La Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, ha sido refundida en la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011, cuya fecha de transposición finaliza el próximo 16 de marzo de 2013.

Modificación de las concesiones durante su vigencia

Mayor relevancia tiene, sin duda, el artículo 42 de la Directiva proyectada en el que se regulan las modificaciones de las concesiones.

Los artículos 105 y 106 del TRLCSP no establecen ningún límite al ejercicio del *ius variandi* cuando este se contempla en los documentos que rigen la licitación. Sin embargo, según el apartado 5 del artículo 42 del Proyecto, incluso en estos casos las modificaciones no pueden «*alterar el carácter global de la concesión*», consideración que no carece de lógica.

Otra novedad relevante es la diferencia de supuestos explícitos en los que ha de considerarse que se produce una modificación sustancial de la concesión distintos de los previstos en el artículo 107 del TRLCSP:

(i) «*que la modificación cambie el balance económico de la concesión a favor del concesionario*» (artículo 42.2.b) del Proyecto);

(ii) que la modificación no suponga un 5% del precio del contrato original (artículo 42.4 del Proyecto), frente al umbral del 10% previsto en el artículo 107.3.d) del TRLCSP. Cuando se realicen varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará partiendo del valor agregado de tales modificaciones.

No obstante, una modificación sustancial no conllevará un nuevo procedimiento de adjudicación cuando concurren todas las condiciones expresadas en el apartado 6 del artículo 42 del Proyecto:

- que la necesidad de modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador o una entidad adjudicadora diligente no podía prever;
- que la modificación no altere el carácter global de la concesión; y
- en el caso de concesiones adjudicadas por poderes adjudicadores, que el aumento del precio no sea superior al 50% del valor de la concesión original.

Finalmente, el apartado 6 de este mismo precepto de la Directiva proyectada dispone que los poderes y entidades adjudicadores no modificarán las concesiones en los siguientes casos:

(i) Cuando el objetivo de la modificación sea solventar las deficiencias del concesionario en

el cumplimiento de sus obligaciones, o las consecuencias que puedan derivarse de tales deficiencias. En tales casos —señala el Proyecto— debe recurrirse a medidas que hagan efectivo el cumplimiento de las obligaciones contractuales, ya que de otro modo se estaría favoreciendo el incumplimiento de los deberes del concesionario.

(ii) Cuando el objetivo de la modificación sea compensar el riesgo de incremento de precios como consecuencia de fluctuaciones de precios que podrían incidir sustancialmente en la realización del contrato y contra las que se ha protegido al concesionario. Ya hemos analizado en anterior apartado que, a pesar de lo que a simple vista pudiere parecer este precepto deja abierta la posibilidad de que en caso de procesos inflacionarios imprevisibles, no previstos en la documentación de la licitación, sí podría compensarse al concesionario de conformidad con el principio de mantenimiento del equilibrio económico-financiero.

Resolución de concesiones

Finalmente, el artículo 43 del Proyecto establece como causa de «rescisión» de las concesiones a ejercitar por los poderes y entidades adjudicadores, además de la prevista para las concesiones que hemos identificado *in house*:

(i) que una modificación de la concesión suponga una nueva adjudicación, de conformidad con el artículo 42; y

(ii) que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictamine, en un procedimiento conforme con el artículo 258 del Tratado, 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 Directiva proyectada.

VALORACIÓN CRÍTICA

Es indudable el avance que suponen para la seguridad jurídica las previsiones del Proyecto de Directiva sobre los procedimientos de adjudicación de las concesiones. Sin embargo, ello no permite sos-

tener una opinión favorable de esta iniciativa normativa en cuestiones tan trascendentales como la propia definición del contrato de concesión, en el que no se contempla la mitigación o incluso eliminación del riesgo de demanda que se impone al concesionario, cuando no es el más capacitado para gestionarlo, y ni siquiera se menciona el principio de mantenimiento económico-financiero y de retribución suficiente al concesionario.

Si finalmente se mantienen estos términos en el texto definitivo de la Directiva menguará sustancialmente el interés del capital privado por invertir en infraestructuras europeas, ante la carencia de garantías de recuperación de las inversiones, precisamente lo contrario de los objetivos declarados por la propia Directiva y de lo que demanda estos tiempos de graves restricciones económicas y presupuestarias.