



UNIVERSITY

CENTER FOR TRANSPORT
ECONOMICS AND
INFRASTRUCTURE
MANAGEMENT



EL MODELO CONCESIONAL EN ESPAÑA:

BENEFICIOS Y CUESTIONES A RESOLVER

JULIO GÓMEZ-POMAR (COORDINADOR)
ALICIA SEGOVIA
CARMEN SÁNCHEZ
JUAN BARIOS

ÍNDICE

1. EL MARCO CONCEPTUAL DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA	6
2. EL CONTEXTO ECONÓMICO	9
2.1. PRESUPUESTOS PÚBLICOS Y COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA	9
2.2. EL DESEQUILIBRIO PRESUPUESTARIO	9
2.3. EVOLUCIÓN DE LA DEUDA PÚBLICA	10
2.4. EVOLUCIÓN DE LA INVERSIÓN PÚBLICA	10
2.5. EL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA (PRTR) Y LOS FONDOS NEXT GENERATION (NG)	11
3. EL MARCO JURÍDICO COMUNITARIO: LAS DIRECTIVAS DE CONTRATOS, CONCESIONES Y SECTORES EXCLUIDOS	13
4. EL MARCO JURÍDICO EN ESPAÑA Y LAS PARTICULARIDADES DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA	17
4.1. LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO	17
4.2. DEFINICIÓN DE <i>CONCESIÓN</i> : RIESGO OPERACIONAL	17
4.2.1. Definición de <i>contrato de concesión de obras</i>	17
4.2.2. Definición de <i>obra</i>	17
4.2.3. Estudio de viabilidad	18
4.2.4. Definición de <i>explotación</i> : transferencia del riesgo operacional	18
4.2.5. Definición de <i>contrato de concesión de servicios</i>	20
4.2.6. Derechos y deberes del concesionario	20
4.2.6.1. Derechos	20
4.2.6.2. Deberes del concesionario	21
4.3. PLAZO, RENTABILIDAD Y DESINDEXACIÓN	21
4.4. PAGO	24
4.5. RECURSOS	25

4.6. EXTINCIÓN DE LA CONCESIÓN	26
4.7. LA NORMATIVA ESPECIAL Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN (RPA)	28
5. ELEMENTOS BÁSICOS DEL CONTRATO CONCESIONAL	31
5.1. INVERSIÓN INICIAL	31
5.2. PLAZO	31
5.3. RIESGO/RENTABILIDAD	32
5.4. EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO/RIESGO Y VENTURA	33
6. EL MARCO ORGANIZATIVO	35
6.1. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA GESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN	35
6.2. LA OFICINA NACIONAL DE EVALUACIÓN (ONA)	36
6.3. EL MARCO CONTABLE	36
7. CONTRATO CONCESIONAL. MODELOS DE FINANCIACIÓN Y TIPOLOGÍAS DE CONTRATOS: EL PAGO POR USO	39
7.1. LOS MODELOS DE FINANCIACIÓN	39
7.1.1. La financiación pública	39
7.1.2. La financiación privada	39
7.1.3. La financiación mixta	41
7.2. TIPOLOGÍAS DE CONTRATOS SEGÚN EL PEAJE	42
7.2.1. Peaje convencional	42
7.2.2. Peaje en sombra	42
7.2.3. Pago por disponibilidad	42
7.2.4. Peaje blando	42
8. LA PROPUESTA DEL GOBIERNO DEL PAGO POR USO	44

9. EL MODELO CONCESIONAL Y LA PRESTACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO	47
9.1. LAS CONCESIONES DE HOSPITALES	47
9.2. LAS CONCESIONES DE AGUAS	49
10. LA APLICACIÓN DEL MODELO CONCESIONAL EN ESPAÑA: ENTRE LAS RETICENCIAS POLÍTICAS Y LAS DIFICULTADES OBJETIVAS PARA QUE FUNCIONE	54
10.1. DIFICULTADES OBJETIVAS DEL MODELO	57
10.2. LAS PROPIEDADES DEL MODELO	58
11. CONCESIONES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL: LAS EXPERIENCIAS DE ESTADOS UNIDOS, MÉXICO, CHILE, COLOMBIA, REINO UNIDO Y AUSTRALIA	61
11.1. ESTADOS UNIDOS	61
11.1.1. Entidades sin ánimo de lucro	61
11.1.2. Bonos municipales y bonos GARVEE	61
11.1.3. Bancos de infraestructura de los estados	61
11.1.4. <i>Private Activity Bonds</i> (PAB)	61
11.1.5. Programa Tifia	62
11.1.6. Concesiones para proyectos <i>brownfield</i>	62
11.1.7. <i>Managed lanes</i>	62
11.2. MÉXICO	63
11.3. CHILE	64
11.4. COLOMBIA	67
11.5. REINO UNIDO	68
11.6. AUSTRALIA	68
11.7. LAS CLAVES DEL ÉXITO	70
12. RESUMEN, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	72
13. PERFILES AUTORES	76

1. EL MARCO CONCEPTUAL DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

La colaboración entre el sector público y el sector privado es tan antigua como la propia existencia de los Estados. Actividades como la defensa y la conquista de nuevos territorios, o buena parte de las grandes exploraciones o descubrimientos, han contado desde el origen de los Estados con la colaboración y la iniciativa de personas e instituciones privadas. En las últimas décadas, en las economías occidentales, las tendencias privatizadoras o, al contrario, las que reclaman una mayor presencia pública, han ido alternándose según el signo de las ideologías predominantes en cada momento. Pero en todo caso, la colaboración, en un sentido amplio, del sector empresarial privado en la provisión de bienes y servicios públicos ha estado siempre presente.

En un sentido más estricto, la colaboración público-privada (CPP) busca un equilibrio óptimo entre las ventajas que, en términos de coste, calidad, eficiencia

y agilidad, puede ofrecer el sector privado y los objetivos de universalidad, equidad o servicio social que persigue el sector público. En esencia, en el núcleo de la colaboración público-privada reside la idea de que esta fórmula permite ofrecer al ciudadano más valor, en términos de eficiencia, a cambio de los impuestos que paga, entendidos estos en sentido amplio. O, como han acuñado en el mundo anglosajón, ofrecer *value for money*. Las fórmulas de peaje explícito permiten evitar el impacto en el déficit público y las fórmulas de peaje en sombra, como veremos más adelante, son más justas desde la perspectiva de la distribución de cargas intergeneracionales.

Se ha escrito abundantemente sobre las ventajas que supone la CPP como instrumento de suministro de bienes y servicios públicos. El cuadro siguiente trata de sistematizarlas ordenándolas en ventajas de orden fiscal, económico, tecnológico, social y político, que

TABLA 1 - VENTAJAS POTENCIALES DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Ventajas fiscales	Ventajas económicas	Ventajas tecnológicas	Ventajas sociales	Ventajas políticas
Mejora de la deuda pública	Rapidez y certidumbre en la fecha de entrega	Transferencia	Servir necesidades sociales	Reenfoque del papel del gobierno
Mejora del impacto en el déficit	Acceso al mercado de capitales		Adelantar inversiones en el tiempo	Estabilidad a largo plazo
Más valor por dinero	Modernización	Formación	Distribución intergeneracional más equitativa	Mantener responsabilidad pública de provisión del servicio
Asignación óptima del riesgo	Fiabilidad	Innovación	Sostenibilidad	
Control presupuestario	Eficacia		Asignación eficaz de recursos	
Retorno fiscal				

conlleven la correcta asignación de riesgos, la liberación de parte de la presión presupuestaria y de crecimiento del endeudamiento, los plazos, la seguridad y la fiabilidad en la provisión, el impulso innovador y de desarrollo tecnológico, la sostenibilidad, etc. Se trata de atributos siempre deseables en la organización de la provisión de servicios públicos, pero, además, si pensamos en el panorama actual y en la situación de las finanzas públicas y de la economía en general tras la pandemia, cobran para todos mucho mayor relieve.

La CPP se podría describir como una «cooperación a largo plazo, regulada por contrato, entre las autoridades públicas y el sector privado con el fin de llevar a cabo proyectos públicos en los que los recursos requeridos se gestionan en común y los riesgos vinculados al proyecto se distribuyen de forma conveniente sobre la base de la capacidad de gestión de riesgos de los socios del proyecto»¹. En nuestro ordenamiento jurídico, la colaboración público-privada se materializa a través de los contratos de concesión entre el sector público y el sector privado.

Las concesiones se pueden definir como contratos a título oneroso mediante los cuales las autoridades públicas confían la realización de obras públicas o la prestación y gestión de servicios públicos a empresas del sector privado, cuya contrapartida consiste en el derecho a explotar las obras o servicios, o este mismo derecho en conjunción con un pago. Estos contratos, que establecen obligaciones sinalagmáticas, pueden conllevar o no la transferencia de la propiedad a los poderes o autoridades públicas, pero en todo caso, estos obtendrán siempre los beneficios derivados de las obras o servicios ejecutados mediante la concesión, y al final del período concesional, en la práctica totalidad de los contratos, dispondrá también de una infraestructura que debe entregarse en perfecto estado.

En el presente informe, queremos analizar en detalle qué papel desempeña en la provisión de bienes y servicios públicos el modelo concesional. La principal conclusión que se deriva del examen es que, pese a todas las ventajas que se desprenden del modelo concesional, apenas se utiliza en España en la actualidad. Las razones son de muy diverso orden, pero el resultado es que se están perdiendo oportunidades de mejorar

nuestras infraestructuras y prestar mejores servicios al tiempo que nuestras empresas están acudiendo con éxito al exterior a participar y ejecutar estos contratos.

Se va a examinar, en primer lugar, cuál es el marco jurídico comunitario de las concesiones; en concreto, las directivas comunitarias que regulan los contratos de concesiones y su trasposición a la legislación española sobre contratos. Analizaremos también el marco organizativo y los elementos básicos del contrato concesional: la inversión, el plazo, el riesgo y la rentabilidad, el equilibrio económico-financiero y su adaptación al tiempo. Se describen también los diferentes modelos de financiación.

En una segunda parte, se estudia la aplicación del modelo concesional en España y las razones que, en nuestra opinión, están restringiendo y dificultando su aplicación. Se verá también cuál es la aplicación del modelo fuera de España y sus mejores prácticas, para concluir con una serie de recomendaciones que permitan convertir este modelo de éxito en muchos países en un caso de éxito también en España.

¹ Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (2006/2043) (INI).





2. EL CONTEXTO ECONÓMICO

2.1. PRESUPUESTOS PÚBLICOS Y COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Como se ha señalado, del conjunto de ventajas que se predicen de la CPP tienden a resaltarse las ventajas de orden fiscal o presupuestario. Las concesiones permiten obtener fondos para la inversión pública que se movilizan extrapresupuestariamente. El concesionario acude al mercado de capitales o al mercado bancario a obtener la financiación que requiere, financia el proyecto y se puede resarcir mediante el cobro de un canon o un peaje que satisfacen los usuarios del servicio que finalmente presta.

Es cierto que la repercusión en el usuario no es consustancial al contrato de concesión; existen otras fórmulas de financiación que parten del presupuesto. Pero incluso en estos supuestos, a los que nos referiremos más adelante, el impacto presupuestario se reparte a lo largo de los años de vida del proyecto, laminando sus efectos sobre el déficit y el endeudamiento públicos.

Desde el punto de vista de la eficiencia, cuando los servicios que se prestan o se facilitan por medio de la concesión se pueden individualizar, debería ser el que se beneficia particularmente de ellos quien sufrague su coste (*pay per use*). A ello habría que contraponer los principios de proporcionalidad, equidad o solidaridad para determinar si en todo o en parte deben ser soportados por la totalidad de los contribuyentes.

Desde el punto de vista del impacto presupuestario, es evidente que el pago por el usuario libera el presupuesto público de la financiación de los servicios concesionados y permite la asignación de los recursos públicos a gastos que tengan un mayor contenido social o que resulten más difíciles o costosos de individualizar.

Nuestra tesis es que, dada la situación en que se encuentran las finanzas públicas, por un lado, y considerando las necesidades de inversión y conservación del capital público, por otro, es indispensable acudir a las fórmulas concesionales como vía idónea para restablecer los equilibrios presupuestarios sin dañar las necesidades de inversión o el mantenimiento del capital público.

La contracción de la inversión pública cuando ha habido que reequilibrar los presupuestos públicos ha sido siempre una constante, lo mismo que la rigidez y la incapacidad políticas para acometer ajustes en el gasto público corriente. La tendencia del gasto público, con independencia del color político de cada Gobierno, ha sido desde hace años aumentar la proporción del gasto social sobre el conjunto del gasto no financiero de los presupuestos: sanidad, educación, pensiones y transferencias sociales. Ello hace aún más acuciante la necesidad de diseñar un modelo concesional eficaz y atractivo que conviva con el modelo presupuestario.

2.2. EL DESEQUILIBRIO PRESUPUESTARIO

El informe de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF) sobre las líneas fundamentales de los presupuestos de las Administraciones públicas para 2021 se prevé un déficit para este ejercicio del 8 % del PIB, tras haber incurrido en 2020 en un déficit del 11,6 %. Es evidente el impacto que la COVID-19 ha tenido y está teniendo en nuestras cuentas públicas, que, desde la perspectiva del cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria, están legalmente en suspenso. Pero no se trata aquí de analizar la gestión presupuestaria, sino de constatar el importante desbalance que están ofreciendo las cuentas públicas.

En el informe de julio de 2021 sobre ejecución presupuestaria, deuda pública y regla de gasto, apenas reduce la previsión de déficit para 2021: un 7,9 %. Y en su informe sobre la actualización del Programa de Estabilidad Presupuestaria 2021-2024 prevé una senda de reducción del déficit que termina en 2024 con un desequilibrio del 3,5 % del PIB, que parte de un 4,6 % en 2022 y un 3,9 % en 2023.

Con este escenario y con el consiguiente incremento de la deuda pública, que analizaremos a continuación, la AIReF ve indispensable el diseño de una estrategia fiscal a medio plazo, con un horizonte suficientemente amplio, que debe integrarse en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Los datos para 2022, según su informe de octubre de 2021, no son mejores: estima un déficit del 4,8 % del PIB. Asimismo, la Comisión Europea prevé un creci-

miento del PIB para la economía española en 2022 del 5,5 %, frente a la estimación del 7 % del Gobierno en el cuadro macroeconómico que acompaña a los presupuestos generales del sector público.

2.3. EVOLUCIÓN DE LA DEUDA PÚBLICA

La consecuencia inmediata de los déficits públicos es la necesidad de financiarlos con incrementos en los impuestos o mediante la emisión de deuda. El rápido deterioro de las cuentas públicas en estos años ha conducido a un incremento paralelo en las emisiones de deuda pública.

La deuda pública se situó en junio de 2021 en 1 425 619,63 millones EUR, lo que supone una variación de 23 477,93 millones EUR en comparación con el mes anterior, según datos del Banco de España. La deuda

pública cerró 2018 en 1 173 107 millones EUR, frente a los 384 661 millones EUR antes de la crisis, en 2007. En términos de porcentaje sobre el PIB, de 2018 hasta hoy, ha pasado del 98 % al 122 %, es decir, ha aumentado en 24 puntos porcentuales del PIB en tan solo dos años y medio. Para 2024, la AIReF sigue estimando un porcentaje de deuda sobre el PIB superior al 100 %, en concreto, un 112,4 %, considerando «el rebote esperado de la actividad económica impulsada por el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, la mejoría del componente cíclico del saldo público y la paulatina desaparición de las medidas de emergencia relacionadas con la pandemia»².

En definitiva, utilizando las mismas palabras de la AIReF, los datos de déficit público y de endeudamiento colocan las finanzas públicas en una situación de «gran vulnerabilidad».

TABLA 2 - FUENTE: BANCO DE ESPAÑA Y WWW.EPDATA.ES

Deuda pública (%)		Deuda pública (%)	
2018 - Trimestre 1	99,2	2020 - Trimestre 1	99,1
2018 - Trimestre 2	98,6	2020 - Trimestre 2	110,2
2018 - Trimestre 3	98,7	2020 - Trimestre 3	114
2018 - Trimestre 4	97,4	2020 - Trimestre 4	120
2019 - Trimestre 1	98,4	2021 - Trimestre 1	125,3
2019 - Trimestre 2	98,4	2021 - Trimestre 2	122,1
2019 - Trimestre 3	97,5		
2019 - Trimestre 4	95,5		

2.4. EVOLUCIÓN DE LA INVERSIÓN PÚBLICA

Se señalaba con anterioridad que una constante a lo largo de la historia presupuestaria reciente es que las

crisis económicas, por razón del juego de los estabilizadores automáticos, provocan déficits presupuestarios que deberían compensarse con las épocas de bonanza. La realidad es que, en España, los déficits presupuestarios inducidos por los ciclos descendentes de la economía no se han visto luego compensados en las fases expansivas del ciclo, incurriendo en superávits

TABLA 3 - FBCF-AA. PP./FBCF/PIB - FUENTES: INE Y ELABORACIÓN PROPIA

AÑO	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
FBCF AA. PP.	50 458	51 722	55 355	50 910	39 935	27 148	23 276
FBCF	321 180	308 857	247 155	233 732	212 984	191 138	177 240
PIB	1 075 539	1 109 541	1 069 323	1 072 709	1 063 763	1 031 099	1 020 348
AÑO	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
FBCF AA. PP.	22 428	27 244	21 901	23 183	25 932	26 033	28 228
FBCF	183 515	194 122	200 048	216 932	234 325	247 328	222 65
PIB	1 032 15	1 077 590	1 113 840	1 161 867	1 204 241	1 244 772	1 121 698

TABLA 4 - FBCF CON RELACIÓN AL PIB - FUENTES: INE Y ELABORACIÓN PROPIA

AÑO	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
FBCF AA. PP. / FBCF	15,71	16,74	22,39	21,78	18,75	14,20	13,13
FBCF en % PIB	29,86	27,83	23,11	21,78	20,02	18,53	17,37
FBCF AA. PP. / PIB	04,69	04,66	05,17	04,74	03,75	02,63	02,28
AÑO	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
FBCF AA. PP. / FBCF	12,22	14,03	10,94	10,68	11,06	10,52	12,67
FBCF en % PIB	17,77	18,01	17,96	18,67	19,45	19,86	19,84
FBCF AA. PP. / PIB	02,17	02,52	01,96	01,99	02,15	02,09	02,51

presupuestarios. Asimismo, la forma en la que se ha intentado corregir y enderezar la senda presupuestaria ha sido sacrificando la inversión. Los cuadros siguientes muestran la serie 2007-2020 de la inversión pública, la inversión total y el porcentaje del PIB que ambas representan. Como puede verse en ellos, la crisis del 2008 al 2014 hizo caer la inversión pública de un 4,7 % del PIB en 2007 (con un pico en 2009 del 5,17 %) a un 2,17 % en 2014. Y desde entonces, debido a las políticas de consolidación fiscal, aunque se ha recuperado ligeramente, la inversión pública se ha venido moviendo en torno al 2 %-2,5 %, es decir, alrededor de un 50 % menos que en 2007. Piénsese que la inversión pública de nuestros socios europeos está en un promedio del 5 %.

Si examinamos la participación de la inversión pública en la inversión total a lo largo del período 2007-2020, vemos también que ha ido perdiendo peso relativo.

2.5. EL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA Y LOS FONDOS NEXT GENERATION

En este contexto, no puede dejar de tenerse en cuenta el impacto que producirán los fondos Next Generation (NG) y su aplicación prevista en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR). En el presupuesto para 2021, hay previstos hasta 27 000 millones EUR de inversión, en consonancia con las previsiones del plan y la expectativa de recibir hasta 140 000 millones EUR a través de estos nuevos mecanismos comunitarios.

Como se señala en el PRTR: «Con una inversión de dos puntos del PIB al año en el período de ejecución del Plan, se logrará recuperar niveles de inversión pública en línea con los máximos del último ciclo y cerrar la brecha con los países más inversores». Es decir, se pretende volver a las tasas de crecimiento de la inversión pública precrisis, situándola por encima del 4 %. Asimismo, el impacto a medio-largo plazo del Plan, en opinión del

Gobierno, puede llegar a suponer un incremento en el crecimiento potencial de la economía de cuatro décimas. ¿Juega algún papel la CPP en el PRTR? Aparentemente sí, y a ello nos referimos en otro apartado de este informe. En concreto, el plan dispone que, con el objetivo de contar con un entorno jurídico y administrativo que facilite la ejecución de los fondos, se prevé llevar a cabo un proceso de modernización que proporcione las herramientas necesarias para acometer la ejecución del plan y la mejor gestión de fondos, contando con el sector público y el sector privado. El Real Decreto Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, contempla mecanismos para la colaboración público-privada, respetando los principios de concurrencia y el marco de ayudas del Estado, así como la adecuada articulación de las inversiones y reformas en los diferentes niveles de la Administración, elementos claves para el cumplimiento del calendario previsto en la ejecución del Plan.

La conclusión que podemos extraer de lo dicho hasta aquí es que la situación de déficit presupuestario, el nivel de endeudamiento público y la coyuntura económica que estamos atravesando, fruto de la pandemia, hacen muy difícil prever que se vaya a producir una recuperación de la inversión pública para alcanzar los niveles previos a la crisis o los existentes en los países de nuestro entorno. El aprovechamiento de los fondos europeos en el período 2021-2026, dado su efecto multiplicador, puede suponer un paréntesis en esta tendencia si verdaderamente se lleva a cabo una gestión ágil y eficaz, pero tanto para ello como para alcanzar de manera estructural una velocidad de crucero que evite el deterioro de nuestro *stock* de capital público será indispensable apostar en serio por el modelo concesional, por una colaboración público-privada de verdad. Para ello, habrá que acometer modificaciones normativas y, sobre todo, abandonar muchos de los recelos que existen ante esta fórmula de gestionar la provisión de bienes y servicios públicos.



3. EL MARCO JURÍDICO COMUNITARIO: LAS DIRECTIVAS DE CONTRATOS, CONCESIONES Y SECTORES EXCLUIDOS

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 (Directiva de Concesiones) es una novedad, puesto que, con anterioridad, no existía una norma comunitaria que regulara en exclusiva las concesiones. Se adopta porque se considera que ha de reforzarse el marco comunitario y la seguridad jurídica para alcanzar los principios de igualdad, transparencia, mejora de la competitividad y eficiencia².

Esta Directiva de Concesiones se traspuso al ordenamiento jurídico español (tardíamente)³ a través de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), por la que también se traspuso la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública.

Adicionalmente, 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, establece el marco para los denominados «sectores excluidos»⁴.

La normativa europea en materia de contratación y de concesiones, compuesta por las tres directivas mencionadas, tiene por finalidad establecer un marco regulatorio claro que garantice un acceso efectivo al mercado de las concesiones para todas las empresas europeas (con especial ahínco en la participación de las PYMES), abriendo la competencia en el mercado, optimizando el empleo en la contratación pública e intensificando la lucha contra la corrupción al fomentar la transparencia. En particular, la Directiva de Concesiones intenta crear un marco para las autoridades y los operadores económicos basado en la ausencia de discriminación y en el acceso al mercado de la UE en condiciones de igualdad, y pretende facilitar nuevas inversiones, promover la rentabilidad en un entorno de crecimiento económico sostenible y contribuir a la innovación y el desarrollo de las infraestructuras y servicios públicos a largo plazo⁵.

Es indudable que la UE apuesta por las concesiones, de ahí que la Comisión Europea se pronuncia en los siguientes términos:

*Concessions are a particularly attractive way of carrying out projects in the public interest when state or local authorities need to mobilise private capital and know-how to supplement scarce public resources. They underpin a significant share of EU economic activity and are especially common in network industries and for the delivery of services of general economic interest*⁶.

Si bien lo hace desde la perspectiva de la neutralidad, ya que no impone una forma de gestión de lo público a los Estados miembros. Los aspectos esenciales de la

² “El considerando 1 de la Directiva indica: “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”.

³ Entró en vigor el 17 de abril de 2014. Los países de la UE debían incorporarla al Derecho nacional a más tardar el 18 de abril de 2016.

⁴ Aquellos que tienen una regulación específica puesto que las autoridades nacionales siguen pudiendo influir en el comportamiento de estas entidades, en particular mediante la participación en su capital y la representación en sus órganos de administración, gestión o supervisión y dado el carácter cerrado de los mercados en que operan las entidades en dichos sectores, debido a la concesión por los Estados miembros de derechos especiales o exclusivos para el suministro, la puesta a disposición o la explotación de redes para la prestación del servicio de que se trate. Se ha traspuesto, también tardíamente, por el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

⁵ Considerando 3 de la Directiva de Concesiones: “En este contexto, los contratos de concesión representan instrumentos importantes para el desarrollo estructural a largo plazo de la infraestructura y los servicios estratégicos, contribuyendo al desarrollo de la competencia en el mercado interior, permitiendo que se aprovechen las competencias del sector privado y contribuyendo a lograr eficiencia y aportar innovación”.

⁶ https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/concessions_en

concesión se encuentran parametrizados en las directivas (en concreto, en la Directiva de Concesiones), cumpliendo la aspiración comunitaria de abordar el régimen de la colaboración público-privada.

La Directiva de Concesiones dispone de manera contundente que la característica principal de una concesión, es decir, el derecho de explotar el servicio, debe conllevar siempre la transferencia del riesgo operacional de carácter económico al concesionario, abarcando el riesgo de demanda, el de suministro⁷ o ambos⁸. Ello supone que debe existir exposición auténtica al mercado, el riesgo o posibilidad real de que el concesionario no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes, incluso aunque se determine a priori que una parte del riesgo sea asumida por la entidad pública⁹ y siempre que se respete el principio de equilibrio económico-financiero.

La propia Directiva de Concesiones pretende ofrecer definiciones de dichos conceptos en su considerando 20:

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. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro.

Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. 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. 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.

El tenor literal de la Directiva constriñe ya de antemano cualquier interpretación sobre las definiciones que el concepto de concesión pueda tener, si bien no está exento de discusiones al haberse llegado a una solución tautológica («el riesgo de demanda es el que se debe a la demanda»), que sobre todo afecta a lo que se ha de comprender como riesgo de suministro u oferta y su relación con el pago por disponibilidad (que se tratará más adelante).

En cualquier caso, en línea con lo anterior y arrojando luz, la jurisprudencia comunitaria es clara al señalar que el riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes (por lo que no se contempla en este riesgo la mala gestión, los incumplimientos de contrato o la fuerza mayor)¹⁰. Por ello, cualquier interpretación sobre el contenido de cada uno de los factores de riesgo operacional ha de alinearse con esta concepción que obliga al concesionario a soportar dicho riesgo.

También la Directiva ha delimitado con precisión las cuestiones relativas a la duración¹¹. La concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realiza-

⁷ También calificado como riesgo de oferta.

⁸ Artículo 5 de la Directiva de Concesiones.

⁹ Considerando 18: “(...) 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. 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”.

¹⁰ La STJUE de 10 de marzo de 2011, Asunto C-274/09 señala algunos de estos factores: La exposición a las incertidumbres del mercado; la competencia de otros operadores; los desajustes entre la oferta y la demanda de los servicios; la insolvencia de los deudores por los servicios prestados; que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación; la responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio, etc.

¹¹ Artículo 18.



das 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 iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión.

La finalidad de la Directiva, de acuerdo con el considerando 52, es que la duración sea limitada para evitar

el cierre de mercado y la restricción de la competencia. Por tanto, la regla de duración cita el plazo de cinco años (nada habitual en las concesiones españolas).

Ahora bien, mientras que en materia conceptual la Directiva es exigente y clara en cuanto a que en los procedimientos de adjudicación se establecen unos requisitos mínimos determinados, deja en todo lo demás un ámbito de amplia libertad a los Estados miembros.



4. EL MARCO JURÍDICO EN ESPAÑA Y LAS PARTICULARIDADES DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA

4.1. LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La LCSP nació, tras una larga tramitación¹², como una norma extensa y detallada, hasta el punto de que no ha requerido desarrollo reglamentario, pues cada artículo legisla en todos los extremos el contrato que regula. Ello implica que en su texto se incorporen conceptos técnicos (económicos, de ingeniería, etc.) que suscitan controversias interpretativas.

Sus objetivos declarados son aumentar el nivel de transparencia; mejorar la relación calidad/precio, de manera que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, servicios y suministros de gran calidad, teniendo en cuenta que introduce como aspectos cualitativos los medioambientales, los sociales y el fomento de la innovación; simplificar los trámites y endurecer las reglas para evitar ofertas anormalmente bajas, pero lograr a su vez la competencia efectiva.

Los principios que rigen la LCSP son la seguridad jurídica, la eficiencia, la ya mencionada transparencia, la proporcionalidad, la integridad, la igualdad de trato y, finalmente, conseguir que la norma se convierta en un instrumento para implementar las políticas públicas. Destaca su finalidad de lucha contra la corrupción, que se traduce, como se verá en el capítulo de organización en la contratación, en una estructura de control desde la Administración y en una mayor rigidez de las previsiones legales.

Como sus predecesoras en el ámbito de la contratación pública, traspone los conceptos de sector público (Administraciones públicas en el sentido clásico, poderes adjudicadores y otras entidades sin este carácter, pero incluidas en el sector público) y regula la tipología contractual en la que se encuentran las concesiones.

También sigue la tradicional distinción entre los contratos administrativos y los privados, y por supuesto diferencia los contratos sujetos a regulación armonizada (aquellos que por alcanzar un umbral de cuantía se sujetan a reglas especiales de procedimiento y publicidad), siendo estos, en el caso de las concesiones,

los que superen un valor estimado igual o superior a 5 350 000 EUR.

Si bien la norma supone, con carácter general, la plasmación de las directivas por medio de la técnica de la trasposición, se ha de advertir que existen algunos aspectos en los que la LCSP ha sido más restrictiva que la normativa comunitaria, o, allí donde esta no constreñía o no entraba a regular, la norma española sí que ha contemplado esa regulación, en línea con lo antes apuntado sobre las finalidades de la norma.

El ejemplo más claro de esta disonancia entre lo «impuesto» desde la primacía del derecho comunitario y lo que constituye el acervo nacional en la normativa es la regulación de los modificados, sobre la que la LCSP es más restrictiva que las directivas¹³.

4.2. DEFINICIÓN DE CONCESIÓN: RIESGO OPERACIONAL

4.2.1 Definición de contrato de concesión de obras

De conformidad con el artículo 14 de la LCSP, la concesión de obras es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas prestaciones definidas como obra por la propia norma.

4.2.2 Definición de obra

Se entiende por *obra* 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, incluidos los trabajos de restauración y reparación de

¹² Los debates del Congreso de los Diputados en su tramitación muestran la implicación política y la importancia de la norma.

¹³ El artículo 204 LCSP contiene la limitación del 20% del precio inicial cuando la modificación estuviera prevista en el pliego y exige claridad en la determinación de la cláusula de modificación. Por su parte, el artículo 205 limita las modificaciones no previstas a lo estrictamente indispensable y en casos tasados. No obstante, la Directiva de Concesiones contiene también sus propias restricciones a los modificados. Por ejemplo, si bien contempla el riesgo imprevisible, permitiendo la modificación si la necesidad deriva de circunstancias que el adjudicador diligente no podía prever, lo limita a los casos en los que la modificación no altere el carácter global de la concesión y el posible aumento de valor no supere el 50% del valor de la concesión original adjudicada y prohíbe la modificación que altere el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario si no estaba previsto en origen.

construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos. El contrato de concesión de obras, además, puede tener por objeto: 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 sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales; c) que el concesionario esté obligado a proyectar, ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas obras que sean accesorias o estén vinculadas con la principal, que sean necesarias para que esta última cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación; el concesionario también estará obligado a efectuar las actuaciones ambientales previstas relacionadas con las obras. En el supuesto de que las obras vinculadas o accesorias puedan ser objeto de explotación o aprovechamiento económico, estos le corresponderán al concesionario, juntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por los pliegos respectivos.

4.2.3 Estudio de viabilidad

Además, sobre la definición de obra en el contrato de concesión incide el denominado *estudio de viabilidad*, que, con carácter previo a la decisión de construir y explotar en régimen de concesión unas obras, debe acordar el órgano que corresponda de la Administración concedente.

El estudio de viabilidad ha de contener los elementos esenciales sobre los que se va a sustentar el contrato, partiendo de la finalidad y justificación de las obras; la descripción de sus características esenciales y la justificación de las ventajas cuantitativas y cualitativas que aconsejan la utilización del contrato de concesión de obras frente a otras formas contractuales, mencionando los niveles de calidad de obligado cumplimiento; la estructura administrativa necesaria

para verificar la prestación; las variables en relación con el impacto de la concesión en la estabilidad presupuestaria; las 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; los riesgos operativos, etc.

4.2.4 Definición de explotación: transferencia del riesgo operacional

En el contrato de concesión, la contraprestación a favor del concesionario consiste, bien únicamente en el derecho a explotar la obra, bien en este derecho junto con el de percibir un precio.

El derecho de explotación de las obras deberá implicar, en todo caso, la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en dicha explotación, riesgo que parece ir más allá del tradicional concepto de riesgo y ventura que asume el contratista¹⁴. Este es el punto esencial en la definición del contrato de concesión tras la transposición de la Directiva de Concesiones al derecho español y la nueva LCSP: la transferencia del riesgo operacional y su definición.

El riesgo operacional implica la traslación del riesgo de demanda, de suministro o de ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y por 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 considera que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar

¹⁴ Art. 254 LCSP: “Las obras se ejecutarán a riesgo y ventura del concesionario, quien, además, asumirá el riesgo operacional de la concesión, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 197 y 239 [fuerza mayor], salvo para aquella parte de la obra que pudiera ser ejecutada por cuenta de la Administración, según lo previsto en el apartado 2 del artículo 252, en cuyo caso regirá el régimen general previsto para el contrato de obras”. Algunos autores, a pesar del tenor literal de este precepto, consideran que en nada se diferencia el riesgo operacional del riesgo y ventura (M. Magide...).



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 aquel incurra no es meramente nominal o desdeñable.

La LCSP, por tanto, ha integrado en el texto legal el artículo 5 de la Directiva de Concesiones con su correspondiente considerando 20, dando lugar a la definición completa de *concesión*.

La cuestión que trasciende a la mera definición legal de este concepto determinante de las concesiones es, en la práctica, cómo se plasma esa transferencia del riesgo operacional con los distintos modelos de pago que se han venido utilizando: pago por disponibilidad o pago por uso, puesto que el primero puede considerarse que deja fuera el riesgo de demanda y solo se asienta sobre el de suministro (de oferta). Este concepto también se liga a la diferenciación entre las penalizaciones que se incluyen en los pliegos y el contrato y los requisitos o indicadores que se establecen para calcular el riesgo de suministro, que se pueden asimilar entre sí.

El riesgo de demanda es, como se ha venido apuntando, el uso o el número de usuarios y se ha convertido, en efecto, en un aspecto central en el concepto de concesión, especialmente tras el análisis que de esta ha hecho el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales¹⁵.

Por otro lado, el riesgo de suministro fue denominado *riesgo de disponibilidad* durante gran parte de la tramitación de la Directiva de Concesiones, en su proyecto legislativo, aunque se cambió finalmente cuando esta salió a la luz. Esto ha dado lugar a múltiples interpretaciones (como considerar que son un mismo concepto, o que, no siendo lo mismo, el legislador comunitario quiso descartar la disponibilidad en el momento de su aprobación). Lo cierto es que, en la práctica, como ya se ha apuntado, resulta muy complicado distinguir la

¹⁵ Véase la Resolución 382/2017, de 28 de abril por la que se resuelve el recurso 239/2017, por impugnación de los pliegos de cláusulas económico-administrativas y de cláusulas técnicas de "Gestión de los servicios públicos de recogida y transporte de residuos urbanos, limpieza viaria, limpieza de parques y jardines y gestión del punto limpio del municipio de Cuenca", entre otras muchas, en las que se resalta que es necesario "que los ingresos dependan del mayor o menor uso del servicio que hagan sus destinatarios".

disponibilidad del suministro u oferta y, sobre todo, resulta harto difícil imaginar que el riesgo por disponibilidad no dependa exclusivamente de la decisión del propio concesionario. En este punto, como se verá en relación con el pago, el legislador español se ha mostrado más favorable a entender que la disponibilidad tiene cabida en los contratos de concesión de obra al mencionarla expresamente¹⁶.

Esta dificultad terminológica ha producido en la práctica que, para saber si un contrato es efectivamente una concesión, puesto que se ha transmitido ese riesgo de suministro (en los casos en los que estaba basado en la disponibilidad), se haya dado el salto de lo jurídico a lo financiero-económico, de manera que se han estudiado los aspectos contables¹⁷ y técnicos para poder concluir si el riesgo transmitido es o no suficiente¹⁸.

En cualquier caso, la teleología del legislador y lo que la lógica del contrato de concesión aconseja es que el riesgo sea asumido por el concesionario, evitando la tendencia a colectivizar socialmente las pérdidas de los proyectos que se emprenden a través de las licitaciones públicas. Este concepto, por tanto, se da la mano con el concepto de rentabilidad, puesto que siempre que el concesionario asuma efectivamente el riesgo, la concesión habrá de tener la posibilidad de ser rentable, mientras que en ausencia de riesgo (lo cual no es posible de acuerdo con la norma actual, pero ha sido en la práctica uno de los grandes problemas de las concesiones) no debería presuponerse una rentabilidad asegurada.

Como indica la norma, las obras objeto de concesión han de ser financiadas, total o parcialmente, por el concesionario, que, en todo caso, asumirá el riesgo operacional de la forma ya expuesta. Solo cuando existan razones de rentabilidad económica o social o concurran singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de las obras objeto de concesión, la Administración podrá también aportar recursos públicos para su financiación, que adoptará la forma de financiación conjunta mediante subvenciones o préstamos reintegrables, con o sin interés, de acuerdo con la LCSP y de conformidad con las previsiones del correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, debiendo respetarse en

todo caso el principio de asunción del riesgo operacional por el concesionario.

4.2.5 Definición de contrato de concesión de servicios

El contrato de concesión de servicios es aquel en virtud del cual uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación es de su titularidad o competencia y cuya contrapartida viene constituida, bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato, bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en la misma forma definida con anterioridad respecto del contrato de obras.

4.2.6 Derechos y deberes del concesionario

4.2.6.1. Derechos

Los concesionarios tienen como derecho principal explotar las obras y percibir la tarifa por uso prevista en el contrato durante el tiempo de la concesión como contraprestación económica.

A este se suma el muy disputado (por la controversia en su aplicación) derecho al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, teniendo en cuenta el interés general y el del concesionario, cuando la Administración realice una modificación o cuando actuaciones de la Administración pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario, determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

Y también se suma, por supuesto, todo el haz de derechos que posibilita la existencia de la concesión en sí (derecho a utilizar los bienes de dominio público; derecho a recabar de la Administración la tramitación de los procedimientos de expropiación forzosa, imposición de servidumbres y desahucio administrativo que resulten necesarios, etc.).

¹⁶ Artículo 267 LCSP.

¹⁷ Véase la definición de disponibilidad en el Sistema Europeo de Cuentas Públicas.

¹⁸ Véase, entre otras, la resolución 32/2014 del Tribunal Administrativo de la Contratación Pública de Madrid.

4.2.6.2. Deberes del concesionario

Por supuesto, la obligación central del contrato para el concesionario consiste en ejecutar las obras con arreglo a lo dispuesto en él, así como explotar las obras, asumiendo el riesgo operacional de su gestión con la continuidad requerida y en los términos establecidos en el contrato u ordenados posteriormente por el órgano de contratación.

Junto a las obligaciones contractuales de hacer o no hacer, hay que considerar las penalizaciones por incumplimiento de los indicadores de calidad o disponibilidad, diferentes de las anteriores, que pueden dar lugar a multas y, eventualmente, a la resolución del contrato.

4.3. PLAZO, RENTABILIDAD Y DESINDEXACIÓN

Las concesiones, como otros muchos contratos del sector público, se indexaban tradicionalmente a índices generales, con frecuencia al IPC. Mediante la indexación se modificaban los valores monetarios de las variables económicas del contrato de acuerdo con la variación de un índice de precios a lo largo de un período. La razón última de esta práctica se asienta en la creencia tradicional de que existe la necesidad de defenderse de la inflación en economías macroeconómicamente inestables, puesto que las fuertes subidas de la inflación ocasionan un perjuicio sobre el poder adquisitivo de los valores monetarios y este efecto se palia si se vinculan o referencian a índices de precios en una evolución temporal, de manera que los primeros se modifican a medida que varían los segundos.

Pero esta práctica, al generalizarse, acaba pervirtiendo esa pretendida finalidad, dado que, si los precios de algunos bienes o servicios suben, provocan la subida del IPC (el índice de referencia más extendido para la indexación) y, por el mero hecho de estar indexados, se desencadena el aumento del precio de otros bienes y servicios que nada tienen que ver con la subida de los primeros. Esto produce un efecto de conexión de subida de precios general que, de no existir la indexación a índices generales, no se daría. Conecta elementos totalmente distantes de una manera artificial, lo que

redunda, paradójicamente, en el efecto perjudicial de generar más inflación que la que en principio se quería evitar.

En el año 2015 se aprobó la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de Desindexación de la Economía Española (Ley de Desindexación). La finalidad de la norma era, precisamente, evitar los perversos efectos descritos de la indexación. Se trataba, según la propia norma, de que no subiese el precio de las autopistas porque lo hiciera el precio de cualquier otro bien que nada tenía que ver con ellas, pero que formaba parte del índice. Los costes de producción de la carretera no deberían verse afectados por el precio de bienes o servicios que no forman parte de su estructura de costes. En último término, la Ley de Desindexación pretendía que no se generase una inflación mayor y que esta no se mantuviese en el tiempo por el mecanismo de la indexación, que no se alterase la información que transmiten los precios y, sobre todo, en el terreno de la contratación del sector público que ahora nos ocupa, que no se perjudicase la competitividad y no se empeorasen las condiciones de los contratos de largo plazo. La no indexación de valores monetarios se consideró, por tanto, una reforma estructural con el fin de mejorar la economía española en su conjunto, dado el impacto que la contratación pública tiene sobre el PIB (supone, aproximadamente, el 20 % del PIB).

La desindexación se aplica al sector público con independencia de que este actúe en el marco de una relación sujeta a derecho público o a derecho privado, con exclusiones tasadas (por ej., la negociación colectiva o las pensiones).

La norma, sin embargo, no impide ni las revisiones periódicas y predeterminadas ni las no periódicas ni predeterminadas de los valores monetarios del sector público y de los precios regulados, que se admite que excepcionalmente se hagan en virtud de precios o índices específicos de precios utilizando la información particular aplicable. Se establece, además, que los costes deberán ser evaluados conforme al principio de eficiencia y buena gestión empresarial.

La Ley de Desindexación indicaba que, por real decreto, se fijarían aquellos supuestos donde cabía aprobar

estos sistemas de revisión periódica y predeterminada, además de las directrices para el diseño de fórmulas, los criterios para la interpretación de los principios de eficiencia y buena gestión empresarial y los supuestos y límites para la traslación de costes de mano de obra. El Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, acometió esta labor, reiterando que el uso de la indexación debía ceñirse a los casos en que dicho mecanismo fuera necesario y eficiente, vinculando la evolución de los precios de los bienes y servicios a la de sus determinantes fundamentales, en particular, a la de los costes de producción de dichos bienes y servicios.

Se establecieron los principios para el diseño de las fórmulas que rigen las revisiones periódicas y predeterminadas, pero se dejó que estas fórmulas fueran elaboradas, bien por los órganos de contratación, bien por las autoridades competentes, debido a la materia. Ni unos ni otros han entrado a determinar la elaboración de las fórmulas concretas conforme a los parámetros legales y reglamentarios, dando lugar a un bloqueo permanente en la contratación pública que ha provocado a su vez una dura crítica a la norma.

En el ámbito de las concesiones de autopistas de peaje, sin embargo, la norma fue conservadora, al establecer una cautela transitoria a su aplicación, dejando indemnes las revisiones previstas en los contratos de concesión ya existentes antes de la entrada en vigor del Real Decreto 55/2017. De esta forma, la revisión de tarifas en las autopistas de peaje de titularidad estatal (regulada en el artículo 77 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social) pervive para aquellos contratos suscritos con anterioridad, dado que así lo prevé la disposición derogatoria de la Ley de Desindexación¹⁹.

La crítica también se produce por la fijación de la tasa de descuento dentro de la fórmula del período de recuperación de la inversión del contrato (aquel en el que, previsiblemente, puedan recuperarse las inversiones realizadas para la correcta ejecución de las obligaciones previstas en el contrato, incluidas, en su caso, las exigencias de calidad y precio para los usuarios, y se permita al contratista la obtención de un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación). Esta tasa de descuento se

fija en 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 doscientos puntos básicos.

Así pues, transcurridos unos años desde la entrada en vigor del Real Decreto 55/2017, estas son las dos cuestiones más controvertidas que se han puesto de manifiesto: la falta de actuación de los órganos de contratación o autoridades para determinar correctamente las fórmulas de manera específica y el diferencial de doscientos puntos básicos, que incide en la previsión relativa al plazo de las concesiones en el artículo 29 LCSP. En efecto, este precepto regula la duración limitada y se remite en cuanto a su cómputo, precisamente, a la normativa de desindexación y, por ende, al diferencial mencionado:

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.

Ha de tenerse en cuenta que este diferencial de doscientos puntos básicos puede, eventualmente, ser modificado *ad hoc* mediante una orden ministerial, lo que flexibilizaría la aplicación de la regla; sin embargo, de hecho, se muestra como una excepcionalidad a la que no se ha recurrido.

No obstante, sí debe destacarse que, en la legislación extraordinaria derivada de la situación de pandemia, ya se ha apuntado a un cambio del diferencial para

¹⁹ Hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 250 LCSP, los pliegos de cláusulas administrativas particulares contienen el sistema de retribución del concesionario en el que se incluirán las opciones posibles sobre las que deberá versar la oferta, así como, en su caso, las fórmulas de actualización de costes durante la explotación de la obra, con referencia obligada a su repercusión en las correspondientes tarifas en función del objeto de la concesión.



La desindexación se aplica al sector público con independencia de que este actúe en el marco sujeto a derecho público o privado

el caso concreto, señalado en el artículo 56 del Real Decreto Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración pública y para la ejecución del PRTR, de los contratos de concesión de obras y de servicios «que se financien con cargo a fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia [que] el período de recuperación de la inversión a que se refiere el artículo 29 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, será calculado de acuerdo con lo previsto en dicho artículo, así como con lo establecido en el 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, mediante el descuento de los flujos de caja esperados por el concesionario, si bien la tasa de descuento a aplicar en estos casos será el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del Estado a treinta años incrementado en un diferencial de hasta trescientos puntos básicos. El instrumento de deuda y el diferencial anteriores que sirven de base al cálculo de la tasa de descuento podrán ser modificados por orden de la ministra de Hacienda, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, para adaptarlo a los plazos y condiciones de riesgo y rentabilidad observadas en los contratos del sector público».

Por tanto, en la aplicación de los fondos Next Generation UE para los próximos años, la norma ha previsto un diferencial superior, habida cuenta de las circunstancias económicas del momento, lo cual no quiere decir que se derogue la regla establecida en la Ley de Desindexación.

Hemos mencionado hasta ahora la problemática de la tasa de descuento definida, así como la falta de actuación de los órganos de contratación o las autoridades competentes para determinar las fórmulas de las revisiones periódicas y predeterminadas, de acuerdo con el Real Decreto 55/2017. Por otro lado, la fórmula definida en el artículo 10 de este Real Decreto presenta, en opinión de algunos de los actores en el sector, dificultades añadidas.

Por un lado, y de acuerdo con la redacción del artículo, se entiende como período de recuperación de la inversión del contrato aquel en el que, previsiblemente, puedan recuperarse las inversiones realizadas para la correcta ejecución de las obligaciones previstas en el contrato

y se permita al contratista la obtención de un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación. Sin embargo, la fórmula definida a continuación para el cálculo del período de recuperación de la inversión del contrato es un sumatorio de flujos de caja que tiene en cuenta las actividades de explotación y las actividades de inversión, pero no recoge el beneficio sobre el capital invertido. Resulta muy relevante también que, tal como se indica expresamente en el artículo 10, los flujos de caja no incluirán los cobros y pagos derivados de actividades de financiación y se realizarán sin actualizar los valores monetarios, que, sin embargo, deben considerarse para determinar la rentabilidad del proyecto.

Por tanto, y como resumen, para el cálculo del período de recuperación de la inversión se define una fórmula en la cual se fija una tasa de descuento que no tiene en consideración ni el distinto riesgo de cada proyecto, ni la obtención del beneficio industrial sobre el capital invertido, ni los costes de financiación vinculados al proyecto, ni la actualización de los valores monetarios.

Adicionalmente, y de acuerdo con el artículo 9 del Real Decreto 55/2017, la revisión periódica y predeterminada no podrá tener lugar transcurrido el período de recuperación de la inversión del contrato, y siempre y cuando, transcurridos dos años desde la formalización, y ejecutado al menos el 20 % de su importe, concurren dos circunstancias: que el período de recuperación de la inversión sea superior a cinco años y que así esté previsto en los pliegos, que deberán detallar la fórmula de revisión aplicable.

4.4. PAGO

El concesionario tiene derecho a percibir de los usuarios o de la Administración una retribución por la utilización de las obras en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares y de conformidad con la norma. Esta retribución se denomina *tarifa* y tiene la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario. La tarifa se fija con carácter de máximo por el órgano de contratación en el acuerdo de adjudicación. La revisión de las tarifas, en caso de proceder, se debe realizar conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 55/2017, antes citado.

Aquí merece la pena hacer una referencia al artículo 267 LCSP, dada la controversia o dificultad en la interpretación del riesgo de suministro a la que se ha aludido con anterioridad, pues el legislador permite, en el caso de las concesiones de obras, que «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 su utilización por los usuarios, en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares»²⁰.

La dificultad de recurrir al denominado pago por disponibilidad en las autopistas con la actual legislación, tanto comunitaria como en la trasposición nacional, vuelve a surgir, dado que la configuración en los pliegos de la efectiva asunción del riesgo operacional por parte del concesionario resulta compleja en los casos en los que se establece el pago por disponibilidad. Esto es así porque el parámetro esencial de riesgo operacional en el caso de las concesiones de autopistas es el riesgo de demanda, es decir, el tráfico, y, por tanto, se considera ínsito a la configuración del contrato concesional que existan indicadores de que tal riesgo recae del lado del concesionario. Las dificultades para trasladar este riesgo en caso de preverse el pago por disponibilidad recalcan, como se ha apuntado, en que los mismos factores existentes en este caso para establecer el pago por disponibilidad son los que se pueden usar para las penalizaciones del concesionario por cuestiones que dependen de su propia voluntad (su cumplimiento del contrato en cuanto a niveles de calidad, por ejemplo) y que están excluidos del riesgo operacional por la interpretación comunitaria.

La norma prosigue indicando que, en caso de que la retribución se efectúe mediante pagos por disponibilidad, deberá preverse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la inclusión de índices de corrección automáticos por nivel de disponibilidad, al margen de las posibles penalizaciones en que pueda incurrir el concesionario en la prestación del servicio. El concesionario se retribuirá igualmente con los ingresos procedentes de la explotación de la zona comercial directamente vinculada a la concesión, en el caso de existir esta, según lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Las previsiones relativas al pago por disponibilidad, sin

embargo, no aparecen en el artículo 289 LCSP respecto de la concesión de servicios²¹.

4.5. RECURSOS

La LCSP regula el llamado recurso especial en materia de contratación, reforzándolo. Lo que tiene toda su justificación, precisamente en materia de concesiones, pues en la norma se amplía el objeto del recurso especial. Se incluyen los denominados rescates de concesiones (que se analizarán más adelante) y se rebajan los umbrales de los contratos dentro del ámbito de este recurso (tres millones de euros en concesiones). Es importante señalar que este recurso especial es excluyente de los recursos ordinarios.

No procede abordar la extensa regulación que se detalla en la LCSP, que es muy similar a la de cualquier recurso administrativo, pero sí conviene mencionar que, en la implementación de lo previsto, se ha advertido que la articulación organizativa de los órganos de resolución, habida cuenta de la multiplicidad de Administraciones y de la complejidad territorial española, ha llevado a una variada proliferación de soluciones y resoluciones, tiempos de espera y casuística dispar, que no facilita las cosas a quien compite por las licitaciones en distintos territorios o a todos los niveles (Estado, CC. AA. y entidades locales). Así se advierte que la función de control de la contratación pública debería inspirarse en el modelo judicial, evitando sus vicios, es decir,

²⁰ *Numerosos son los análisis sobre la literalidad de este precepto pues si bien cita la disponibilidad, lo hace incluyendo una conjunción “y”, es decir, sumándolo a la utilización por los usuarios, es decir, al riesgo de demanda o lo que es lo mismo en el caso de autopistas, al pago -aunque sea parcialmente- por tráfico. Por el contrario, como se ha analizado, la definición de concesión, tanto en la Directiva de Concesiones como en nuestra LCSP usa la disyuntiva “o”, es decir, o el riesgo de demanda o el de suministro, por tanto, permitiendo que sea uno u otro o ambos. Al margen de complejas interpretaciones lingüísticas y jurídicas sobre la terminología y literalidad de estas normas en busca de un resquicio por el que encajar cualquier forma o modelo concesional, preservar la finalidad última de las normas, que en este caso es indubitada, es lo que debe tenerse en mente a la hora de preparar los pliegos que rijan la vida de cualquier concesión de obra o de servicio (trasladar el riesgo al concesionario con exposición a los riesgos del mercado).*

²¹ *“El concesionario tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración”.*

siendo profesional y uniforme y procurando que esté bien dotada para lograr agilidad y eficacia (en plazos de resolución y en publicación).

4.6. EXTINCIÓN DE LA CONCESIÓN

Las concesiones, como cualquier contrato, se extinguen por transcurso del plazo fijado en el pliego de condiciones o, en su caso, de la prórroga que corresponda o las reducciones fijadas. La extinción de la concesión supone la extinción de todos los contratos vinculados a ella y a la explotación de sus zonas comerciales.

Además de esta extinción natural, existen causas de resolución de contrato que son generales (la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo relativo a la sucesión del contratista; la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento²², etc.) y causas que, tradicionalmente, son propias de las concesiones, como el rescate o el secuestro.

El artículo 44 de la Directiva de Concesiones, a diferencia de otros preceptos, no es tan detallado en la enumeración de las causas de extinción, sino que señala que ha de asegurarse que se pone fin a una concesión cuando se produzcan determinados supuestos²³, los cuales no entroncan con la tradicional enumeración de casos de finalización de concesiones propia del derecho administrativo nacional, pues no se citan expresamente ni el típico secuestro ni el rescate.

El rescate de la explotación de las obras por el órgano de contratación es la declaración unilateral del órgano contratante, adoptada por razones de interés público, con la que de por terminada la concesión, a pesar de la buena gestión de su titular, para su gestión directa por la Administración. El rescate de la concesión requerirá, además, la acreditación de que dicha gestión directa es más eficiente que la concesional.

La figura legal del rescate de la concesión ha llegado a la opinión pública a raíz de los concursos de las concesionarias de las autopistas radiales, en las que, paradójicamente, no se ha aplicado el mencionado rescate en términos legales, pues lo que se produjo fue el concurso del concesionario y la ulterior reversión de las infraestructuras a su titular legítimo, que es el sector público.

El rescate ha sido comprendido como una facultad del *ius variandi* de la Administración, si bien para algunos autores es idéntico al rescate de una concesión demanial y, por tanto, tiene una naturaleza jurídica de expropiación²⁴. De cualquier forma, se trata de una figura de aplicación limitada en el ámbito contractual sobre la que, además, se ha reforzado el control a través del recurso especial.

El secuestro o intervención de la concesión por un plazo superior al establecido de conformidad con el artículo 263 nunca podrá superar los tres años sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones. El artículo mencionado regula como facultad de la Administración el secuestro, que es una de las figuras jurídicas clásicas relacionadas con la concesión. El órgano de contratación, previa audiencia del concesionario para garantizar sus derechos, podrá acordar el secuestro o intervención de la concesión en los casos en que el concesionario no pueda hacer frente, temporalmente y con grave daño social, a la explotación de la obra por causas ajenas al mismo o incurriese en un incumplimiento grave de sus obligaciones que pusiera en peligro dicha explotación. El acuerdo del órgano de contratación será notificado al concesionario, y si este, dentro del plazo que se le hubiera fijado, no corrigiera la deficiencia, se ejecutará el secuestro o intervención.

Los efectos de la ejecución del secuestro o intervención son que la explotación directa y la percepción de la contraprestación le corresponden, por el tiempo que dure, al órgano de contratación (el cual puede valerse del material y el personal del propio concesionario y nombrar interventores en sustitución de los directivos de la empresa concesionaria). Ahora bien, a pesar de esta sustitución temporal, la explotación de la obra objeto de secuestro o intervención se efectuará por cuenta y riesgo del concesionario, al que se devolverá, al finalizar aquel, con el saldo que resulte después de satisfacer todos los gastos, incluidos los honorarios de los interventores, y tras deducir, en su caso, la cuantía de las penalizaciones impuestas.

El órgano de contratación acordará de oficio, o a petición del concesionario, el cese del secuestro o intervención cuando resulte acreditada la desaparición de las causas que lo hayan motivado y el concesionario justifique estar en condiciones de proseguir la normal explotación de la obra. Transcurrido el plazo fijado para el secuestro o intervención sin que el concesionario haya garantizado la asunción completa de sus

²² Las indicadas en el artículo 211 LCSP con la excepción de los apartados d) y e).

²³ Los supuestos previstos son: 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.

²⁴ En este último sentido, Gimeno Feliu en «El nuevo modelo concesional: hacia un necesario equilibrio entre lo público y lo privado. Las novedades de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público».

obligaciones, el órgano de contratación resolverá el contrato de concesión, dando por finalizada esta.

También se puede producir la supresión de la explotación de las obras por razones de interés público o por la imposibilidad de dicha explotación debido a acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato.

En los casos en que concurran diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse la que haya aparecido antes.

Esta regla cobra importancia por los efectos de la forma de extinción. Si la causa es imputable a la Administración, el impacto sobre el concesionario no es el mismo que si la finalización es por causa de este. De acuerdo con el artículo 280 LCSP, en los supuestos de resolución por causa imputable a la Administración, esta abonará al concesionario, atendiendo a su grado de amortización, el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, la ejecución de obras de construcción y la adquisición de los bienes necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión. Al efecto, se aplicará un criterio de amortización lineal. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de tres meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Adicionalmente, la Administración deberá indemnizar al concesionario. Sin embargo, cuando el contrato se resuelva por causa imputable a aquel, le será incautada

la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada. En este segundo caso, de acuerdo con el artículo 281 LCSP, la Administración volverá a sacar a licitación la concesión y abonará al concesionario original el valor de la concesión que resulte de esta licitación (mediante subasta al alza con único criterio de adjudicación, el precio, y siendo el tipo de esta licitación el previsto en el artículo 282) en un plazo de tres meses desde que se haya realizado la adjudicación de la licitación o desde que la segunda licitación haya quedado desierta. En el caso de que la primera licitación quedará desierta, se convocará nueva licitación en el plazo máximo de un mes, al 50 % de la primera. 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 % del importe equivalente a la inversión ejecutada²⁵.

²⁵ La cuestión relativa a la mal llamada responsabilidad patrimonial de la Administración en la resolución o extinción del contrato ha producido numerosas disputas, siendo las más conocidas las relativas al concurso de las concesionarias de las radiales (que se mencionan en el siguiente apartado de este estudio). Con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP con las reglas que aquí se han expuesto, el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, fue modificado temporalmente por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Esta norma introdujo cambios en los artículos 271 y 271 bis, por los cuales se modifica profundamente el régimen de RPA en cuanto a la resolución de los contratos de concesión, limitando de manera radical el importe máximo, de manera que el concesionario no tenía garantizada la recuperación de la inversión. Estas reglas, dada la brevedad del plazo de la normativa modificada, no han tenido aplicación práctica.



El parámetro esencial de riesgo operacional en el caso de las concesiones de autopistas es el riesgo de demanda.

Por último, el destino de las obras a la extinción de la concesión está definido en el artículo 283 LCSP. El concesionario quedará obligado a hacer entrega a la Administración concedente, en buen estado de conservación y uso, de las obras incluidas en la concesión, así como de los bienes e instalaciones necesarios para su explotación y de los incluidos en la zona de explotación comercial, si la hubiera, de acuerdo con lo establecido en el contrato, todo lo cual quedará reflejado en el acta de recepción. Cuando se proceda, una vez termine la concesión, a la entrega de bienes e instalaciones al órgano de contratación, se levantará un acta de recepción formal. No obstante, los pliegos podrán prever que, a la extinción de la concesión, estas obras, bienes e instalaciones, o algunos de ellos, deban ser demolidos por el concesionario, reponiendo los bienes sobre los que se asientan al estado en que se encontraban antes de su construcción. Los bienes afectos a la concesión que vayan a revertir a la Administración no podrán ser objeto de embargo.

4.7. LA NORMATIVA ESPECIAL Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN (RPA)

Además de la LCSP, en materia de concesiones, no puede dejar de mencionarse la importantísima y ya longeva Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión y su Decreto 215/1973, de 25 de enero, por el que se aprueba el pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión.

La norma nació con vocación de poner fin a la dispersión normativa existente en la materia en aquel momento y de contener el régimen jurídico básico de las concesiones administrativas de autopistas. Dada su proyección hasta nuestros días, a través de la vida de los contratos de concesión de las autopistas de peaje, se puede afirmar que ha logrado su objetivo con creces. Cobra una gran relevancia en relación con los concursos de las concesionarias de las autopistas radiales, a las que se aplica esta normativa. En particular, su regulación de la

denominada RPA, que está generando numerosas discrepancias y conflictos, y también la asunción de todo coste relacionado con las expropiaciones por parte de los concesionarios.

En su texto original, la Ley 8/1972 señalaba que la concesión se extinguiría por las causas siguientes:

- Cumplimiento del plazo por el que se otorgó.
- Incumplimiento de las obligaciones impuestas al concesionario.
- Extinción de la personalidad jurídica del concesionario.
- Quiebra del concesionario.
- Mutuo acuerdo entre la Administración y el concesionario.
- Rescate del servicio por la Administración.
- Cualquier otra causa que se estableciera en los pliegos de la concesión.

Y resuelto el contrato, se preveía que se procediera a la liquidación de la concesión en las condiciones que se especificaran en los pliegos de esta. Pues bien, los pliegos, se remitirán a las reglas de liquidación para el caso de incumplimiento cuando la extinción de la concesión traiga su causa del concurso (quiebra) del concesionario.

Estas reglas disponían que la fianza fuera inmediatamente incautada (sin perjuicio de la exacción de multas ya impuestas o de las penalizaciones que correspondieran). En cuanto a la mal denominada responsabilidad patrimonial de la Administración (RPA) en concreto, esta debía aplicar para su cálculo la Ley 8/1972, y el pliego de cláusulas generales (Decreto 215/73, de 25 de enero) en aquello que no resultase modificado por los pliegos de cláusulas particulares de cada concesión.

El resultado de la comparación entre los pliegos particulares y el pliego general de autopistas puede resumirse en que todos los pliegos particulares declaran inaplicable la cláusula 107.e) para copiarla casi literalmente, pero introduciendo una variación relevante. La cláusula 107.e) indica que la Administración devolverá al concesionario «la totalidad de las inversiones hechas

en la autopista», mientras que las cláusulas de todos los pliegos particulares indican que devolverá «el valor patrimonial de las inversiones realizadas en la autopista». Asimismo, mientras que el pliego general no especifica cómo se amortizarán las expropiaciones, algunos pliegos particulares indican que se haga de acuerdo con el plan económico-financiero aprobado.

Para el cálculo de la RPA, la Administración, en uso de sus prerrogativas, interpretó el contrato para aclarar y desarrollar determinados aspectos del cálculo de la RPA. Este expediente se sometió a trámite de audiencia de los interesados, a un informe de la Abogacía del Estado y a un dictamen del Consejo de Estado, para ser aprobado finalmente por el Consejo de Ministros. En base al mismo, se ha comenzado el cálculo de los distintos expedientes, e incluso se han abonado los importes de algunas autopistas (que posteriormente deben ser liquidadas de manera definitiva en un plazo no superior a un año). Asimismo, una vez resueltos por el Tribunal Supremo los recursos planteados por los interesados en los distintos procedimientos, se ha comenzado con la incautación de las garantías de construcción y explotación que corresponden.

En el mencionado acuerdo de interpretación para el cálculo de la RPA se detalló el modo de calcular el valor patrimonial de las inversiones realizadas en la autopista, en cuanto a las obras y las expropiaciones realizadas, así como de los bienes inmuebles incorporados a la explotación. También se detalló el modo de calcular la amortización, los límites de la responsabilidad patrimonial de la Administración, la minoración de la RPA por expropiaciones pagadas por el Estado, la liquidación de las situaciones pendientes, el momento en que surge la obligación de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración, el pago de la cantidad determinada y la aplicación de las garantías de explotación y construcción.

En cuanto a los límites de la responsabilidad patrimonial de la Administración, se establecen dos, uno para las expropiaciones y otro para las obras, en base a los reales decretos de adjudicación y las ofertas de los concesionarios, e incrementados los de las obras por los importes de los proyectos modificados y de obras complementarias aprobadas por la Administración y de

las obras adicionales reconocidas conforme a la disposición adicional 41^a de la Ley 26/2009).

Con lo que, en definitiva, la controvertida RPA de las autopistas de peaje que quebraron y se encuentran sujetas a la legislación de 1972 y al pliego de 1973, en lo que no resulte modificado por los pliegos de cláusulas particulares de cada concesión, estaba limitada por el techo determinado en los decretos de adjudicación, las ofertas de las sociedades concesionarias (incrementado por los proyectos modificados, complementarios y obras adicionales) y las reglas de liquidación establecidas para el caso de incumplimiento²⁶. Cabe señalar que este acuerdo de interpretación ha sido recurrido ante el Tribunal Supremo por diversas entidades.

Aunque la RPA debería reflejar de algún modo el valor residual del activo que revierte anticipadamente a la Administración, se ha venido percibiendo en los casos recientes, particularmente en la quiebra de las radiales de Madrid, como una compensación injusta en favor del concesionario, que además era responsable de una mala gestión. La realidad es que la RPA no suele ser suficiente para el repago de la totalidad de la deuda de las sociedades concesionarias más allá de perder el capital invertido.

Tal y como se ha explicado en el apartado precedente, en la actualidad, estas determinaciones se corresponden con la regulación de los artículos 280 y 281 LCSP, que establecen los efectos de la extinción distinguiendo cuándo obedece a causas imputables a la Administración y cuándo al concesionario.

²⁶ El proceso de determinación comenzó con el expediente de interpretación iniciado el 15 de noviembre de 2018 a propuesta de la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, en virtud de las competencias que le atribuye el artículo 36.1 de la Ley 8/1972, habiéndose concedido trámite de audiencia durante los meses de noviembre y diciembre a los interesados. Tras este período, y una vez analizadas las alegaciones recibidas, la propuesta de acuerdo se sometió a informe de la Abogacía del Estado y se recabó dictamen del Consejo de Estado, el cual fue emitido el 11 de abril de 2019 y cuyas observaciones fueron incorporadas al texto aprobado. El Consejo de Ministros, en su reunión del día 26 de abril de 2019 —publicado el 7 de mayo de 2019—, a propuesta del ministro de Fomento y como parte del proceso de liquidación de aquellos contratos concesionales resueltos por producirse el concurso de acreedores de las sociedades concesionarias, aprobó el acuerdo de interpretación en cuanto al método para calcular la llamada responsabilidad patrimonial de la Administración (RPA), con el fin de clarificar las cuestiones que afectan al cálculo de la citada RPA en el ejercicio de la prerrogativa legal de interpretar los contratos administrativos y determinar los efectos de su resolución.

5. ELEMENTOS BÁSICOS DEL CONTRATO CONCESIONAL

A continuación, se enumeran todos los elementos que intervienen en el contrato concesional, algunos de los cuales ya se han abordado en el apartado anterior desde un punto de vista jurídico. Se analizarán desde el punto de vista de su aplicación efectiva y de la experiencia disponible hasta la fecha, incidiendo en aquellos que presentan un comportamiento más crítico para el funcionamiento del modelo.

5.1. INVERSIÓN INICIAL

En los contratos de concesión que incluyen la construcción, suele ser muy relevante la inversión inicial, ya que exige al concesionario aportaciones muy elevadas de recursos propios, con una relación capital-deuda de 20-80.

En general, el concesionario no comienza a recibir ingresos hasta finalizada la construcción, que suele durar unos cuatro años (en función de las dificultades de tramitación del proyecto y de la obra), siendo los primeros años de explotación muy deficitarios.

La inversión inicial condiciona el endeudamiento y este, los costes financieros. La inversión viene determinada por los siguientes costes: proyecto, construcción, expropiaciones, instalaciones y equipos, intereses intercalares en fase de construcción, seguros, dirección de obra, gastos generales y de gestión y costes de preoperación, según los casos. Una desviación (en más o en menos) de los costes de inversión previstos tiene una influencia considerable en la rentabilidad de la concesión. Aunque, generalmente, la partida más importante de la inversión es la construcción, son de sobra conocidos, por ejemplo, los sobrecostes que en expropiaciones se produjeron en el caso de las radiales de Madrid.

En cuanto a los costes financieros, dado el nivel de endeudamiento de las sociedades concesionarias, son un elemento fundamental, sobre todo en la primera fase de la concesión. Están directamente relacionados con los tipos de interés existentes en el mercado, a los que hay que añadir los diferenciales y las comisiones

aplicadas. Los costes financieros se encuentran también vinculados a los riesgos de la concesión. Los bancos asumen el riesgo de los flujos del proyecto y, por lo general, no hay recurso al accionista. Se acude por tanto al *project finance* como fórmula de financiación.

5.2. PLAZO

El plazo vendrá determinado en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en el marco de lo previsto en la legislación. Las sucesivas leyes de contratos han contemplado plazos distintos para las concesiones. Como ya se ha indicado, de acuerdo con la vigente LCSP, los plazos se calcularán en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto.

Si la concesión de obras o de servicios sobrepasara el plazo de cinco años, la duración máxima no podrá exceder el tiempo que se estime 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 (incluyendo tanto las iniciales como las realizadas a lo largo de la concesión) para alcanzar los objetivos contractuales específicos.

En cualquier caso, de acuerdo con la LCSP, la duración de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios no podrá exceder de los siguientes plazos, incluyendo las posibles prórrogas:

- 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 servicios.
- 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 una prestación de servicios sanitarios.

La Ley, además, incluye, como también se ha indicado, un condicionante adicional: el período de recuperación de la inversión deberá calcularse en base a lo establecido en el Real Decreto de desarrollo de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de Desindexación de la Economía Española, es decir en base al RD 55/2017, de 3 de febrero, concretamente, a su artículo 10 (sobre el que ya se ha profundizado en el apartado 4.3). En dicho artículo, la fórmula se define partiendo de la suma de los flujos de caja con una tasa de descuento definida, 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 doscientos puntos básicos. Esta tasa de descuento debería adaptarse a los plazos y condiciones de riesgo específicas de cada proyecto, resultando hoy insuficiente para atraer al sector privado.

Ya se ha mencionado que el propio real decreto contempla un mecanismo para modificar el instrumento de deuda y el diferencial que sirven de base al cálculo de la tasa de descuento, mediante orden del ministro de Hacienda y Función Pública, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, para adaptarlo a los plazos y condiciones de riesgo y rentabilidad. No obstante, no se ha aprobado ninguna orden ministerial hasta la fecha.

Dada la vida de la norma, sin que la Administración haya procedido a abordar por medio de esta la posibilidad de variar los doscientos puntos básicos de referencia, podría sugerirse una modificación del mecanismo de variación. En este sentido, parece más adecuado otorgar competencias al Organismo Nacional de Evaluación y que este proponga, para grupos de pliegos o incluso en un contexto económico preciso (como el actual, debido a los tipos de interés) para todas las concesiones durante un período de tiempo, que la fórmula del artículo 10 del Real Decreto 55/2017 incorporara otro diferencial (como ya se ha hecho, también excepcional y temporalmente, por medio de real decreto ley para los contratos que se financien con cargo a los fondos Next Generation UE, aumentando los

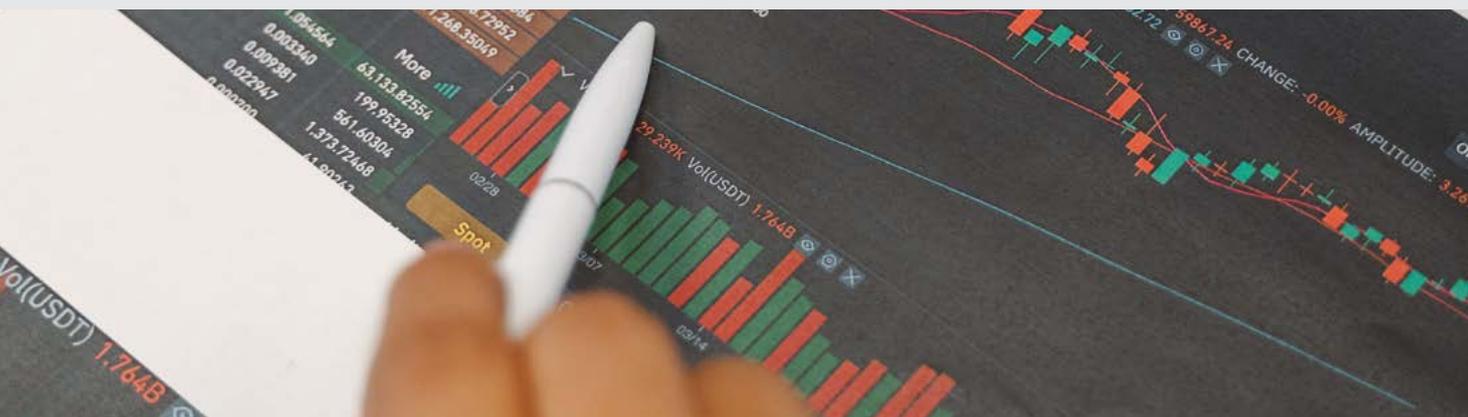
doscientos puntos básicos a trescientos y modificando el instrumento de deuda del bono a diez años al bono a treinta años, a la vista del contexto). La propuesta de la Oficina Nacional de Evaluación (ONE), analizada la situación económica objetiva, debería dar lugar a un acuerdo del Consejo de Ministros, previo paso por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, que abarcara, como se ha dicho, un conjunto de pliegos concretos o, simplemente, la variación de la cifra para un período específico. En definitiva, se trata de permitir un mecanismo jurídico efectivo y riguroso que pueda atender a las circunstancias del momento de la licitación, otorgando las suficientes garantías jurídicas (evitando la dispersión).

5.3. RIESGO/RENTABILIDAD

Una de las características del contrato concesional es la asunción de riesgo por parte del concesionario (tal y como ya se recogía en la Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública). La LCSP indica que, respecto a los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, merece destacarse que en ambas figuras debe haber necesariamente una transferencia real del riesgo operacional de la Administración al concesionario.

Las concesiones de infraestructuras están sujetas a numerosos riesgos: de diseño, de construcción, de expropiaciones, de demanda, de disponibilidad, de financiación, de cambios normativos o legislativos, de fuerza mayor, etc.

Es preciso acotar qué riesgos asume cada parte, siendo lo más apropiado que cada una de ellas (Administración y concesionario) asuma los que pueda controlar y gestionar mejor. En este sentido, por ejemplo, si bien las concesiones de autopistas de peaje trasladaban el riesgo de las expropiaciones a la sociedad concesionaria, los últimos estudios de viabilidad del Ministerio de Transportes para la construcción y conservación de autovías han reconsiderado esta cuestión y han decidido que lo asuma la Administración concedente.



También se han adoptado medidas para mitigar los riesgos que podía asumir la sociedad concesionaria; por ejemplo, la Ley de Autopistas ya contemplaba avales del Estado para garantizar recursos ajenos, subvenciones a fondo perdido, anticipos reintegrables cuando el tráfico fuera insuficiente, bonificaciones fiscales, etc.

La rentabilidad que se espera de un proyecto está asociada al riesgo que se asume, y a mayor riesgo, mayor será la rentabilidad esperada. Sin embargo, la rentabilidad que puede obtenerse actualmente se encuentra condicionada por la aplicación de la Ley de Desindexación.

La rentabilidad de la concesión vendrá también determinada por la demanda, en el caso de haberse definido a partir de ella. Así, por ejemplo, en una autopista de peaje, el volumen de tráfico será un parámetro fundamental. El tráfico en una autopista que ni siquiera se ha construido es difícil de prever; estará condicionado por la población, el nivel de renta de la zona, las regiones que conecta, el desarrollo de estas y las condiciones económicas generales. Además, existe el riesgo de cómo evolucionará esta demanda en el tiempo, ya que en el plazo de la concesión podrían ejecutarse vías alternativas o ser competitivos otros modos de transporte.

5.4. EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO / RIESGO Y VENTURA

El equilibrio económico-financiero consiste en el ajuste entre el coste de las obligaciones que asume la concesionaria y los ingresos que percibe (ya sean mediante tarifas a los usuarios, cánones o cualesquiera otras que se contemplen en el contrato). Este concepto está directamente relacionado con el de riesgo y ventura, que implica que la sociedad concesionaria se hace acreedora de los rendimientos y beneficios de la actividad, mientras que ha de soportar los perjuicios derivados de la ejecución del contrato que sean ajenos a la actuación de la Administración.

Es necesario que exista un adecuado balance entre los principios de riesgo y ventura y el equilibrio económico-financiero.

De acuerdo con nuestra normativa, jurisprudencia y doctrina, se han reconocido como excepciones al riesgo y ventura del concesionario, dando derecho al reequilibrio de la concesión, las siguientes:

- Fuerza mayor: definida de acuerdo con el artículo 239 de la Ley de Contratos del Sector Público, incluye los siguientes casos: incendios por electricidad atmosférica, fenómenos naturales catastróficos

(maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, inundaciones, etc.), destrozos en tiempos de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves de orden público. Se hace notar que la COVID-19 no ha sido reconocida por la Administración como caso de fuerza mayor.

- Modificaciones impuestas por la Administración de forma directa o indirecta: *ius variandi* y *factum principis*. En el primero de los casos, la Administración, actuando de forma específica y directa, modifica las condiciones contractuales, incorporando, por ejemplo, obras adicionales al contrato o modificando el régimen de tarifas. En el segundo caso, la Administración adopta una medida de carácter general que incide indirectamente en el contrato concesional. En ambos supuestos, no solo tiene que aceptarse que se han producido estas circunstancias, sino que además debe constatarse que se ha producido una ruptura sustancial del equilibrio económico-financiero de la concesión.
- Riesgo imprevisible: este caso se produce por causas ajenas tanto a la Administración como a la sociedad concesionaria cuando concurren circunstancias objetiva y razonablemente imprevisibles. Es necesario analizarlo para cada caso concreto.

Cuando se den algunas de estas circunstancias, así como las que pudiera contemplar expresamente el pliego del contrato, y se demuestre que se ha producido un desequilibrio, será necesario restablecer las condiciones iniciales de la adjudicación. Una consideración a tener en cuenta en la elaboración de los pliegos es qué parámetro debe considerarse para la valoración cuantitativa del citado desequilibrio (podría considerarse, por ejemplo, la tasa interna de retorno del proyecto) y qué variación debe producirse en él para que se considere que el desequilibrio se produce. El reequilibrio se lleva a cabo mediante la modificación de alguna de las características de contenido económico del contrato: tarifa al usuario, canon a abonar por la Administración, préstamos participativos, pagos directos al concesionario, mediante variación del plazo de la concesión o una combinación de todas ellas.

Por otra parte, conviene destacar que la ruptura del equilibrio de la concesión también puede venir motivada por actuaciones que beneficien excesivamente al concesionario, debiendo contemplarse también en estos supuestos el reequilibrio de la concesión. Un ejemplo de este tipo podría ser el de la obtención por parte del concesionario de unas condiciones más ventajosas en su financiación respecto de las inicialmente previstas, o la obligación de utilizar una autopista para los vehículos pesados, lo que podría inducir un tráfico adicional en una autopista.



6. EL MARCO ORGANIZATIVO

6.1. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA GESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN

La normativa española regula los órganos competentes en materia de contratación, tanto los que son de contratación propiamente dicha (en el ámbito estatal²⁷, puesto que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público es legislación básica, pero no todos sus artículos lo son) como los denominados órganos de asistencia, que, a diferencia de lo que su denominación parece indicar, cobran relevancia por cuanto sobre ellos descansa la contratación en la práctica: se trata de las mesas de contratación y la mesa especial del diálogo competitivo o del procedimiento de asociación para la innovación.

La importancia de las mesas de contratación radica en que son las que, con carácter general, tramitan el expediente de contratación como órgano de asistencia técnica especializada, incluyendo la calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos y, en su caso, el acuerdo de exclusión de los candidatos o licitadores que no acrediten dicho cumplimiento previo trámite de subsanación; la valoración de las proposiciones de los licitadores; la propuesta sobre la calificación de una oferta como anormalmente baja; la propuesta al órgano de contratación de la adjudicación del contrato a favor del licitador que haya presentado la mejor oferta, según proceda de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas particulares que rija la licitación y cuantos otros trámites resulten establecidos según el procedimiento que corresponda.

También se prevén en la norma los órganos consultivos:

- I. la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado —y los órganos equivalentes de las CC. AA. y de Ceuta y Melilla—, que es el órgano específico de regulación y consulta en materia de contratación pública del sector público estatal;
- II. el Comité de Cooperación en materia de contratación pública, que, en el ejercicio de sus com-

petencias, asume compromisos específicos en áreas de acción común de las distintas Administraciones públicas (coordinar criterios de interpretación, elaborar la estrategia nacional de contratación pública, proponer criterios de selección de actuaciones de supervisión, etc.);

III. la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, cuyo objetivo es velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades, en relación con la contratación pública; y

IV. La Oficina Nacional de Evaluación.

Esta última, la ONE, merece una reseña especial, por cuanto analiza la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y de concesión de servicios; se recoge al final del apartado.

Y, por último, cierran las normas de organización y planificación la referencia a la Estrategia Nacional de Contratación Pública, el instrumento jurídico vinculante que, elaborado por el comité de cooperación antes citado, es aprobado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. Para ello, se basa en el análisis de actuaciones de contratación realizadas por todo el sector público, incluyendo todos los poderes y entidades adjudicadores comprendidas en el sector público estatal, autonómico o local, así como las de otros entes, organismos y entidades pertenecientes a los mismos que no tengan la naturaleza de poderes adjudicadores, con un horizonte temporal de cuatro años.

Adicionalmente, cabe mencionar la existencia del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, al que ya se ha hecho referencia con anterioridad, y la intervención en la fiscalización que realiza el Tribunal de Cuentas. También ocupa un papel importante en relación con la actividad contractual

²⁷ Los ministros y secretarios de Estado, los presidentes o directores de los organismos autónomos, entidades públicas empresariales y demás entidades públicas integrantes del sector público estatal y los directores generales de las distintas Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y en su caso, las Juntas de Contratación o la Junta de Contratación Centralizada (art. 323 LCSP).

del sector público la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), aunque, al tratarse de un órgano independiente de la propia Administración pública, su análisis excede con mucho el propósito de este apartado.

6.2. LA OFICINA NACIONAL DE EVALUACIÓN

La Oficina Nacional de Evaluación (ONE) fue creada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público mediante la introducción de la disposición adicional trigésimo sexta del entonces vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, con la finalidad de llevar a cabo la evaluación de la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión de obras y de servicios, así como los acuerdos de restablecimiento del equilibrio económico que deban adoptarse en estos tipos de contratos, conforme a lo establecido en la propia disposición.

La LCSP, 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, configura en su artículo 333 la ONE como órgano colegiado integrado en la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, posibilitando la participación del sector privado y de las Administraciones autonómicas y locales.

Entre otras cuestiones, el citado artículo 333 establece que, mediante orden del ministro de Hacienda y Función Pública, a propuesta de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, se determinará la organización y funcionamiento de la misma, sin perjuicio de la utilización de medios especializados complementarios que sean aportados por los órganos representados en la Oficina Nacional de Evaluación.

Si bien, hasta la fecha, no se ha aprobado la citada orden ministerial, sí que se ha elaborado ya, y ha sido

sometida a trámite de audiencia e información pública con fecha de 7 de julio de 2021.

Entre las funciones previstas de la ONE en el artículo 333 se encuentra la de informar con carácter preceptivo y previamente a la licitación los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios en los casos en los que se realicen aportaciones públicas a la construcción o explotación, medidas de apoyo a la financiación del concesionario cuando se asuman total o parcialmente las tarifas por parte del poder adjudicador y cuando el importe de las obras o los gastos de primer establecimiento superen un millón de euros.

Estos informes evaluarán si la rentabilidad del proyecto, obtenida en función del valor de la inversión, las ayudas otorgadas, los flujos de caja esperados y la tasa de descuento establecida, es razonable en atención al riesgo de demanda que asuma el concesionario. En dicha evaluación, se tendrá en cuenta la mitigación que las ayudas otorgadas puedan suponer sobre otros riesgos distintos del de demanda, que habitualmente deban ser soportados por los operadores económicos.

En los contratos de concesión de obras en los que el abono de la tarifa concesional se realice por el poder adjudicador, la ONE evaluará previamente la transferencia del riesgo de demanda al concesionario. Si este no asume completamente dicho riesgo, el informe evaluará la razonabilidad de la rentabilidad.

Asimismo, informará los acuerdos de restablecimiento del equilibrio del contrato en las modificaciones de las obras acordadas por el órgano de contratación por interés público o 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. El informe evaluará si las compensaciones financieras establecidas mantienen una rentabilidad razonable.

6.3. EL MARCO CONTABLE

No se puede abordar el marco organizativo de las concesiones sin referirse a las normas de contabilidad que resultan de aplicación en los distintos modelos de colaboración público-privada tanto a nivel nacional y

de consolidación de cuentas como a nivel de la sociedad concesionaria.

En efecto, el impacto de la inversión pública en las cuentas de las Administraciones públicas y las normas europeas en cuanto a la deuda y el déficit presupuestario son una cuestión relevante para considerar en un proyecto de colaboración público-privada.

El 11 de febrero de 2004, la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas (Eurostat) adoptó una decisión relativa al tratamiento contable en las cuentas nacionales de los contratos firmados por entidades públicas en el marco de operaciones de colaboración con entidades privadas. Eurostat recomienda que los activos vinculados a un contrato de colaboración público-privada se consideren activos no públicos y, por consiguiente, no se registren en el balance de las Administraciones públicas cuando se cumplan las dos condiciones siguientes:

1. El socio privado soporte el riesgo de construcción;
2. El socio privado soporte al menos uno de los dos riesgos siguientes: el de disponibilidad y el vinculado a la demanda.

En los años siguientes, la aplicación de esta regla fue haciéndose cada vez más estricta, de acuerdo con el marco normativo del Sistema Europeo de Cuentas (SEC) 2010, y posteriormente fue objeto del Reglamento n.º 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al Sistema de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. Fueron numerosos los proyectos recalificados, creando una fuerte incertidumbre sobre la capacidad de un Estado para desconsolidar los proyectos ejecutados como colaboración público-privada.

Estas normas, en cuanto a la deuda y el déficit presupuestario, son a menudo un tema que dificulta e incluso impide aplicar modelos de colaboración público-privada. Los proyectos de infraestructura han sido

bloqueados estos últimos años en gran medida por la consolidación de la deuda y las consecuencias sobre las cuentas públicas, a pesar de su utilidad pública y de los buenos estudios de impacto de algunos de ellos. Sin embargo, los principios de esta consolidación no son siempre precisos y claros.

Para hacer frente a esta incertidumbre, el Centro Europeo Experto en Colaboración Público-Privada (EPEC, por su sigla inglesa), creado en 2008, junto con el Banco Europeo de Inversiones (BEI) y en estrecha colaboración con la Comisión de la Unión Europea y Eurostat, elaboró en 2016 una guía que aclara algunas de las condiciones en las que un proyecto de colaboración público-privada puede ser considerado consolidable o no en las cuentas nacionales.

Finalmente, en cuanto a las normas de contabilidad que se aplican a las sociedades concesionarias, hay que indicar que estas deben cumplir con lo establecido en el Real Decreto 1514/2007, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (PGC), así como con el Real Decreto 602/2016, de 2 de diciembre, por el que se modifica el PGC 2007.

Resultan también de aplicación para las sociedades concesionarias las normas de adaptación del PGC a las empresas concesionarias de infraestructuras públicas, aprobadas por la Orden EHA/3362/2010, de 23 de diciembre, junto con las disposiciones de obligado cumplimiento aprobadas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas en desarrollo del PGC y sus normas complementarias. Esta orden ministerial ha generado ciertas dificultades, en particular, en lo relativo a la amortización del activo y a la calificación contable de algunas concesiones como activo financiero, reclamando en algunos casos las sociedades concesionarias un derecho incondicional de cobro, bien porque la entidad concedente garantiza el pago de importes determinados, bien porque garantiza la recuperación del déficit, entre los importes recibidos de los usuarios del servicio público y los citados importes.



7. CONTRATO CONCESIONAL. MODELOS DE FINANCIACIÓN Y TIPOLOGÍAS DE CONTRATOS: EL PAGO POR USO

A continuación, se van a describir los diferentes modelos de financiación de los proyectos de colaboración público-privados y los diversos tipos de contratos concesionales en función de diversos criterios.

7.1. LOS MODELOS DE FINANCIACIÓN

7.1.1 La financiación pública

La financiación pública de la construcción de infraestructuras viarias mediante el contrato de obras es el método tradicional y más frecuentemente utilizado, en el que se abona al adjudicatario el precio a medida que se presentan las certificaciones de obra. Con este sistema, la propia Administración invierte directamente en la realización del proyecto mediante el recurso al endeudamiento total o parcial, en función de los recursos disponibles.

La financiación pública tiene su origen, en última instancia, en los impuestos, los precios públicos y las tasas pagadas por los ciudadanos, y en función de la tipología del instrumento del que provengan los fondos necesarios para la inversión se pueden diferenciar entre:

- **Impuestos generales:** se utilizan cuando no se pretende vincular directamente al usuario final con la financiación.
- **Impuestos específicos:** permiten vincular directamente los ingresos tributarios con las inversiones relacionadas con el hecho imponible.
- **Precios públicos y tasas:** si se aplican, el usuario del servicio asume total (precios) o parcialmente (tasas) el coste.

Sin embargo, en los períodos de desaceleración económica, cuando hay un menor crecimiento de los ingresos impositivos, con este modelo de financiación disminuye la capacidad de realización de obra pública, que adquiere de esta manera un carácter marcadamente procíclico. Como comentábamos al comienzo de este informe, la manera en la que se han intentado corregir los déficits y enderezar la senda presupuesta-

ria ha sido sacrificando la inversión pública. El control del gasto público y la envergadura de los proyectos impiden mantener la tradicional vinculación entre las infraestructuras y los presupuestos del Estado.

7.1.2 La financiación privada

Existen múltiples tipos de contratos concesionales que se basan en la financiación privada. Son numerosas las posibilidades de colaboración público-privada y se pueden clasificar en función de diversos criterios, tales como sobre quién recae la responsabilidad del diseño, la construcción, la gestión o el pago. Una primera división de modalidades de colaboración público-privada (por sus siglas en inglés) es la siguiente:

- **BOO (modelo de construir, poseer y operar):** una empresa o institución privada financia y gestiona el proyecto bajo una concesión a perpetuidad de la Administración pública que corresponda. La financiación, construcción y gestión del proyecto corren a cargo del sector privado y la intervención pública se limita a los aspectos de control, tales como la seguridad, la calidad del servicio o el importe de las tarifas. Este modelo sí se aproxima mucho a una privatización del activo.
- **BOT (modelo de construir, operar y transferir):** el sector privado se responsabiliza de la construcción de la infraestructura, cuyo diseño es en gran medida proporcionado por la Administración. Se trata de la concesión por un período de tiempo limitado, fijo o variable, pero acordado contractualmente. La financiación y construcción del proyecto corren a cargo del sector privado, y también la gestión, pero solo durante un período de tiempo concreto. Al final del período de concesión, la gestión de la infraestructura pasa a ser pública.
- **BOOT (modelo de construir, poseer, operar y transferir):** se trata de un sistema básicamente igual que el modelo BOT, pero, a diferencia de este, el activo pasa a ser propiedad del consorcio privado que lo explota hasta el momento en que revierte. Esto se traduce en una mayor garantía para el consorcio. En muchos países, la legislación considera que la infraestructura

de interés general es pública, por lo que se impone que los activos sigan siendo propiedad de la Administración pública, aunque estos se encuentren fuera de su balance. Lo anterior impide que jurídicamente se pueda aplicar este mecanismo.

- **BTO** (modelo de construir, transferir y operar): la Administración alquila la gestión de la infraestructura, una vez finalizada su construcción, durante un período de tiempo al sector privado. Suele aplicarse cuando las responsabilidades y riesgos que van asociadas a la construcción lo aconsejan.

- **BBO** (modelo de comprar, construir y operar): una entidad privada compra al sector público determinadas infraestructuras ya existentes, las repara, las moderniza, etc., y las explota durante un período de tiempo. La intervención pública se limita a los aspectos de control. Este sistema suele aplicarse al desarrollo de infraestructuras deterioradas o congestionadas.

- **DBFO** (modelo diseñar, construir, financiar y operar): es muy parecido al mecanismo BOT, con la diferencia de que en este caso el sector privado asume un papel mucho más importante en el diseño del proyecto. En este modelo, el sector privado proyecta, construye, financia y opera una infraestructura sin recibir inicialmente ningún pago del sector público. El sector público colabora en diversos procedimientos administrativos para la obtención de permisos y licencias. El pago se realiza habitualmente a través de la modalidad del sistema de peajes, que pueden ser en sombra. En este último caso, la Administración

difiere los pagos hasta la puesta en servicio de la infraestructura.

- **LDO** (modelo de arrendar, desarrollar y operar): el sector privado arrienda determinados activos de titularidad pública, los repara, mejora, etc., y los explota por un período de tiempo limitado y con un acuerdo de reparto de beneficios con el sector público.

El modelo concesional más empleado en España suele ser el DBFO en las grandes infraestructuras: concesiones financiadas por el sector privado con pagos procedentes de los usuarios o del presupuesto, en el caso de peaje en sombra. Como modalidad de recuperación de la inversión tendríamos el pago por disponibilidad, el peaje en sombra y el peaje en sombra con garantías de demanda mínima.

Otra forma de clasificar las concesiones podría ser la siguiente:

- Concesiones financiadas por el sector privado con pagos procedentes de los usuarios. En estas concesiones encontramos el peaje convencional.

- Concesiones financiadas por el sector privado con pagos procedentes tanto de los presupuestos como de los usuarios. En esta tipología encontramos las concesiones con peaje convencional dotadas de garantías de demanda mínima o pago por disponibilidad.

- Concesiones con financiación mixta que combina pago de los usuarios, pago por disponibilidad y peaje en sombra.

En el subapartado 7.2 se exponen diferentes modalidades de pago por uso.

	 TIPO CPP	 PLAZO	 DISEÑO	 CONSTRUCCIÓN	 MANTENIMIENTO	 TITULARIDAD ACTIVO
BOO	Ilimitado	Concesionario	Concesionario	Concesionario	Concesionario	Concesionario
BOT	Fijo o variable	Administración	Concesionario	Concesionario	Concesionario	Concesionario hasta la reversión
BOOT	Fijo o variable	Administración	Concesionario	Concesionario	Concesionario	Consortio hasta la reversión
BTO	Fijo o variable	Administración	Administración	Administración	Administración	Administración
BBO	Fijo o variable	Concesionario	Concesionario	Concesionario	Concesionario	Concesionario hasta la reversión
DBFO	Fijo o variable	Concesionario	Concesionario	Concesionario	Concesionario	Concesionario hasta la reversión
LDO	Fijo o variable	Actuaciones de reparación	Concesionario	Concesionario	Concesionario	Concesionario hasta la reversión



7.1.3 La financiación mixta

En el caso de financiación mixta, se aplican fórmulas que permiten la participación del sector público. Esto puede provocar que el proyecto y la inversión sean más atractivos para el sector privado. Con este sistema, se trata de combinar recursos públicos y privados, en especial mediante las cláusulas de gestión interesada en materia de servicios públicos, que se traduce en la retribución del concesionario por medio de tarifas a percibir de los usuarios del servicio. Además, este sistema se completa con subvenciones o créditos participativos.

La participación en la financiación por parte del sector público puede darse en las siguientes formas:

- Subvenciones reintegrables o no reintegrables.
- Aportación de garantías al proyecto: financieras, jurídicas o sobre determinadas magnitudes básicas.
- Canon complementario en la sombra.
- Participación en el capital del concesionario.
- Préstamos subordinados con carencia.

La subvención es una ayuda económica que generalmente no es retornable (es decir, a fondo perdido), que se utiliza para proyectos de baja rentabilidad o en los que, por razones de interés público, se imponen unas tarifas que no cubren el coste de la infraestructura (como pueden ser los denominados «peajes blandos»). El crédito participativo es, en esencia, un préstamo de la Administración en el que el concesionario contrae la obligación de devolver su capital y cuyos intereses se pactan en función de los beneficios o ingresos que se generen vía tarifas, y siempre subordinado a los créditos comerciales.

Una solución cada día más frecuente es la financiación cruzada, que permite construir una dotación con los recursos obtenidos de la explotación de otra siempre que ambas sean complementarias.

Además, y en lo que a financiación pública concierne, existe la posibilidad de que una obra pueda ser financiada con aportaciones de Administraciones distintas a la que la promueve, a través de los correspondientes convenios.

7.2. TIPOLOGÍAS DE CONTRATOS SEGÚN EL PEAJE

7.2.1. Peaje convencional

El sistema de peaje convencional es aquel en el que la Administración otorga una concesión a la empresa concesionaria para que esta redacte el proyecto, construya, conserve y explote la infraestructura. Bajo esta modalidad, la empresa privada financia la construcción de la infraestructura y a cambio recibe el pago de los usuarios durante el período de la concesión.

Como ejemplo, en España tenemos varias autopistas: AP-6, AP-9, AP-66, AP-68, etc.

7.2.2. Peaje en sombra

En el caso de las autovías, el peaje en la sombra es otra modalidad de financiación de la construcción de infraestructuras públicas. Mediante este modelo, las sociedades concesionarias financian la ejecución de las obras. A lo largo del plazo de la concesión, se abona al concesionario una tarifa por usuario de la vía con el objetivo de compensar las obras ejecutadas, así como las operaciones de conservación y explotación, que también se incluyen en el contrato.

El coste de la infraestructura no se abona, por tanto, a medida que se ejecutan las obras, sino que se diluye durante el tiempo que dura la concesión. Esto implica que el impacto sobre el déficit, si se cumplen las reglas de Eurostat, también se lame durante un amplio período.

En el caso español, la primera autopista financiada bajo la modalidad «peaje en la sombra» fue la de Alcantarilla-Caravaca (Murcia), con una longitud de 63 kilómetros. El Gobierno de Murcia se comprometió a pagar anualmente a la sociedad concesionaria, una vez puestas en servicio todas las obras, de acuerdo con unas tarifas por vehículo que variaban en función de unas bandas de tráfico, de forma que a mayor tráfico, menor era la tarifa. La Administración se comprometió a abonar el canon correspondiente al tráfico mínimo previsto en caso de no alcanzarse. Por otra parte, se establecieron unas intensidades de tráfico diferenciadas para vehículos ligeros y pesados, a partir de las cuales, la Administración pagaba una tarifa cero. Es decir, la sociedad concesionaria tenía garantizado un tráfico mínimo y el Gobierno de Murcia, un tráfico máximo. Esta concesión contemplaba la actualización de las tarifas, así como un indicador en función de la accidentalidad. La sociedad concesionaria se debió financiar para poder acometer el proyecto a través de un préstamo *project finance*. El plazo de concesión de esta autopista fue de 27 años y el del préstamo, de 21 años. La adjudicación del proyecto se produjo en septiembre de 1999.

7.2.3. Pago por disponibilidad

Se trata de un sistema mediante el cual el concesionario construye y mantiene la infraestructura durante el plazo establecido en el contrato. La Administración, por su parte, abona un canon anual que está sujeto a deducciones si no se cumplen ciertos parámetros de disponibilidad de la infraestructura y que, por tanto, no depende del tráfico.

Bajo esta modalidad de peaje se reduce el posible impacto que pudiera producirse en el equilibrio económico-financiero de la concesión que pudiera producir la variación entre el tráfico real y el previsto. Esta particularidad proporciona a la empresa concesionaria unos ingresos más previsibles.

Esta modalidad de colaboración público-privada suele resultar atractiva para muchas empresas privadas debido a la estabilidad del negocio y a la previsibilidad de los ingresos. Sin embargo, la rentabilidad suele ser más ajustada en comparación con modalidades de peaje convencional o peaje en sombra.

Al igual que en el caso del peaje en sombra, este sistema representa un endeudamiento de la Administración a medio y largo plazo, comprometiendo partidas presupuestarias durante el período de la concesión. Este modelo representa un riesgo más bajo que los anteriores, ya que solo existe el riesgo crediticio del pagador, lo que permite mayores ratios de endeudamiento gracias a una mayor visibilidad y una menor volatilidad de los riesgos de caja.

7.2.4. Peaje blando

Bajo este tipo de peaje, el coste por kilómetro de autovía es menor que el que se aplica en las autopistas con peaje convencional. Esta modalidad de peaje se utiliza en aquellas infraestructuras concesionadas de baja rentabilidad o en las que, por razones de interés público, se imponen unas tarifas que no cubren el coste de la infraestructura.

TIPO DE PEAJE	PAGO
Peaje convencional	Usuario
Peaje en sombra	Administración según demanda
Pago por disponibilidad	Administración según parámetros calidad
Peaje blando	Mixto usuario-Administración



8. LA PROPUESTA DEL GOBIERNO DEL PAGO POR USO

No podemos dejar de mencionar en este informe la propuesta del Gobierno de implantar un pago por el uso de la red de alta capacidad. Evidentemente, el pago por uso no significa en sí mismo que lleve aparejado una concesión a una empresa privada del sistema; sin embargo, sí es frecuente que el pago por el uso de las infraestructuras viarias vaya ligado a un contrato de concesión.

El sistema del pago por uso en las vías de alta capacidad ha venido siendo estudiado por los diferentes equipos de gobierno a lo largo de los últimos años, así como también por algunos Gobiernos autonómicos, sin que finalmente se haya llevado a cabo su implantación.

La necesidad de hacer frente a unos gastos crecientes en el mantenimiento de la red viaria, más aún con la reversión al Estado de varias autopistas de peaje en estos años, ha sido determinante en la preocupación del Gobierno por implantar un sistema de pago por el uso de la red viaria de alta capacidad. El Gobierno actual, en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia remitido a Bruselas, ha contemplado el pago por uso de parte de la red viaria a partir de 2024. El anterior ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, José Luis Ábalos remitió dicho plan la pasada primavera, abriendo así un debate al respecto entre la mayoría de los agentes sociales, las Administraciones y las fuerzas políticas.

La falta de consenso y la polémica suscitada por las medidas propuestas por el Gobierno para la implementación del pago por uso determinaron la retirada del plan. El calendario remitido a Bruselas preveía que el texto se elevara en el primer semestre de 2021 al Consejo de Ministros para una primera lectura.

No obstante, la actual ministra de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana quiere reabrir el debate y volver a retomar un plan para el pago por uso de las carreteras. Así lo puso de manifiesto en su primera comparecencia en la Comisión de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana del Congreso en septiembre de 2021. En su comparecencia, Raquel Sánchez señaló la necesidad de iniciar un diálogo transparente con los grupos políticos, los agentes sociales y la Administración sobre el futuro y la sostenibilidad de la red de carreteras del Estado.

Indicó que la nueva Ley de Movilidad Sostenible y Financiación del Transporte se llevaría a primera lectura en Consejo de Ministros antes de que acabase el 2021. En palabras de la ministra: «La ley debe, entre otros aspectos, establecer normas y procedimientos claros para seleccionar inversiones, fijar la financiación del transporte público, resolver las inconsistencias del modelo viario, profundizar en la normativa de seguridad, fijar principios y responsabilidad de colaboración entre Administraciones y avanzar en la sostenibilidad financiera de las infraestructuras de transporte».

Raquel Sánchez puso de manifiesto y remarcó el importante déficit de inversiones en el mantenimiento de la red de carreteras, el cual se ha incrementado notablemente en los últimos años con nuevos kilómetros de infraestructuras puestos en servicio. Con el propósito de paliar estas deficiencias, indicó que el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana está trabajando «en una propuesta de tarificación de la red de carreteras de alta capacidad del Estado, basada en el principio de equidad territorial, seguridad vial y sostenibilidad ambiental, que será sometida a un diálogo transparente con los grupos políticos, los agentes sociales y también, como ya hemos indicado en múltiples ocasiones, con las Administraciones competentes».

No se conoce todavía ningún detalle en lo relativo a plazos, carreteras y demás cuestiones, pero se definirán en la propuesta que realice el Ministerio más adelante. Los Presupuestos Generales del Estado de 2021 contemplaban 1240 millones EUR dedicados a la conservación de carreteras, una cantidad absolutamente insuficiente para cubrir las necesidades que en esta materia necesita la red viaria del país.

Entre otros argumentos que han llevado al Gobierno a plantear el pago por uso está el de que, en España, únicamente en la red de alta capacidad, el 15 % es de pago, una cifra muy inferior al de la media de los países de la UE. También está la justificación medioambiental, ya que el transporte por carretera es responsable de la tercera parte de emisiones de gases de efecto invernadero, lo que justifica la aplicación del principio de que «quien contamina paga».

La propuesta inicial del Gobierno apuntaba a implantar el pago por uso en 2024. En primer lugar, aparentemente, se aplicaría el cobro en la red de alta capacidad de las carreteras de la red de interés general del Estado. A continuación, estas medidas podrían extenderse a unos 5200 kilómetros de vías de titularidad de las comunidades autónomas.

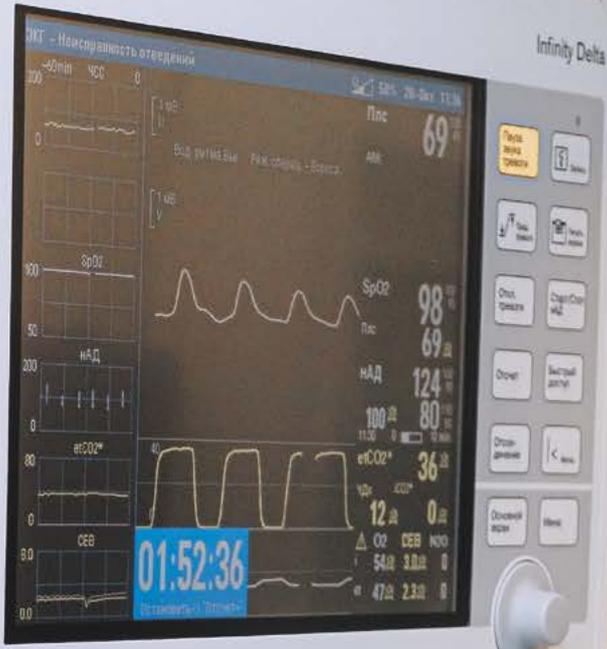
En relación con los precios que se aplicarían, estos podrían oscilar entre 1 y 1,5 céntimos de euro por kilómetro para turismos y unos 5 céntimos de euro para vehículos pesados. Esto supondría que un viaje en un turismo entre Madrid y Barcelona costaría entre 6 y 9 euros. Y entre Valencia y Barcelona, o viajar de Madrid a Valencia, costaría aproximadamente la mitad. Estas medidas afectarían a todos los usuarios de las carreteras, tanto a conductores particulares como a transportistas, y sean nacionales o extranjeros.

En el plan inicial se planteaba aplicar bonificaciones a determinados colectivos y usuarios habituales en ciertos tramos de la red.

Uno de los métodos de pago posibles sería el de la instalación de pórticos en las carreteras de alta capacidad y en los ramales o vías de incorporación o salida. Mediante un sistema electrónico, se remitiría un cargo a la cuenta corriente del propietario del vehículo. La inversión de este sistema se estima que alcance unos mil millones de euros.

Existe la posibilidad de implementar el sistema de la viñeta en las carreteras de alta capacidad de forma temporal, hasta la entrada del pago por uso mediante telepeaje. Esta medida consiste en una tarifa con temporalidad acotada (anual, mensual, semanal y diaria) que da derecho al uso de las vías en las que se implante. Podría empezar en 2023, por un período de tiempo limitado, como paso intermedio hasta la implantación de un pago por uso mediante telepeaje. La viñeta es una opción que tiene el Gobierno, de implantación rápida y costes reducidos, para cumplir así con el compromiso adquirido con la Unión Europea en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.





9. EL MODELO CONCESIONAL Y LA PRESTACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

Hasta aquí hemos venido haciendo una descripción del nuevo marco legal español de las concesiones de obras y servicios, cuyas líneas básicas vienen trazadas por las directivas comunitarias, y hemos puesto el foco principalmente en las infraestructuras de transporte viarias. Pero el modelo concesional tiene, tanto desde el punto de vista conceptual como en la práctica de los países, un recorrido mucho más largo. A continuación, vamos a describir cómo ha operado en España el modelo concesional y cómo se han diseñado los contratos en dos sectores de gran importancia para la economía nacional, y con un impacto social muy elevado: el sector de la salud y el del agua.

9.1. LAS CONCESIONES DE HOSPITALES

Son numerosas las concesiones de hospitales en España: Toledo, Santander, Torre Vieja, etc. Concretamente, en el ámbito del Plan de Infraestructuras Sanitarias 2004-2007 de la Comunidad de Madrid, se licitaron siete hospitales en concesión: San Sebastián de los Reyes, Coslada, Arganda, Vallecas, Aranjuez, Parla y Puerta de Hierro-Majadahonda.

Las concesiones incluían el proyecto, construcción y explotación de una serie de servicios no sanitarios (doce en los seis primeros y trece en el de Puerta de Hierro)²⁸. Se licitó también en concesión el hospital de Valdemoro, que además incluía servicios sanitarios.

El plazo de estas concesiones es de treinta años desde la formalización del contrato, si bien se contempla la posibilidad de prorrogarlo hasta el máximo previsto por la ley de aplicación (texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), es decir hasta los cuarenta años. Desde la puesta en funcionamiento del hospital, la sociedad concesionaria comienza a percibir el canon, aunque la prestación del servicio al usuario comenzara seis meses después (plazo necesario para la organización del equipamiento médico).

Se trata de un contrato por disponibilidad, sujeto a parámetros de calidad de servicio, que pueden penalizar reduciendo el importe a percibir por la sociedad concesionaria.

El canon, revisable anualmente con el IPC, se definía en el pliego, que establecía la posibilidad de que el licitador, en su oferta, propusiera una parte fija y otra variable, que estaría sujeta a los indicadores de servicio y que, como mínimo, era del 60 %. En algunos casos, las adjudicatarias ofertaron el 100 % del canon variable.

Estas concesiones incluyen la posibilidad para el concesionario de realizar explotaciones comerciales, como, por ejemplo, aparcamiento subterráneo, cafetería de público y comedor de personal, telefonía y televisión en las habitaciones, máquinas de venta automática, etc.

Asimismo se permite la propuesta de medidas de eficiencia energética. Los consumos son abonados por la CAM y los ahorros que se producen en base a las medidas de eficiencia se reparten a partes iguales entre la CAM y la sociedad concesionaria (acometiendo esta última las inversiones necesarias a su cuenta).

En cuanto a la actividad sanitaria, esta se realiza directamente por la CAM y los efectos que tenga en la explotación de los servicios no hospitalarios para la sociedad concesionaria se consideran parte del riesgo y ventura, no habiéndose reconocido hasta la fecha ninguna modificación del canon vinculada a incrementos en la actividad sanitaria. El pliego contempla un nivel de ocupación esperado y sí considera determinados ajustes por volumen de estancias de hospitalización y de intervenciones quirúrgicas sobre el nivel de ocupación previsto en el pliego. Por ejemplo, en el caso del hospital de Parla, contempla una ocupación del 85 %, así como los siguientes ajustes:

- Ocupaciones de entre el 80 % y el 90 %: se aplica el mismo canon.
- Ocupaciones de entre el 90 % y el 100 %: se liquidan positivamente a favor de la sociedad concesionaria.

²⁸ Servicios incluidos en los contratos: limpieza, seguridad, gestión de restauración, residuos urbanos y sanitarios, conservación de viales y de jardines, lavandería, esterilización, desinsectación y desratización, transporte externo/interno, gestión de almacenes y distribución, gestión de personal administrativo y, adicionalmente, en el Puerta de Hierro, gestión del archivo. El contrato de concesión del Puerta de Hierro incluía la construcción del hospital en Majadahonda y el traslado desde Puerta de Hierro.

- Ocupaciones de entre el 70 % y el 80 %: se liquidan negativamente para la sociedad concesionaria.
- Ocupaciones por encima del 100 % o por debajo del 70 %: se realiza una revisión de las tarifas ofertadas para el volumen (en más o en menos) que se produzca; por ejemplo, las vinculadas al precio de restauración.

Por aportar un orden de magnitud, en el caso del hospital de Parla, la inversión inicial fue de 74,5 millones EUR (sin IVA), siendo el canon, a euros constantes de 2005, de 12,10 millones EUR/año. En este caso, y según la oferta de la sociedad concesionaria, que es contractual, la parte variable ofertada fue del 80 %.

Para cada uno de los servicios incluidos en el contrato se definen una serie de indicadores (aproximadamente 25 para cada uno de ellos) y se establece el tipo de fallo, el tiempo de respuesta y el de corrección. El fallo puede ser de disponibilidad (fallos del servicio que afectan a la operatividad y la correcta prestación de los servicios sanitarios, así como la disponibilidad por parte de la Administración de áreas funcionales del hospital o parte de las mismas) o de calidad (inciden en la calidad objetiva y percibida del servicio). Por parte de la Administración, existe una unidad técnica de control que evalúa los niveles de disponibilidad y calidad de la prestación del servicio y determina los factores de corrección (a la baja), definidos en el Pliego tanto por la zona del centro sanitario como por la categoría del servicio. En general, estos numerosos indicadores no requieren de medición y su aplicación se lleva a cabo mediante las incidencias, que se recogen en un sistema de registro de incidencias.

Además de los factores aplicados sobre la parte variable del canon, el pliego define una serie de penalizaciones de hasta 35 000 € (euros 2005). Pueden imponerse también multas coercitivas de 3000 €/día si persiste en su incumplimiento, e incluso incautar la garantía definitiva o secuestrar la concesión.

Existen, además, controles adicionales: de acuerdo con el pliego, el 0,05 % de la parte variable anual del canon ofertado se destina a realizar auditorías de calidad y funcionamiento de los servicios de explotación (esta cantidad se pone a disposición de la Administración,

que contrata las auditorías). Adicionalmente, se realiza una auditoría anual de las cuentas de la sociedad concesionaria y otra bianual, operativa, de funcionamiento de los servicios para evaluar el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

En cuanto a la rentabilidad de estos contratos, la TIR del proyecto del hospital de Parla fue del 6,35 %, aproximadamente (TIR del accionista, 8,02 %) y la del hospital de Coslada, del 5,78 % (con una TIR del accionista de 11,11 %). El capital social no podía ser inferior al 10 % de la inversión total y los recursos propios tenían que superar el 15 % de la inversión, pudiendo los accionistas otorgar préstamos participativos y subordinados, así como primas de emisión.

De acuerdo con el pliego, el contrato debe mantener las condiciones de equilibrio económico-financiero en los términos considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés de la sociedad concesionaria. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico-financiero del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, exclusivamente en los siguientes supuestos:

- Cuando la Administración modifique, por razones de interés público motivadas por necesidades nuevas o causas imprevistas, las condiciones de construcción y explotación (en esta línea, ya se han reconocido reequilibrios motivados por incrementos de la inversión en fase de construcción).
- Cuando causas de fuerza mayor, definidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 144 del TRLCAP, o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión.
- Cuando se produzcan una refinanciación de la sociedad concesionaria o nuevas explotaciones comerciales.
- Cuando se acuerde la resolución del contrato.

Es importante resaltar que estos contratos recogen de forma expresa los reequilibrios a favor de la Administración. Por ejemplo, deberá reequilibrarse la concesión en el supuesto de que se produzca una refinanciación posterior a la adjudicación, que suponga un beneficio

para la sociedad concesionaria sobre la inicialmente prevista. El resultado de este beneficio se reparte a partes iguales entre la sociedad concesionaria (que verá incrementada su TIR del accionista respecto a la de su oferta) y la Administración (que reducirá el canon a abonar a la sociedad concesionaria). Cuando se incorpore al contrato alguna oportunidad adicional de explotación de la zona comercial, se procederá en los mismos términos.

Exceptuando el supuesto de resolución del contrato, unas mejores condiciones en la refinanciación o nuevas explotaciones comerciales, el restablecimiento del equilibrio económico-financiero se realizará mediante la adopción de alguna de las medidas siguientes, que pueden combinarse:

- Modificación del canon.
- Ampliación o reducción del plazo del contrato dentro de los plazos máximos previstos en el artículo 263.1 del TRLCAP (cuarenta años).
- Autorización para aprovechamientos comerciales adicionales.
- Cualquier otra modificación de las cláusulas de contenido económico.

El reequilibrio económico-financiero da lugar a la revisión del modelo económico-financiero del contrato sobre la base de las condiciones contenidas en la oferta, con la premisa de que se mantenga la TIR del accionista.

Si bien se han reconocido a la sociedad concesionaria inversiones adicionales, que se han abonado mediante liquidaciones anuales, no se han reconocido reequilibrios motivados por el efecto de la COVID-19, lo que genera tensiones en el modelo, ya que estas inversiones llevan asociadas en algunos casos más ocupación de espacios y más servicios. Un ejemplo podría ser el de la gestión de los residuos biosanitarios: según datos de la propia CAM, en el segundo trimestre de 2020 se observó un importante incremento respecto de las cantidades generadas en ejercicios anteriores, con un incremento medio de su peso del 200 % e incrementos puntuales de hasta el 485 %.

No han sido tampoco reconocidas por la Administración ni por los tribunales (que lo consideraron en el ámbito del riesgo y ventura) las solicitudes de restablecimiento del equilibrio económico-financiero motivado por la necesaria adaptación a la Orden EHA/336/2010, por la que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas concesionarias de infraestructuras públicas. En el caso de los hospitales, la concesión pasó de ser contabilizada como inmovilizado intangible a activo financiero. Este cambio en la calificación contable tiene efectos en el plan económico-financiero de la concesión y fue valorada por alguna sociedad concesionaria en un 7 % de la TIR del accionista.

9.2. LAS CONCESIONES DE AGUAS

En el ámbito del agua, España ha disfrutado desde el siglo pasado de una gestión especializada a partir de contratos de concesión con empresas consideradas líderes en el sector a escala europea y mundial, situación que está cambiando en los últimos años por diversos motivos, que se explican a continuación.

En primer lugar, habría que señalar las dificultades a las que se enfrentan los ayuntamientos, administraciones competentes para el abastecimiento y saneamiento, a la hora de licitar un contrato concesional, comenzando por la redacción de un pliego. Los pliegos son repetidamente recurridos por las partes interesadas ante el Tribunal de Recursos Contractuales, fundamentalmente por algunas carencias de la LCSP en el ámbito del agua. La jurisprudencia que se va creando va permitiendo perfeccionar los documentos de los concursos, pero a costa de ralentizar las licitaciones.

Ante esta situación, han sido muy pocos los ayuntamientos que han optado en los últimos años por promover una gestión indirecta del agua a través de contratos de concesión que recojan las necesarias inversiones en infraestructuras del ciclo integral del agua.

La especificidad del sector del agua motivó que Europa excluyera de la nueva Directiva Europea de Concesiones de Servicios al sector, mientras que España la ha

recogido en la LCSP, careciendo por completo nuestra ley de ninguna consideración distinta para este tipo de concesiones.

La particularidad del sector del agua viene motivada por tratarse de la gestión de un servicio esencial, de

primera necesidad por su propia naturaleza, y por la gestión de clientes directos que no pueden elegir quién les ofrece el servicio. Esto, junto con la necesidad de poder amortizar las inversiones técnicas que permitan la modernización de los servicios, hacen indispensables contratos de larga duración.



La especificidad del sector del agua motivó que Europa excluyera de la nueva Directiva Europea de Concesiones de Servicios al sector

La duración de los contratos actualmente debe justificarse, en aplicación de la LCSP, en la ejecución de obras concretas, predeterminadas, lo que no siempre es posible conocer en la fase de licitación, por lo que sin duda surgirán como necesarias a lo largo de la vida del contrato. Por otra parte, la no recuperación íntegra de los costes, tal y como exige la Directiva Marco del Agua, no permite la renovación de las infraestructuras actuales, lo que ocasionará un problema de deterioro generalizado en el futuro.

Hasta la última redacción de la Ley de Contratos, las empresas especializadas, que habitualmente tienen otorgadas varias concesiones en distintos municipios, podían compensar pérdidas y ganancias entre las distintas concesiones en su cuenta de resultados. Sin embargo, la nueva Ley de Contratos establece la obligación de llevar una contabilidad analítica separada para cada concesión, incluyéndose en los pliegos la obligación para el licitador de someterse anualmente a una auditoría económica externa.

Esta transparencia contable de cada concesión, cuando los resultados económicos son positivos, está siendo utilizada por algunas Administraciones para no aplicar la revisión ordinaria de la retribución del concesionario, que, tal y como está contemplada en la ley, debe ser periódica y predeterminada, según el sistema de retribución que figure en el pliego, y, por lo tanto, automática y desvinculada del resultado económico. Estas diferencias de criterio entre Administración concedente y concesionario están judicializándose, resolviéndose con carácter general a favor del concesionario. Sí debería, por el contrario, vincularse a los resultados de la contabilidad de la concesión la revisión extraordinaria de tarifas por desequilibrio económico. Esto hace que resulte necesario precisar en los pliegos en qué momento se produce un desequilibrio económico en la concesión a la vista de los resultados de la auditoría, acotando el riesgo y ventura de la empresa concesionaria.

Como en otros sectores, la Ley de Desindexación ha provocado dificultades adicionales, ya que las empresas licitadoras deben presentar en la fase de concurso un modelo económico de la concesión, con una rentabilidad de proyecto muy baja.

Las dificultades para encajar las condiciones de rentabilidad esperadas por los accionistas, las entidades bancarias y los fondos de inversión, con las requeridas por la Ley de Desindexación, han motivado ajustes en las ofertas, que en muchos casos han sido recurridas por el resto de los licitadores en los tribunales de recursos en materia de contratación. Como consecuencia, en todos los casos se ha producido la suspensión del proceso de licitación, en tanto se resuelven estos recursos, alargándolo meses e incluso años y acabando, en general, en procedimientos nulos o desiertos que finalmente han hecho imposible la adjudicación del contrato.

Esta situación, en algunos casos, ha obligado a los ayuntamientos a prorrogar las concesiones anteriores más allá de su duración inicial, o a mantener la forma de gestión que tuviesen con anterioridad al proceso fallido de licitación. En otros casos, a la vista de esta experiencia, los ayuntamientos han decidido evitar este modelo de contrato, prorrogando los contratos actuales o encargando la gestión del servicio a empresas públicas provinciales o a entes mancomunados.

Cuando se decide encomendar la gestión a estos entes públicos, y como consecuencia de la falta de proceso competitivo, el precio final del servicio para el usuario es superior al precio resultante cuando la gestión la realizan las empresas o consorcios privados tras un proceso de licitación. Además, estos entes públicos, amparados en algunos casos por el discurso político de que el agua pública es mejor y sin estar regidos por la normativa que sí aplica a las Administraciones públicas, funcionan muy alejadas de la transparencia que la ley actual sí le exige al concesionario.

Este panorama interno está haciendo que las empresas españolas del sector de la gestión del agua estén orientando cada día más su actividad al negocio internacional. De forma contraria a lo que ocurre en España, donde el precio de adjudicación de la concesión se intenta abaratar a costa de eliminar casi por completo la rentabilidad para el concesionario, son numerosos los países que están atrayendo a las empresas líderes mundiales en gestión del agua (entre las que se encuentran las empresas españolas) con contratos basados en la mejora del precio a través de una gestión

más eficiente, permitiendo al concesionario desplegar su amplia experiencia y conocimientos en el proyecto, mejorando la prestación del servicio y recibiendo a cambio una rentabilidad atractiva, en muchos casos compartida con la Administración concedente, a través de un mecanismo de indicadores de gestión bien diseñados y seguidos por parte de la Administración titular del servicio.

Si España quiere seguir contando con empresas especializadas que mejoren sustancialmente los servicios de gestión del agua, se hace necesario un cambio legal que contemple las particularidades de este sector específico, a semejanza de lo previsto en el ámbito europeo.

En cuanto a los indicadores de servicio, podrían clasificarse en dos grupos: indicadores de penalización ante determinados incumplimientos e indicadores de penalización/bonificación.

Los primeros se utilizan para asegurar la calidad del servicio prestado según los estándares establecidos por la Administración en el pliego; si el concesionario incumple, resulta penalizado, y si lo mejora, no recibe ningún incentivo.

Los indicadores de penalización/bonificación son aquellos en los que, en caso de mejora sobre el valor base establecido por la Administración para cada año, el contratista se beneficiará de los ahorros que suponga la mejora del indicador (puede quedarse con todo o parte del ahorro) o de la mejora de imagen en la prestación del servicio, si la mejora del indicador no supone un ahorro claramente cuantificable.

Los indicadores que se utilizan con carácter general en España actualmente son del primer tipo y se encuentran muy alejados de los utilizados en otros países que han avanzado más en este modelo, limitándose a obligaciones contractuales (como tiempo máximo de reparación de averías o rendimiento mínimo). Establecer unos indicadores adecuados requiere, en primer lugar, un conocimiento profundo del sistema por parte del ayuntamiento, o bien el establecimiento de un período inicial en el contrato para la comprobación consensuada del punto base de los indicadores.

Ejemplos de los indicadores que se utilizan en otros países podrían ser:

- Consumo eléctrico específico: kWh por m³ producido, bombeado, extraído de pozo en función de la altura.
- Rendimiento hidráulico: porcentaje de agua no contabilizada por kilómetro de red, por facturación, por pérdidas en infraestructuras de tratamiento o almacenamiento.
- Número de averías: aquellas que supongan una interrupción del servicio, por número de habitantes, por kilómetro de red, etc.
- Número de siniestros en clientes por mal funcionamiento de la red.
- Disponibilidad de infraestructuras de tratamiento o distribución: horas de funcionamiento por año (para contabilizar el tiempo perdido en paradas programadas o fortuitas).
- Tiempo máximo de resolución de averías, de ejecución de nuevas acometidas, de instalación de contadores a los abonados, de respuesta a reclamaciones, etc.
- Tasa de renovación de tuberías: kilómetros renovados sobre kilómetros totales.
- Número de quejas veraces por malos olores: por habitante, durante un determinado período de tiempo.

A las cuestiones anteriormente señaladas habría que añadir la ausencia de un estudio técnico-económico riguroso que permita comparar cuál es la forma de gestión más eficiente en cada caso —frente a discursos que defienden la gestión pública directa como única vía para la gestión del agua— mediante la conocida como «remunicipalización». No existe un organismo regulador nacional independiente en un contexto en el que intervienen Administraciones de distinto ámbito territorial, lo que, unido a la falta de reglamentación para definir la estructura tarifaria, así como a la falta de transparencia respecto a las tarifas, hace difícil su comparación.



10. LA APLICACIÓN DEL MODELO CONCESIONAL EN ESPAÑA: ENTRE LAS RETENCIONES POLÍTICAS Y LAS DIFICULTADES OBJETIVAS PARA QUE FUNCIONE

Son numerosas las muestras de CPP vigentes hoy día en España; sin embargo, en los últimos años, apenas se ha confiado en este modelo en las nuevas contrataciones. Las concesiones de construcción y explotación de infraestructuras han permitido acometer inversiones en épocas de escasez de recursos públicos, que de otra forma hubieran tenido que ser pospuestas en el tiempo, en menoscabo de los usuarios de estas. Si bien se han manifestado a lo largo de los años algunas dificultades y errores por corregir, e incluso algunos proyectos fallidos (el ejemplo más reciente es el de las radiales de Madrid, pero hay otros, como el ferroviario de TP Ferro), se puede decir que el modelo ha funcionado en los distintos sectores, tanto de infraestructuras como de prestación de servicios públicos, y se ha incluido en los instrumentos de planificación de los últimos Gobiernos, con independencia de su signo. No obstante, la licitación mediante el modelo concesional se ha reducido notablemente en los últimos años.

Si analizamos, por ejemplo, las licitaciones del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, en los últimos siete años²⁹ solo se han licitado concesiones de servicio público de transporte regular de viajeros y de explotación de parcelas y servicios portuarios, así como áreas de servicio en carreteras.

Las últimas concesiones de obras licitadas por el entonces Ministerio de Fomento fueron la autopista de peaje AP-46, tramo Alto de las Pedrizas-Málaga (2005); las conocidas como autovías de primera generación (en 2007) y la autovía A-66, tramo Benavente-Zamora (en 2010).

El Plan Estratégico de Infraestructuras y Transportes (PEIT), aprobado en 2005, definió las directrices básicas de la actuación en infraestructuras y transporte de competencia estatal con un horizonte a medio y largo plazo (2005-2020). Incluía, entre otros, un programa de adecuación, reforma y conservación de las autovías de primera generación. Se adjudicaron diez contratos de concesión de obra pública que incluían la realización de obras de primer establecimiento, acondicionamiento y mejora, así como la conservación y explotación durante 19 años. Tenían como contra-

partida el pago de un canon periódico en función de la demanda real, afectado por 41 indicadores de estado y de calidad de servicio. Este peaje en sombra consume aproximadamente 320 millones EUR anuales. El plan incluía nueve actuaciones más, si bien desde 2007 hasta la fecha no se ha continuado con él.

En 2010 se licitó un contrato de concesión de obra pública, optándose en este caso por un pago por disponibilidad, en la A-66, entre Benavente y Zamora, que se adjudicó en marzo de 2012.

El PEIT planteaba una estrategia de financiación diversificada que, manteniendo un fuerte soporte de esta con cargo al presupuesto, en torno al 60 % del total, posibilitara la utilización de diversas fuentes e instrumentos extrapresupuestarios, lo que aseguraba la viabilidad económico-financiera del plan en su conjunto. Esta estrategia se basaba, tal y como recoge el plan, en los principios de mantenimiento de un esfuerzo inversor estable en el tiempo, el aprovechamiento de la capacidad de autofinanciación de las empresas y entes públicos y la utilización, conforme a los objetivos y opciones estratégicas del propio plan, de los mecanismos de colaboración público-privada pertinentes.

El 7 de abril de 2010, el Gobierno presentó el Plan Extraordinario de Infraestructuras (PEI) con el objetivo de reactivar la economía y el empleo a través de la inversión en infraestructuras del transporte en esquemas de colaboración público-privada, permitiendo anticipar a 2011 y 2012 la movilización de recursos por valor de 17 000 millones EUR.

Al PEI le sustituyó el PITVI (Plan de Infraestructuras, Transporte y Vivienda) para el período 2012-2024, documento vigente en la actualidad en su redacción de 5 de mayo de 2015. En este se indicaba que se considerarían contratos de concesión o CPP para acometer aquellos nuevos proyectos de carreteras cuya ejecución comprimida en el tiempo fuera prioritaria por razones

²⁹ De acuerdo con los datos del Portal de Transparencia del Gobierno de España entre el 26/2/2014 y el 28/6/2021.

de competitividad y, a la vez, supusieran volúmenes de inversión significativos.

Se incluye también en el PITVI un subprograma que contempla la modificación del régimen de concesión de las autopistas para proponer una diferente asignación de riesgos encaminada a facilitar la adjudicación de nuevas concesiones, de forma que se permita licitar la construcción y explotación de dichas autopistas con cláusulas flexibles en función de las condiciones del mercado en cada momento y hacer estos proyectos más atractivos al capital privado. De esta manera, se contemplaba modificar la legislación para ajustar la asignación de riesgos a aquellos que realmente son capaces de gestionar las sociedades concesionarias. En esta línea se introducirían dos novedades: no transferir el riesgo de expropiaciones al concesionario, limitándolo igual que se hace en otros países de la Unión Europea, e introducir el arbitraje como vía de resolución de conflictos.

Como ya se ha indicado, y en contraposición a la planificación y a algunos planes anunciados, la realidad es que no se ha licitado ninguna concesión en el ámbito de las carreteras desde 2010, más allá de algunas áreas de servicio, ni se ha modificado la Ley 8/1972, de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión. Sí que se ha aprobado en 2021

un estudio de viabilidad: el relativo al contrato de concesión para la ejecución, conservación y explotación de la A-7 en el tramo Murcia-Crevillente, un contrato de concesión de pago por disponibilidad que traslada el riesgo de expropiaciones a la Administración. Esta actuación, que hasta la fecha no se ha licitado, formaba parte de del ambicioso Plan Extraordinario de Inversión en Carreteras (PIC), presentado durante el Gobierno del PP, con un presupuesto estimado de 5000 millones EUR y que, posteriormente, en la etapa actual del Gobierno del PSOE, se rediseñó y pasó a llamarse Plan Especial de Carreteras (PEC), sin que hasta la fecha se haya licitado ninguna actuación.

La Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de Carreteras, en su artículo 15.3 recoge lo siguiente:

Siempre que el Ministerio de Fomento promueva la construcción de una nueva carretera o actuación susceptible de explotación diferenciada de la del resto de la red, deberá estudiarse, antes de la adopción del correspondiente acuerdo para su ejecución con cargo a financiación pública, la viabilidad o procedencia de su realización mediante sistemas de gestión indirecta, o colaboración público-privada, o la existencia de soluciones alternativas de menor coste mediante el mejor aprovechamiento de las infraestructuras existentes.

Administración	Licitación anual media (2003-2011) M€	Licitación anual media (2012-2020) M€	Reducción de licitación entre períodos (%)
AGE	1491	042	97,19
Administración autonómica	3306	368	88,87
Administración local	895	120	86,57
Total	5692	530	90,69

Pero no solo no se ha licitado ningún contrato de concesión de carreteras, sino que la tendencia es más bien la contraria. En los últimos años están finalizando algunas de ellas (AP-1, AP-7, AP-4 y AP-2), habiéndose optado por aplicar el mismo modelo que se utiliza en la mayor parte de la red de carreteras del Estado: contratos de servicios para la conservación y explotación que, en el caso de las últimas licitaciones del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, han incorporado las áreas de servicio en régimen de concesión. Así, mientras que en 2016 la longitud de autopistas de peaje de la red de carreteras del Estado era de 2759 kilómetros, en octubre de 2021 la red concesionada tiene una longitud de 1018,4 kilómetros³⁰.

Esta tendencia a abandonar la licitación de concesiones no es exclusiva del ámbito de las carreteras del Ministerio de Transportes. A continuación se recogen un gráfico y un cuadro resumen, clasificados por tipo de Administración, que muestran la evolución en la licitación de este tipo de contratos. Mientras que entre los años 2003 y 2011, la media del volumen de licitación anual se encontraba en 5692 millones EUR anuales, en el período 2012-2020, la media anual descendió a 530 millones EUR anuales, lo que supone una reducción del 90 %, aproximadamente³¹.

El Gobierno de Aragón es una excepción a esta tendencia: habiendo constatado en los últimos años que la inversión que requiere su red de carreteras es superior a la que es capaz de destinar por vía presupuestaria, ha puesto en marcha un plan extraordinario

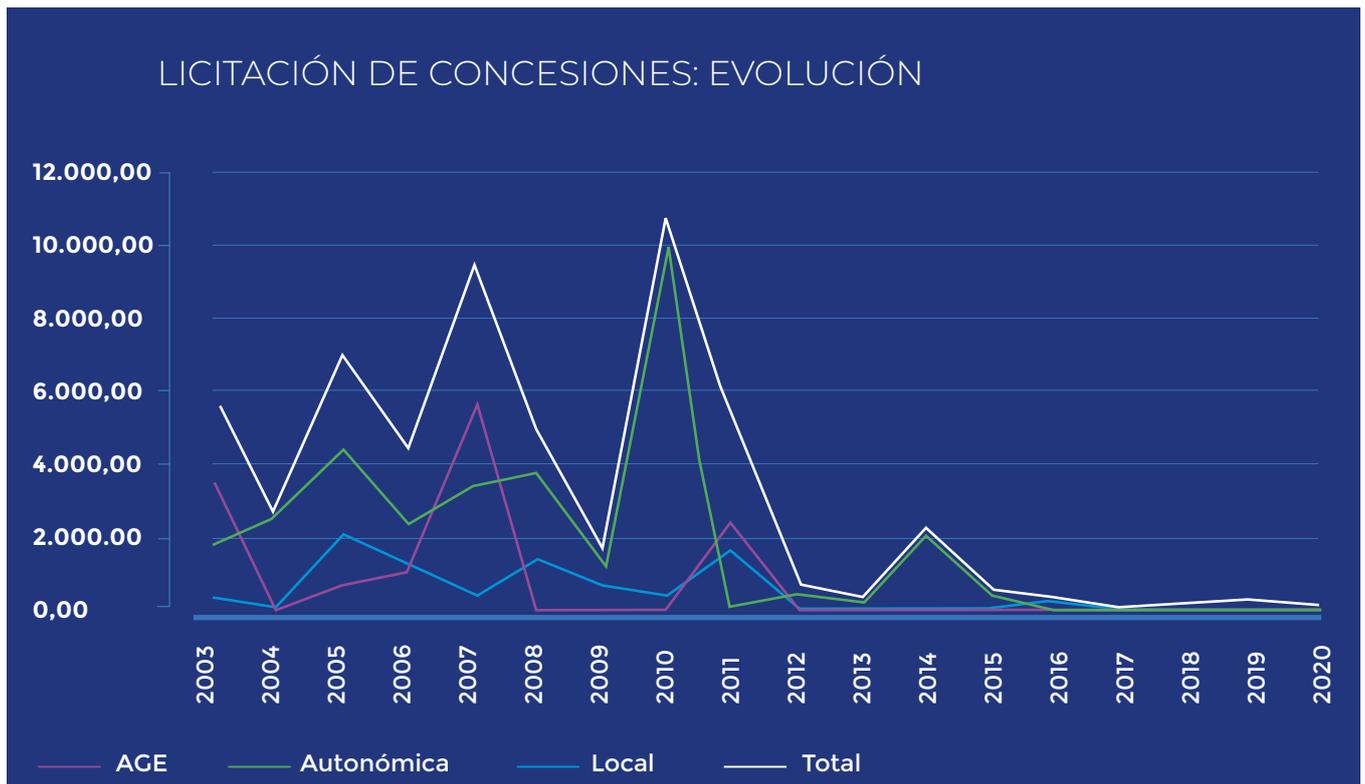
de carreteras con el objetivo de invertir 540 millones EUR. En el mismo se contempla gestionar parte de su red mediante contratos de concesión mediante pagos por disponibilidad, con aplicación de diez indicadores, por un plazo de 25 años. Se encuentran ya aprobados los estudios de viabilidad y, según sus previsiones, a lo largo de 2022 se licitarán once contratos de concesión por importes comprendidos entre 28,1 y 62,5 millones EUR. Estos contratos contemplan la posibilidad de que inversores a largo plazo en infraestructuras adquieran, tras la formalización del contrato, un porcentaje de participación no mayoritario en el capital de la concesionaria con el objeto de reforzar el capital de las compañías y facilitar la financiación de los proyectos. Está previsto también que, una vez terminadas las obras, no existan limitaciones a la transmisión de acciones.

En cuanto al capital social mínimo, será del 20 % del valor de la inversión, si bien una vez finalizadas las obras y puestas en servicio, podrá reducirse al 10 %.

Por tanto, y como conclusión, si bien los distintos Gobiernos de España han plasmado en sus planes como parte de su estrategia política y económica la colaboración público-privada, esto no se ha materializado en la práctica, habiendo caído la licitación de estos

³⁰ Datos del Informe sobre el sector de autopistas de peaje en España (Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, del Ministerio de Fomento).

³¹ El gráfico y la tabla que se presentan a continuación son de elaboración propia, a partir de los datos de licitación del período, obtenidos de la página web de Seopan. Hasta 2016 recogen las concesiones de importe superior a 6 M€, y posteriormente las de importe superior a 1 M€.



contratos en el ámbito de la Administración general del Estado hasta un 97 %, lo que no ha resultado ajeno al resto de Administraciones, con caídas del 89 % en el ámbito autonómico y del 86,5 % en el ámbito local.

Algunos de los motivos que provocan reticencias sobre este modelo en el decisor político, e incluso en el nivel técnico de las Administraciones, se mencionan en el apartado siguiente y son dificultades objetivas del modelo. Otras razones, sin embargo, se basan en determinados prejuicios, errores conceptuales o una mala percepción del ciudadano, equiparando, por ejemplo, la gestión de los servicios públicos mediante concesión a la privatización, o que estos contratos son más caros que si se ejecutaran por vía presupuestaria (sin tener en cuenta la actualización de ingresos y gastos, la pérdida de beneficios sociales por retrasar un proyecto o que los recursos públicos son limitados y obviando el retorno fiscal, entre otras cuestiones).

10.1. DIFICULTADES OBJETIVAS DEL MODELO

Existen dificultades objetivas que se han recogido a lo largo de este informe. Una de las más importantes es, sin duda, la falta de rentabilidad de los proyectos. En este sentido, merece la pena destacar el informe de SEOPAN «Propuesta de cambio normativo para favorecer el impulso de los planes de colaboración público-privada en el ámbito de las infraestructuras», donde propone la aplicación de una tasa de descuento atendiendo a las rentabilidades del mercado, equivalente al rendimiento de las obligaciones del Estado a treinta años, más una prima de mercado del 6,4 %, más la tasa de riesgo específico asociado al proyecto. En diciembre de 2021, la tasa de descuento de mercado libre de riesgo estaba, en el 7,656 %.

También se ha señalado que es preciso definir con mayor claridad los casos en los que procede hacer un reequilibrio económico-financiero del contrato, así como el método de cálculo, con una mayor precisión de los pliegos. Un caso particular de este es el de la aplicación de la cláusula de progreso.

Pero existen otras dificultades que aún no se han mencionado y que se citan brevemente a continuación.

Es importante, en el momento de la planificación, identificar las prioridades de actuación y, posteriormente, decidir qué tipo de contrato se adapta mejor a su objeto, a los plazos, a los condicionantes presupuestarios y fiscales y al contexto económico. Esto, que parece evidente, no siempre se produce en este orden, y en ocasiones se define un plan de licitación por un volumen determinado que posteriormente se intenta «rellenar» con las actuaciones que se encuentran con un proyecto finalizado. El modelo concesional tiene

RANGO DE TASAS DE RETORNO SEGÚN SE TRANSFIERA O NO RIESGO DE DEMANDA

SECTOR	PLAZO	TASA DE DESCUENTO
M. Ambiente	35	8 %-9 %
Hospitales	30	7 %-8 %
Aguas	25	8 %-12 %
Autovías	30	7,5 %-11 %
Vías Convencionales	30	7,5 %-11 %
Metro	30	8 %-12 %

Fuente: SEOPAN

ciertas ventajas, pero no es válido para todos los casos, por eso resulta importante realizar una comparativa del coste de la inversión mediante el modelo tradicional y mediante la colaboración público-privada utilizando, por ejemplo, el método del *value for money*.

La preparación del contrato es fundamental. No se puede obviar que este modelo es más complejo y que, por tanto, requiere un plazo de maduración superior, y preferiblemente con la participación del sector privado. Un estudio de viabilidad bien elaborado, con un análisis coste-beneficio y una correcta asignación de riesgos, reducirá los problemas en el futuro. El reparto de estos riesgos será fundamental para conocer cómo impacta el proyecto en el déficit público de acuerdo con las normas SEC, lo cual, como se ha indicado a lo largo del informe, no siempre es fácil.

Otra reflexión por considerar es la aplicación de indicadores, y su número y alcance. Podemos encontrarnos, como, por ejemplo, en el caso ya mencionado de las autovías de primera generación, con 41 indicadores en cuya aplicación se han planteado diversos problemas: discrepancia entre las mediciones de la sociedad concesionaria y la Administración (por la propia precisión del método y del equipo de medida) o una inadecuada definición de los indicadores de seguridad vial (en cuya aplicación podría obtenerse una indeterminación matemática y en los que la transferencia del riesgo no tiene en cuenta la escasa capacidad del concesionario para evitar un accidente), por citar los más relevantes. Estas dificultades deben servir como parte del aprendizaje que nos permita definir en adelante unos

indicadores más adecuados. Pero no podemos olvidar que, cuando se licitaron estos diez contratos, existían dificultades para acometer estas actuaciones mediante contratos de obras, y el resultado de los mismos ha sido altamente satisfactorio, actualizando los estándares de unas autovías de los años ochenta que se encuentran entre las de mayor tráfico de la red de carreteras del Estado, cuyos parámetros de diseño resultaban anticuados en 2007 y que han reducido notablemente sus índices de siniestralidad. En opinión de las sociedades concesionarias, cabe destacar que, aun habiendo problemas con los indicadores, sí existe un consenso en la interpretación que de los mismos hizo la Administración, sin reducir el riesgo para el concesionario. En dicha interpretación, sin embargo, no fue posible incluir los indicadores vinculados a la siniestralidad, cuya definición podría plantear problemas en el futuro.

Es importante observar también, en cuanto a los indicadores, que en ocasiones, buscando un servicio excelente por parte del sector privado, pueden definirse requisitos muy exigentes, y casi siempre por encima de lo que se pide para el resto de las infraestructuras que son gestionadas de forma directa por las Administraciones. Esta exigencia no es gratuita: implica un mayor riesgo para el concesionario y tiene un coste adicional (que se repercute vía tarifa al usuario o vía presupuestaria en los peajes en sombra).

Otro de los problemas recurrentes es lo dificultosa y lenta que resulta la resolución de conflictos, que en muchos casos acaban por judicializarse, y también la dificultad para la transmisión de las participaciones en la sociedad.

En general, se pueden considerar dificultades todas las incertidumbres que ofrezca el proyecto, puesto que esto tendrá un impacto directo en el coste de la financiación y en la dificultad para obtenerla. Esto se producía, por ejemplo, con la llamada responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos de resolución anticipada del contrato. Existe también incertidumbre en relación con la entrega de la infraestructura una vez finalizado el período de concesión, que debe producirse en «perfectas condiciones», sin que, en muchos casos, estas se precisen.

10.2. LAS PROPIEDADES DEL MODELO

Hasta aquí las dificultades del modelo. A continuación se expondrán sus ventajas, que pondrán de manifiesto su gran potencialidad.

La CPP permite acometer inversiones —o, al menos, ejecutarlas antes— que no son posibles por vía presupuestaria, lo que adelanta los beneficios sociales vinculados a la infraestructura; además, sus pagos, en

general, comienzan a producirse una vez en servicio. Distribuye equitativamente su coste entre las generaciones y reduce la vinculación de la inversión pública a los ciclos económicos y la disponibilidad presupuestaria, laminando e incluso eliminando en algunos casos el gasto público. Como ya se ha indicado en este informe, otra de las grandes ventajas de algunos de estos proyectos es que no consolidan déficit en la contabilidad nacional, más allá de la suma a desembolsar en el año correspondiente.

Se puede mencionar también el efecto multiplicador de las inversiones en infraestructuras, así como la mejora de la productividad y la competitividad del país. Sin entrar a valorar si este efecto es mayor o no en el caso de la CPP, es evidente que en épocas de restricciones presupuestarias podría ser una ventaja definitiva en la medida en que quizás no fuera posible acometerla por la vía presupuestaria ordinaria. Ofrecen, además, un mayor retorno fiscal, que se devuelve a la sociedad.

Es evidente que hoy día existe un gran interés del capital privado: inversores financieros, fondos de pensiones, fondos de infraestructuras y fondos soberanos o compañías aseguradoras. También existen iniciativas de organismos públicos para movilizar fondos (como el BEI o el ICO), lo que motiva un bajo coste del dinero y añade un atractivo adicional a este modelo.

Aunque, quizás, no pueda considerarse una ventaja en sí misma, sí se puede estimar más justo repartir la inversión a lo largo de toda su vida útil que concentrarla en cuatro o cinco años, lo que permitirá acercarse más a que lo pague el mayor número de usuarios.

Otra de las ventajas del modelo es su flexibilidad, consecuencia de su largo plazo: las modificaciones que la Administración entienda necesarias por razones de interés general se pueden acomodar más fácilmente en el plazo del contrato. Esta flexibilidad también tiene su reflejo en el plano económico, de forma que, si se produce una ganancia excesiva de la concesionaria mediante un reequilibrio económico de la concesión, se obtendrá un menor coste del servicio (bien sea del usuario, de la Administración o de ambos, según el tipo de contrato).

La Administración solo asume algunos de los riesgos vinculados al proyecto; entre ellos, uno de los más frecuentes es el de construcción, de forma que se eliminan los costes vinculados a modificados, complementarios o liquidaciones, etc., y se simplifica también, en parte, la tramitación.

España dispone de un sector empresarial experto en este modelo, como demuestran los numerosos contratos gestionados hasta la fecha y la implantación de nuestras empresas en el extranjero, que puede trasladar la experiencia y el know-how del sector privado a los

La CPP permite acometer inversiones o, al menos, ejecutarlas antes, que no son posibles por vía presupuestaria



contratos públicos. Además, muchos de estos contratos cuentan con bonificaciones o penalizaciones a aplicar en las certificaciones en base a la calidad del servicio, lo que supone un incentivo para la mejora continua y para la aplicación de innovaciones tecnológicas, medidas de eficiencia energética, etc. Estos incentivos no son habituales en otros tipos de contratos de la Administración, lo que supone un hecho diferencial entre ambos y, en principio, una ventaja, al vincular la eficiencia en la prestación del servicio con los ingresos de la sociedad concesionaria.

La CPP elimina el conflicto de que la Administración, al tiempo que gestiona el contrato, lo supervise, lo que puede tener efectos negativos en cuanto al nivel de exigencia, motivado en muchas ocasiones por la falta de recursos. En el modelo de CPP se produce una asignación de funciones diferenciadas: mientras la Administración concedente se ocupa de la planificación, supervisión y regulación, velando por los intereses del usuario, la sociedad privada se encarga del proyecto, construcción y gestión del servicio, optimizando la calidad de la prestación para maximizar sus ingresos.

En el ámbito de la gestión administrativa se plantea también otro efecto positivo no menor, y es la reducción del número de contratos necesarios para llevar a cabo la actuación. Con el procedimiento ordinario pasaríamos por los siguientes: contrato de redacción de proyectos, de supervisión de proyectos, de obras, de control y vigilancia de obras, y posteriormente los contratos de servicios necesarios para el mantenimiento de la infraestructura. En la colaboración público-privada, podría ser suficiente con el contrato de concesión y contratos de servicio de apoyo a la inspección. Y aún más relevante que lo anterior: se consigue un proyecto único e integrado al ser desarrolladas todas las fases por una misma empresa, que las organizará con una visión global, sin que la Administración pierda el control y la supervisión del proyecto. En definitiva, es una fórmula que puede permitir aprovechar la mayor capacidad de innovación del sector privado, su mayor eficiencia, y que redunde en menores costes de operación y mantenimiento, en la modernización de los estándares de calidad y seguridad y en la posibilidad de aplicar criterios de sostenibilidad más exigentes.

11. CONCESIONES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL: LAS EXPERIENCIAS DE ESTADOS UNIDOS, MÉXICO, CHILE, COLOMBIA, REINO UNIDO Y AUSTRALIA

En este apartado se pretende dar una pincelada sobre cómo se están aplicando los modelos concesionales en diferentes países. De esta visión y de las experiencias que las empresas españolas están teniendo en el ámbito internacional se pueden desprender consideraciones que podrían tenerse en cuenta para su aplicación en España.

Las empresas constructoras y de ingeniería españolas, acreedoras de un reconocido prestigio internacional y una amplia experiencia, participan en los proyectos de infraestructuras más importantes del mundo, con presencia en más de ochenta países de los cinco continentes, y gestionan un elevado porcentaje de las principales concesiones de transportes del mundo.

11.1 ESTADOS UNIDOS

A finales de los años ochenta, se establecen en Estados Unidos mecanismos que facilitan el incremento de la participación privada para el desarrollo y modernización de la red viaria estadounidense, tales como el uso de entidades sin ánimo de lucro para la financiación de la infraestructura, la emisión de bonos municipales y bonos GARVEE, la creación de bancos de infraestructura de los estados, los *private activity bonds* (PAB) y el desarrollo del programa TIFIA del Gobierno federal.

11.1.1. Entidades sin ánimo de lucro

Estas entidades podían emitir deuda exenta de impuestos. A finales de los noventa, estas organizaciones pudieron emitir deuda sin limitaciones. Fruto de ello se produjo un incremento significativo de proyectos financiados bajo esta modalidad en Estados Unidos, como, por ejemplo:

- El puente sobre el lago de Ozarks, en Misuri.
- El cinturón de conexión sur en Greenville, en Carolina del Sur.
- La extensión Y-895 en Richmond, Virginia.

La principal ventaja radicaba en que proyectos públicos podían ser financiados con capital exento fiscalmente,

lo que mantenía algunas ventajas empresariales ligadas a la iniciativa privada.

11.1.2. Bonos municipales y bonos GARVEE

La principal característica de los bonos municipales es que los intereses otorgados están exentos del impuesto federal sobre la renta. Los ingresos para el pago de estos bonos pueden venir de diversas fuentes, tales como los impuestos generales de los estados o municipios o los impuestos no federales o los peajes a la gasolina. En el caso de los GARVEE, los bonos deben ser emitidos por un estado, una subdivisión pública de un estado o una agencia pública. Los GARVEE se han utilizado como una importante fuente de financiación en Estados Unidos.

11.1.3. Bancos de infraestructura de los estados

Se basan en la aportación de los recursos públicos a un banco que puede endeudarse en el mercado de capitales con la finalidad de contribuir a la financiación de proyectos tanto de carreteras como de transporte público a través de préstamos o garantías de crédito. Estos bancos pueden apoyar a promotores tanto públicos como privados en cualquier etapa del proyecto, sin límite establecido por el Gobierno federal en el porcentaje del coste del proyecto, que puede ser financiado a través de los bancos de infraestructura.

11.1.4. *Private activity bonds* (PAB)

La aprobación de la legislación sobre PAB refleja el deseo del Gobierno federal de aumentar la inversión del sector privado en la infraestructura de transporte de Estados Unidos. Proporcionar a los operadores privados acceso a tasas de interés exentas de impuestos reduce significativamente el costo del capital, mejorando las perspectivas de inversión. Incrementar la participación de inversionistas privados en proyectos de carreteras y transporte de mercancías genera nuevas fuentes de dinero, ideas y eficiencia. El pasado 24 de mayo de 2021 se emitieron, aproximadamente, 13 540 millones USD en PAB para los proyectos. Hay que destacar que la autopista North Tarrant, por ejemplo, que emitió 400 millones USD, fue construida por Ferro-

vial. Esta emisión fue la primera bajo la modalidad de PAB para una concesión privada de carreteras que se cerró en el mercado de bonos municipales de Estados Unidos.

11.1.5. Programa TIFIA

Es un programa cuya finalidad es proporcionar crédito a los promotores de proyectos de transporte terrestre. Este programa brinda asistencia crediticia para proyectos calificados de importancia regional y nacional. Muchos proyectos de transporte terrestre a gran escala (carreteras, ferrocarril, carga intermodal y acceso a puertos) son elegibles para recibir asistencia. Este crédito puede cubrir hasta un 33 % de los costes del proyecto elegido. El programa TIFIA se creó con varios objetivos: en primer lugar, para mejorar la viabilidad financiera de los proyectos en el sector privado; en segundo lugar, para atraer financiación privada y pública no federal; y, por último, para potenciar nuevas fuentes de ingresos, especialmente peajes o tarifas a los usuarios. Entre las principales ventajas del programa TIFIA destacan:

- Tasa de interés baja
- Los intereses no se acumulan hasta que se extraen los ingresos.
- Amortización flexible.
 - Período de amortización de hasta 35 años.
 - Diferible durante cinco años después de la finalización sustancial del proyecto.
- Sin penalización por pago anticipado.

Los proyectos de TIFIA también son elegibles para recibir financiación mediante PAB. Juntos, TIFIA y los PAB proporcionan incentivos sustanciales para la inversión de capital privado en proyectos de carreteras y transporte de mercancías.

11.1.6. Concesiones para proyectos *brownfield*

En Estados Unidos, además del modelo CPP para desarrollar nuevos proyectos (proyectos *greenfield*), el sistema concesional se ha aplicado en numerosas ocasiones para proyectos ya construidos y con un historial de tráfico conocido (proyectos *brownfield*). La

gestión privada de estos activos incorpora eficiencia en la prestación de dichos servicios, lo que implica una reducción de costes frente a la gestión anterior. Como referencias de este tipo de concesiones, encontramos las autopistas Chicago Skyway e Indiana Toll-Road.

La ciudad de Chicago utilizó el dinero recaudado para financiar varios servicios sociales, cancelar la deuda pendiente de la antigua agencia pública que gestionaba la autopista, alrededor de 400 millones USD, y crear un fondo de reserva. Por otra parte, dicha cantidad sirvió también para cancelar parte de la deuda de la ciudad, lo que contribuyó a mejorar su *rating* en el futuro.

La concesión de la autopista Indiana Toll-Road fue otorgada por un plazo de 75 años al mismo consorcio que la Chicago Skyway. A diferencia de lo que ocurrió con el dinero generado por la Chicago Skyway, el originado por esta autopista se emplea para financiar actuaciones relevantes del plan de infraestructura del Gobierno de Indiana.

11.1.7. Managed Lanes

Se trata de una solución para los corredores urbanos congestionados con tráfico de alta intensidad. En algunas partes del mundo, especialmente en Estados Unidos, la presencia de vehículos de motor es tal que se requieren nuevos servicios y soluciones que ayuden a mejorar su fluidez y reducir los tiempos de tránsito.

Este tipo de concesión permite que parte del tráfico acceda a carriles de pago adicionales y mantenga velocidades más altas, incluso durante las horas punta de tráfico. Además, la apertura de estos carriles evita algunos de los atascos que obligan a los vehículos a frenar y acelerar en largas distancias, reduciendo también las emisiones de CO₂ y NO_x.

Managed Lanes utiliza una tecnología de identificación de vehículos conocida como *fingerprint* (huella dactilar) que permite la identificación mediante matrícula de los vehículos que ingresan por sus entradas marcadas. Los conductores no tienen que detenerse a pagar en un peaje o frenar durante el viaje, lo que nuevamente ahorra energía.

Incluso los conductores que no utilizan estos carriles prioritarios se benefician de ellos, ya que alivian el

tráfico en la carretera principal y reducen el estrés relacionado con la conducción en atascos. Las carreteras donde ya se ha aplicado este uso son la autopista LBJ en Texas, las carreteras NTE y NTE 35W en Dallas, la I-77 (41,8 kilómetros) en Carolina del Norte y la I-66 en Virginia. Todos ellos están diseñados, construidos y gestionados por Cintra, filial de Ferrovial.

Podemos concluir que, en Estados Unidos, en los últimos años se han dado pasos para estimular la participación privada en los proyectos de autopistas, provocando un importante desarrollo en materia de infraestructuras. No obstante, no podemos hablar de un sistema de financiación de autopistas típico de Estados Unidos, ya que, entre las más de 250 autopistas de peaje existentes, encontramos diferencias en el proceso de financiación para cada una de ellas, dependiendo de su carácter de autopista interestatal, estatal o local y en función de sus necesidades concretas. Además, cada estado tiene una legislación propia. Así, podríamos decir que lo que caracteriza justamente la financiación de autopistas en Estados Unidos es la enorme variedad de los métodos empleados. Todo ello está dotando al país de un modelo de autopistas sostenible y eficiente.

Existen instrumentos financieros en Estados Unidos que permiten el endeudamiento a largo plazo, lo que hace que el mercado bancario sea menos relevante. Se trata de un mercado de capitales muy maduro.

Esta versatilidad en el sistema concesional de Estados Unidos nos invita a sugerir que puede ser tomado como referencia para su aplicación en España, particularizando caso por caso según sus características.

La participación del sector privado en contratos de gestión de infraestructuras basados en objetivos sociales y de eficiencia incentiva la capacidad de innovación para diferenciarse de los competidores. Para ello es indispensable plantear soluciones que reduzcan los costes del ciclo de vida del proyecto y maximicen los ingresos.

11.2. MÉXICO

El Gobierno de México tiene una dilatada trayectoria aplicando una línea de acción consistente en el pro-

grama de construcción de carreteras de peaje mediante nuevas modalidades de financiación y concesiones. Con ello se busca estimular la inversión tanto pública como privada en la construcción de la infraestructura de carreteras que el país necesita. La apuesta que están haciendo empresas españolas en México, como FCC, Aleatica (antigua OHL Concesiones) o Rubau, nos sugiere que hemos de considerar los beneficios del modelo de pago por uso en este país tanto para el inversor como para el usuario, que obtiene beneficios sociales. Entre los aspectos más relevantes del esquema de concesiones mexicanas cabe destacar los siguientes:

- La concesión se otorga por un plazo máximo de treinta años.
- Se establecen tarifas promedio máximas que inducen al establecimiento de peajes accesibles para los usuarios.
- La Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT), entidad pública que licita la concesión, entrega a los concursantes el proyecto y las expropiaciones, incluyendo los permisos correspondientes.
- El Gobierno federal puede otorgar una aportación inicial no muy cuantiosa al concesionario para hacer financieramente factibles los proyectos.
- El Gobierno permite que el concesionario solicite una garantía de ingreso mínimo que recibe el nombre de compromiso de aportación subordinada.
- El criterio de adjudicación establecido es el de otorgar la concesión a aquel que solicite un menor apoyo económico del Gobierno.
- En lo referente al riesgo de construcción, los costes de construcción serán responsabilidad exclusiva del concesionario, por tanto, el riesgo del proyecto ejecutivo y de su ejecución será asumido totalmente por él. Para cubrir los eventos fortuitos, el concesionario deberá contratar los seguros que considere convenientes.
- El concesionario establece una garantía a favor del fideicomiso por el 17 % del monto total de construcción del proyecto para asegurar su terminación.

- El riesgo de retraso de obra imputable al concesionario se cubre con una fianza de cumplimiento a favor de la SCT por el 3 % del monto total de construcción de las obras. En caso de que se retrasen por causa de fuerza mayor, la SCT puede extender el plazo por un período equivalente al del retraso de la obra. De prolongarse tales causas, el concesionario podrá solicitar la terminación anticipada de la concesión, lo que implicará la pérdida de su capital.
- Los licitadores están obligados a hacer aportaciones patrimoniales de, como mínimo, el 25 % del importe total de la inversión del proyecto que excluyen impuestos, intereses de la deuda y comisiones por servicios financieros.
- En cuanto al nivel de peaje a establecer, la SCT determina la tarifa promedio máxima que puede aplicarse en la carretera por tipo de vehículo en función de las características de cada ruta. El concesionario no puede exceder la tarifa promedio máxima, pero puede aplicar tarifas inferiores si esto le resulta más conveniente.
- En algunos casos, el contrato de concesión prevé que, si el tráfico sobrepasa cierto umbral, el concesionario tendrá la opción de ampliar el número de carriles de la vía. El concesionario deberá obtener los recursos necesarios, sin aportaciones adicionales del Gobierno, para financiar dicha ampliación.
- En caso de quiebra durante la vida de la concesión, la SCT la puede revocar, lo que dará lugar a que esta termine de forma anticipada y los bienes reviertan a favor del Gobierno federal.

Este modelo tiene un claro impacto en la eficiencia derivada de la gestión y asignación de los riesgos. La traslación a la empresa concesionaria de los riesgos del proyecto, que debe asumir razonablemente, garantiza que esta tenga un incentivo para mejorar la gestión, lo que redundará en ahorros de costes y mayores beneficios que recaerán en toda la sociedad.

De acuerdo con la Ley APP y con la Dirección General de Desarrollo Carretero, las concesiones en el sector de las carreteras comprenden tres tipos principales de contratos de largo plazo que incluyen las concesiones

de carreteras «tradicionales» (única opción hasta antes del año 2012), además de proyectos de prestación de servicios (PPS), similares al peaje en sombra aplicado en España, y del aprovechamiento de activos.

Con la clara apuesta del Gobierno federal por el modelo concesional, México consigue acelerar el desarrollo de las carreteras, elevar la calidad del servicio ofrecido a los usuarios en las antiguas autopistas y en las nuevas vías y generar empleos en el sector de la construcción.

11.3. CHILE

A principios de la década de los noventa, Chile mostraba un importante déficit en infraestructuras, especialmente en carreteras interurbanas, autopistas urbanas e infraestructuras aeroportuarias y hospitalarias, un déficit causado por el incremento de las necesidades que originó su fuerte crecimiento económico. Esta fuerte demanda de nuevas infraestructuras obligaba a grandes inversiones que el Gobierno era incapaz de asumir mediante los presupuestos estatales. Por este motivo, el Ministerio de Obras Públicas decidió acudir a la financiación privada de infraestructura mediante el sistema concesional.

El sistema concesional de carreteras en Chile tiene gran relevancia y es un sistema muy asentado en la actualidad. La permanente llamada del Gobierno de Chile al sector concesional está obteniendo respuesta por parte de las empresas españolas. Empresas como Acciona, OHLA, ACS, Ferrovial, Abertis, Sacyr, FCC, Aldesa o San José están acudiendo a las licitaciones de concesiones de carreteras y activos hospitalarios. La dilatada experiencia de Chile en colaboración público-privada, su estabilidad y garantía regulatoria, el equilibrio en la distribución de riesgos y los rendimientos ofertados hacen que el mercado chileno sea atractivo para el capital privado.

Los proyectos de concesión en Chile se enmarcan en el mecanismo denominado *design-build-finance-operate* (DBFO), en el que la obra permanece en propiedad del Estado en todo momento y, por tanto, no puede ser utilizada como garantía frente a los acreedores.



Las empresas constructoras y de ingeniería españolas, acreedoras de un reconocido prestigio internacional y una amplia experiencia

El mecanismo de reparto de riesgos se basa en que el sector privado debe asumir aquellos riesgos que el mercado admite o diversifica, y se transfieren al sector público los que de ningún modo son controlables. No obstante, el sector público colabora otorgando aquellas garantías que ayudan a que el proyecto pueda ser asumido por el sector privado en unas condiciones razonables de rentabilidad y de riesgo, de manera que el costo de la inversión no sea excesivamente alto.

En la organización de las concesiones en Chile, cabe destacar lo siguiente:

- El coste de conservación y mantenimiento de la infraestructura es asumido por el concesionario.
- En la mayoría de los casos, no existe una vía alternativa. Esto hace que todo el tráfico esté sometido a concesión y, por tanto, que no se produzcan asignaciones ineficientes de tráfico.
- La circunstancia anterior provoca que el riesgo de demanda sea mucho menor, lo que redundará en una mayor seguridad para los acreedores y en menores costes financieros, que a su vez conducen a menores tarifas.
- El riesgo de expropiaciones es soportado por la Administración
- Existen comisiones de conciliación y arbitraje para la resolución de conflictos.

La distribución de riesgos de las concesiones en Chile se basa, en líneas generales, en que dichos riesgos deben recaer en el concesionario, salvo que no sean diversificables o no puedan trasladarse al mercado. En este caso, el Estado deberá asumirlos total o parcialmente.

La ley de concesiones chilena contempla la utilización de la suma de los ingresos totales de un contrato de concesión como la variable económica principal para licitar. Se articula mediante la aplicación del mecanismo de mínimo valor presente de los ingresos (VPI). Uno de los elementos claves de este mecanismo es la elección de la tasa de descuento, que puede ser una tasa fija o variable. En la actualidad, la mayoría de los contratos de concesión de carreteras en Chile son de plazo variable, lo que demuestra que el mecanismo de

redistribución de riesgos (MRI), implementado a principios de siglo, funciona bien como sistema de reparto del riesgo de tráfico entre el Gobierno concesionario y el sector privado.

En relación con las fuentes de financiación de las autopistas chilenas, el modelo se basa en los principios del *project finance*. El mecanismo más frecuente es el de acudir a financiación a los bancos comerciales, a través de créditos a corto plazo, refinanciados con emisión de bonos en el mercado de capitales, o mediante préstamos a largo plazo.

A modo de conclusión, se puede afirmar que, en Chile, la apuesta por el modelo concesional ha aportado al país numerosas ventajas. Se ha implementado una adecuada distribución de los riesgos con el fin de minimizar el costo total de la infraestructura y sus servicios. Se han incorporado herramientas para facilitar la financiación (ingresos mínimos garantizados, seguros de cambio, subsidios, la prenda especial de concesión, etc.). La cartera de proyectos incluye iniciativas públicas y privadas seleccionadas y priorizadas de acuerdo con un análisis multicriterio (factores económicos, técnicos, ambientales, territoriales y presupuestarios). Los proyectos se llevan a cabo bajo un marco presupuestario fiscal responsable. Se realiza una adecuada gestión y supervisión de las concesiones (Inspección Fiscal) tanto en la fase de construcción como en la de operación. Chile cuenta con una Ley de Concesiones que fue promulgada con una amplia aprobación en todos los sectores políticos.

La prueba de que en Chile el modelo concesional es maduro, está asentado y está funcionando es que se están volviendo a licitar concesiones cuyo plazo finaliza. Se trata de proyectos en los que hay que invertir en CAPEX, lo que redundará en la mejora de los activos y en un mejor funcionamiento de la economía. Ejemplo de ello son las diferentes concesiones en las rutas 5, 68 y 78³².

³² Se puede consultar la Agenda de Concesiones 2020-2025 en el siguiente enlace del Ministerio de Obras Públicas de Chile: <https://concesiones.mop.gob.cl/proyectos/Paginas/AgendaConcesiones2020-2025.aspx>.

11.4. COLOMBIA

Colombia ha concesionado todo tipo de infraestructuras de transporte, tanto carreteras como ferrocarriles, puertos y aeropuertos. Las más numerosas son las concesiones de carreteras, que se dividen en cinco generaciones.

La primera generación se empezó a diseñar en 1992 y se incluyeron once proyectos. Con una inversión inicial de, aproximadamente, 958 millones USD se concesionaron un total de 1604 kilómetros de carreteras. La segunda generación arrancó en 1997 abarcó una longitud de 1041 kilómetros de carreteras con una inversión inicial de 504 millones USD. En la tercera generación se incluyeron cuatro contratos que se firmaron entre 2001 y 2004, alcanzando una longitud de 930 kilómetros.

En 2011, el Instituto Nacional de Concesiones se transformó en la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), que se convirtió en la autoridad competente en materia de concesiones para el desarrollo de las infraestructuras de transporte con la finalidad de afrontar los grandes retos que en esta materia tenía Colombia. En la actualidad, el proyecto de la agencia que está en pleno desarrollo es el programa de infraestructura Vías 4G. Y en 2021 acaba de lanzar el programa para las vías 5G.

El programa Cuarta Generación (4G) de Concesiones Viales de Colombia abarca la construcción y mantenimiento en concesión de más de ocho mil kilómetros de carreteras, organizados en más de cuarenta concesiones. La inversión estimada asciende a unos 18 000 millones USD. Este programa de concesiones tiene numerosos impactos positivos, entre los que se encuentra el de dar un impulso a Colombia para salir del atraso en infraestructura vial que ha sufrido durante mucho tiempo, que ha lastrado la competitividad, el transporte de personas y mercancías y el acceso a regiones alejadas. El ahorro promedio en tiempos de viaje entre las principales ciudades será de un 30 %, reduciéndose sus costes un 20 %. En el caso del trayecto Medellín-Cali, se estima una reducción del tiempo de viaje de un 46,6 % y el ahorro asociado al vehículo se estima en un 29,7 %.

Esta carencia de infraestructura ha limitado directamente el crecimiento de la economía y la competitividad del país. Según la ANI, el desarrollo del programa de carreteras 4G tiene un efecto multiplicador de un 1,5 % sobre el PIB durante el período de construcción. El impacto que puede tener sobre el PIB a largo plazo se estima en un potencial crecimiento de entre un 4,6 % y un 5,3 % del PIB, reduciendo la tasa de desempleo un 1 %.

Respecto a la financiación de estas concesiones, el adjudicatario no recibirá ninguna aportación inicial durante la fase de construcción. Por esta razón, solo pueden optar a este tipo de contratos aquellas empresas con la capacidad suficiente para financiar el proyecto de infraestructura completo, entre las que podemos encontrar empresas españolas. Este aspecto supone una barrera de entrada, pero a la vez dota de robustez y garantías al modelo colombiano.

El plan de autopistas de quinta generación (5G) de Colombia, lanzado en 2021 y bautizado como Concesiones del Bicentenario, incluye cambios en temas sensibles, como las tarifas de peajes y el impacto ambiental de los proyectos. Ya cuenta con la primera adjudicación, la concesión Malla Vial del Valle del Cauca: Accesos Cali-Palmira, cuya construcción se espera que empiece en 2022.

Se puede concluir que el modelo concesional en Colombia es, en líneas generales, un éxito, ya que ha permitido impulsar proyectos rápidamente de una manera eficiente. Además, ha servido para promover una sana competencia entre empresas, trasladando la eficiencia a los usuarios. Asimismo, ha integrado la construcción, la operación y el mantenimiento de la infraestructura en un mismo contrato, garantizando su mantenimiento a largo plazo.

La apuesta por el modelo concesional en Colombia ha permitido adelantar los beneficios sociales. Anticipar el desarrollo de las infraestructuras viarias ha permitido a Colombia obtener con antelación los beneficios inherentes a aquellas, como, por ejemplo, el ahorro en combustible, el tiempo en los desplazamientos o la mejora de la seguridad vial.

11.5. REINO UNIDO

En 1992 se puso en práctica en Reino Unido el modelo Private Finance Initiative (PFI) con el fin de potenciar una mayor colaboración entre el sector público y el sector privado para la financiación de proyectos de hospitales, colegios, prisiones, transportes, defensa, etc. Con esta mayor colaboración, el Gobierno británico pretendía obtener importantes ganancias de eficiencia en la provisión de los servicios que se materializaran en un mayor ahorro para la sociedad.

El modelo PFI se basa en que el sector público pasa de ser el gestor de estos servicios a ser su promotor y, cuando sea necesario, el defensor de los intereses de los usuarios y clientes. El papel del sector privado pasa de ser simplemente el de financiar las inversiones de capital en servicios al de explotar, además, esos servicios y aplicar los métodos de gestión comercial y de habilidad creativa que lo caracterizan. El sector público mantiene un papel sustancial. La PFI no ha desplazado la inversión pública ejecutada de manera tradicional, ya que significa únicamente un 11 % del total de la inversión pública en Reino Unido. Este caso es un claro ejemplo de éxito en el que pueden convivir la financiación pública y la privada.

El 1 de abril de 1994 se creó Highways Agency como agencia responsable de proporcionar una red de carreteras eficiente, de confianza, segura y viable ambientalmente, así como de llevar a cabo mejoras en el marco de la política estratégica del Gobierno. Uno de los objetivos de la agencia era estar lo más cerca posible de las necesidades de los usuarios, para lo cual se planteó mejorar tanto la información en ruta como la gestión del tráfico y minimizar los problemas de sus usuarios. Para tal fin, incrementó la colaboración con el sector privado a través de la PFI, para llevar a cabo proyectos y servicios públicos de alta calidad con la mayor eficiencia posible de costes. Es en este contexto en el que se encuadran los contratos *design-build-finance-operate* (DBFO), aplicados especialmente en carreteras.

La distribución de riesgos en estos contratos se reparte entre el sector privado (proyecto, construcción, vicios

ocultos, explotación y conservación), el de ambas partes (fuerza mayor, actos de protesta y riesgo de tráfico) y los que quedaron bajo la completa responsabilidad del sector público, como el procedimiento administrativo y la obtención de licencias.

Inicialmente, los pagos al adjudicatario del contrato DBFO se hicieron por parte del sector público a través de la modalidad de peaje en sombra, en función del volumen de tráfico que circula por la carretera durante la vida del contrato (generalmente, treinta años). Sin embargo, tras la puesta en marcha de los primeros contratos DBFO, Highways Agency constató que la transferencia de riesgo de tráfico al concesionario podría ser excesiva, lo que llevó a que en los nuevos contratos DBFO se consideraran nuevas formas de pago menos dependientes del volumen de tráfico y más relacionadas con aspectos de servicio público, que el usuario percibe de modo más directo. Uno de los principales objetivos de Highways Agency en este tipo de contratos es reducir los accidentes en la red troncal, por eso incorporó incentivos al operador en caso de que se produzcan mejoras en la seguridad vial.

Bajo esta premisa, el modelo de colaboración público-privada influye positivamente en la seguridad, fruto de la obligación de los concesionarios de mantener las carreteras por encima de unos determinados estándares de calidad, lo que no ocurre en las carreteras gestionadas directamente por la Administración, que presentan niveles de calidad inferiores sin que se deriven por ello penalizaciones.

11.6. AUSTRALIA

A diferencia del resto de los países, el modelo concesional de Australia es más colaborativo, con un diálogo abierto entre las partes en la fase de licitación. Como referencia, tenemos el plan de acción de Nueva Gales del Sur, con un programa de infraestructura basado en una mayor colaboración entre el sector público y el privado. Entre las claves del plan de acción que en este campo ha desarrollado el Gobierno de Nueva Gales del Sur destacan las siguientes:

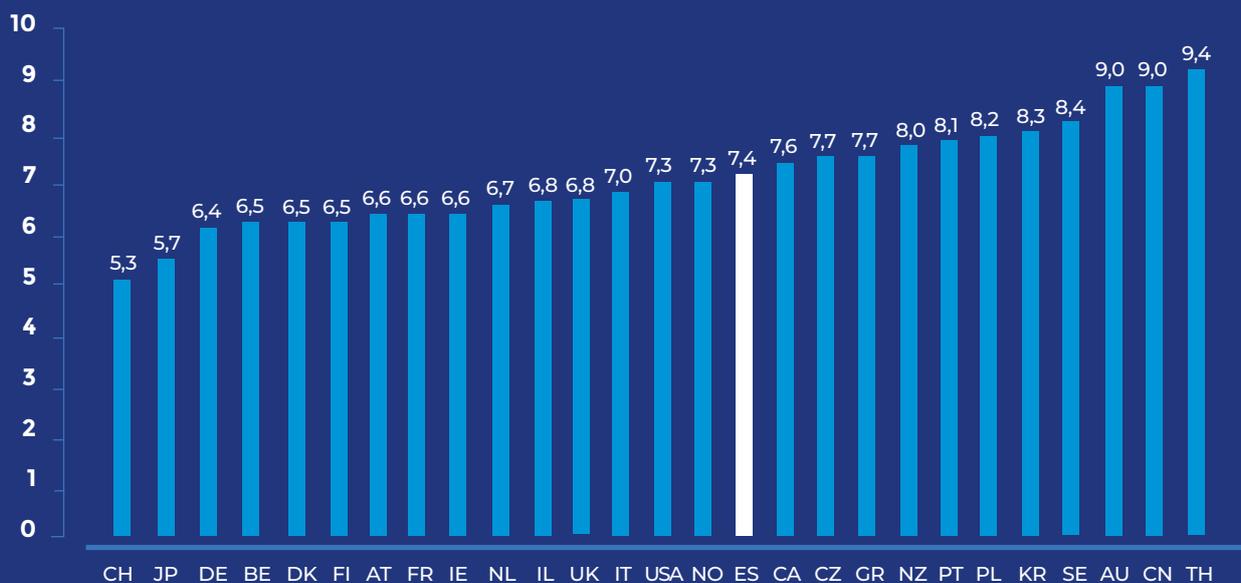
1. Adquirir y gestionar proyectos de forma más colaborativa.
2. Adoptar adecuadas distribuciones de riesgos.
3. Estandarizar contratos y métodos de adquisición.
4. Desarrollar y promover una cartera transparente de proyectos.
5. Reducir el costo de la licitación.
6. Establecer una política coherente del Gobierno de Nueva Gales del Sur sobre las contribuciones a los costos de las licitaciones.
7. Supervisar y recompensar el alto rendimiento.
8. Mejorar la seguridad y la puntualidad de los pagos de los contratos.
9. Mejorar las habilidades y la formación.
10. Incrementar la diversidad de la industria.

Entre las partes atractivas que las empresas privadas tienen en los contratos concesionales australianos encontramos que no poseen el riesgo de demanda y que muchos de ellos se pueden acoger a importantes subvenciones.

Australia se ha convertido en uno de los mercados más codiciados en el ámbito de las concesiones, donde importantes empresas españolas, como el grupo ACS o Acciona, tienen ya una posición consolidada.

Por último, y en relación con las tasas de rentabilidad requeridas por el mercado para los proyectos de infraestructuras, el trabajo del profesor Pablo Fernández, que recoge el informe de SEOPAN citado, nos ofrece la comparativa de las rentabilidades requeridas por kilómetro para un amplio conjunto de países, y en él puede observarse el retorno requerido en España, que se sitúa en un nivel intermedio.

TASA DE RENTABILIDAD REQUERIDA POR KM



Survey: Km Required return to equity <10% in 2021
 Pablo Fernandez. Professor of Finance. IESE Business School
 Sofía Bañuls. Research assistant. IESE Business School
 Pablo F. Acin. Independent researcher

11.7. LAS CLAVES DEL ÉXITO

A modo de conclusión, podemos afirmar que el sistema concesional en el ámbito internacional expuesto es, en líneas generales, maduro, eficiente y exitoso. Existen diferentes claves para que así lo sea. Estas claves radican en aspectos tales como la financiación, las garantías legales y la transparencia en el proceso de adjudicación, la planificación o la distribución de riesgos.

Con la aplicación del pago por uso se logra una mejora de calidad de servicio a los usuarios, y esta es una de las principales consideraciones que se deben tener en cuenta en España para aplicarlo. El hecho de vincular contractualmente la calidad del servicio a los ingresos de la empresa concesionaria hace que preservar la calidad se convierta en un objetivo primordial de este tipo de contratos. Además, esto elimina incentivos adversos para la Administración pública en términos de autoexigencia, cumplimiento y transparencia en su doble faceta de supervisora y prestadora del servicio en la alternativa de gestión directa del presupuesto público.

En relación con la financiación, los diferentes mecanismos utilizados en los casos internacionales son fundamentales para que el sistema concesional sea exitoso. En Estados Unidos, incentivos fiscales como la exención de impuestos de los bonos emitidos para la financiación del proyecto son clave para atraer inversores. Estados Unidos destaca por la madurez de su mercado de capitales, donde podemos encontrar múltiples mecanismos de financiación, especialmente a largo plazo. En México se pueden destacar las apor-

taciones iniciales de capital, y en Chile y Colombia se aplican diferentes instrumentos que garantizan que solo puedan optar a los proyectos empresas con capacidad suficiente. Los incentivos federales en Australia son cruciales para obtener inversión en nuevas infraestructuras.

La cobertura y certidumbre legal tanto para el sector público como para el privado son fundamentales. Un aspecto clave para los inversores es conocer las reglas de participación en los activos estratégicos del país. El marco normativo en materia de concesiones en estos países es lo suficientemente robusto y maduro como para ofrecer las suficientes garantías tanto a las empresas concesionarias adjudicatarias como a la Administración. Además, la transparencia durante el proceso de licitación produce mercados fiables, dotando al sistema de una competencia que se traduce en más eficiencia para el usuario.

La existencia de planes estratégicos de las Administraciones competentes no sujetos a cambios de gobierno, así como la aplicación de criterios sociales, técnicos y económicos, es otra de las claves del buen funcionamiento del sistema concesional.

La adecuada y equilibrada asignación de riesgos, tales como el riesgo de demanda, el de la calidad de la construcción y el servicio prestado, o los administrativos de diversa índole, confieren fiabilidad y garantías a ambas partes en los mercados internacionales expuestos.

Todo ello tiene numerosos impactos positivos a corto, medio y largo plazo. Se trata de impactos tanto en el crecimiento económico del país como en la creación de empleo, adelantando la disponibilidad de la infraestructura al usuario o mejorando las prestaciones de las existentes con gran eficiencia.



12. RESUMEN, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Del estudio y análisis que se ha realizado de la colaboración público-privada y de nuestro modelo concesional cabe extraer una serie de conclusiones y recomendaciones, tanto de carácter general como específico, sobre la trasposición y la regulación actuales:

- La colaboración público-privada, que en nuestro caso se concreta en el llamado contrato concesional, es un instrumento idóneo para conseguir un equilibrio óptimo entre las ventajas que, en términos de coste, calidad y precio, puede ofrecer el sector privado con los objetivos de universalidad, equidad y servicio social que persigue el sector público. Esta fórmula permite ofrecer al ciudadano más valor a cambio de los impuestos que paga, entendidos en sentido amplio.
- La colaboración público-privada elimina el conflicto de que la Administración sea al mismo tiempo gestora y supervisora, lo que puede tener efectos negativos en el nivel de exigencia, motivado en muchas ocasiones por la falta de recursos. Asimismo, reduce el número de contratos necesarios para la gestión de las infraestructuras, proporcionando un criterio único que puede mantenerse durante el período de vigencia del contrato.
- Para la Comisión Europea, «las concesiones son un medio particularmente atractivo para llevar a cabo proyectos de interés público [...] cuando es necesario movilizar recursos y conocimiento para suplementar la escasez de recursos públicos».
- Esta visión ha sido compartida por los diferentes Gobiernos de distinto signo político, que reiteradamente han recogido en sus diversos planes estratégicos de infraestructuras y transportes —llámense PEIT o PITVI— la colaboración público-privada como parte de su estrategia política y económica. Es más, la propia Ley de Carreteras de 2015 prevé que se estudie la viabilidad de la colaboración público-privada con carácter previo a la financiación pública. Pero la realidad es que la licitación de concesiones en el período 2012-2020 respecto del período 2003-2011 ha caído más del 97 % en el Estado, el 88 % en las CC. AA. y el 86 % en las CC. LL.
- En nuestra opinión, existen, de hecho, una serie de reticencias en el decisor político, e incluso en el nivel técnico de las Administraciones, basadas en prejuicios tales como la percepción de que los ciudadanos identifican la gestión privada de servicios públicos como una privatización indeseable de los mismos; o que las concesiones resultan más caras cuando no las gestionan las Administraciones públicas; o la propia sobrevaloración de la rentabilidad de la concesión, al tiempo que se infravaloran sus riesgos. Esto hace que las declaraciones en los planes no se vean luego reflejadas en la acción de gobierno.
- Si bien la norma supone, con carácter general, la plasmación de las directivas por medio de la técnica de la trasposición, existen algunos aspectos en los que la LCSP ha sido más restrictiva que la normativa comunitaria, o, allí donde esta no constreñía o no entraba a regular, la norma española sí que ha contemplado esa regulación. El ejemplo más claro de esta disonancia es la regulación de los modificados, sobre la que la LCSP es más restrictiva que las directivas.
- En el sector del agua, en materia de concesiones, ha habido una falta de reconocimiento de su especificidad. A escala europea, esto motivó que se excluyera de la nueva Directiva Europea de Concesiones de Servicios a este sector, mientras que en España se ha recogido en la LCSP, no estableciendo nuestra ley ninguna diferenciación para este tipo de concesiones. Sería conveniente regular en este sentido para tener en cuenta la singularidad del sector del agua, motivada por ser un servicio esencial, de primera necesidad por su propia naturaleza, y por la gestión de clientes directos que no pueden elegir quién les ofrece el servicio.
- Las concesiones de infraestructuras están sujetas a numerosos riesgos: de diseño, de construcción, de expropiaciones, de demanda, de disponibilidad, de financiación, de cambios normativos o legislativos, de fuerza mayor, etc. Es preciso acotar los riesgos que asume cada parte, siendo lo más apropiado que cada uno (Administración y concesionario) asuma los que realmente pueda controlar y gestionar. Uno de los casos más notorios es el riesgo en las expropiaciones.

- Es preciso también que se adopten, según los casos, medidas para mitigar los riesgos que podía asumir la sociedad concesionaria: avales del Estado para garantizar recursos ajenos, subvenciones a fondo perdido, anticipos reintegrables cuando el tráfico es insuficiente, bonificaciones fiscales..., así como precisar las condiciones para la transmisión de acciones y establecer métodos más ágiles para la resolución de conflictos.

- En concreto, en el contrato de concesión, tal y como se ha definido en la nueva Ley de Contratos, es esencial la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de las obras, lo que supone que, siempre que se respete el principio de equilibrio económico-financiero, debe existir exposición auténtica al mercado, el riesgo o posibilidad real de que el concesionario no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes, incluso aunque se determine *a priori* que una parte del riesgo sea asumida por la entidad pública. El riesgo operacional implica la traslación del riesgo de demanda, del de suministro o de ambos.

- Asimismo, la normativa española, al entender que «la disponibilidad» tiene cabida en los contratos de concesión, porque la menciona expresamente, ha sido más favorable que la Directiva Europea. Ahora bien, la dificultad de recurrir al pago por disponibilidad con la actual legislación, tanto la comunitaria como en su trasposición nacional, vuelve a surgir, dado que la configuración en los pliegos de la efectiva asunción del riesgo operacional por parte del concesionario resulta compleja en los casos en los que se establece el pago por disponibilidad. Este es un asunto crítico que debería resolverse en la ley para no ofrecer dudas que en ocasiones pueden hacer inviable el modelo de pago por disponibilidad en la concesión.

- Puede resultar conveniente, para evitar los efectos perversos de la indexación, que tal y como establece la Ley de Desindexación de 2015, los costes de producción vinculados a la concesión no se vean incrementados por el precio de bienes o servicios que no forman parte de su estructura de costes. La norma,

sin embargo, no impide las revisiones periódicas y predeterminadas ni las revisiones periódicas no predeterminadas y no periódicas.

- El real decreto de desarrollo de la ley estableció los principios para el diseño de las fórmulas que deben regir las revisiones periódicas y predeterminadas, pero se dejó que estas fórmulas fueran elaboradas por los órganos de contratación o por las autoridades competentes por razón de la materia. Ni unos ni otros han acometido la elaboración de las fórmulas concretas conforme a los parámetros legales y reglamentarios, dando lugar a un bloqueo permanente en la contratación pública, lo que ha provocado a su vez una dura y razonable crítica a la norma.

- La crítica también se produce por la fijación de la tasa de descuento dentro de la fórmula del período de recuperación de la inversión del contrato. Esta tasa de descuento se fija en 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 doscientos puntos básicos. Este diferencial puede ser modificado eventualmente *ad hoc* mediante una orden ministerial, lo que flexibilizaría la aplicación de la regla. Sin embargo, de hecho, se muestra como una excepcionalidad a la que no se ha recurrido, salvo en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia para los contratos de concesión de obras y de servicios, que se fija en trescientos puntos básicos y con el bono a treinta años. Esta es una rentabilidad muy baja, completamente alejada de la requerida por el mercado para este tipo de riesgos y en comparación con la que ofrecen los contratos de concesión fuera de España.

- Otra cuestión a destacar en la fórmula definida para el cálculo del período de recuperación de la inversión del contrato es que no considera los costes de financiación ni el beneficio sobre el capital invertido ni tiene en cuenta la actualización de los valores monetarios.

- Es necesario que exista un adecuado balance entre los principios de riesgo y ventura y equilibrio económico-financiero. En la elaboración de los

pliegos deben preverse los parámetros que hay que considerar para la valoración cuantitativa del citado desequilibrio (podría considerarse, por ejemplo, la TIR del proyecto) y la variación que debe producirse en aquel para que se considere que el desequilibrio se produce. Una adecuada definición de los riesgos y, en su caso, de los indicadores que hay que aplicar durante el contrato reducirá su coste.

- Existe un extenso catálogo de órganos consultivos: la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y los órganos equivalentes de las CC. AA. y de Ceuta y Melilla; el Comité de Cooperación en materia de contratación pública; la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación y la Oficina Nacional de Evaluación. A pesar de ello, habida cuenta de la multiplicidad de Administraciones y la complejidad territorial española, se produce una proliferación variada de soluciones y resoluciones, tiempos de espera y casuística dispar que no se lo pone fácil a quien compite por las licitaciones en distintos territorios o a todos los niveles (Estado, CC. AA. y entidades locales). Así se advierte que la función de control de la contratación pública debería inspirarse en el modelo judicial, evitando sus vicios, es decir, siendo profesional y uniforme y procurando que esté bien dotada para lograr agilidad y eficacia (en plazos de resolución y en publicación).

- En el sector del agua, no existe un organismo regulador nacional independiente en un contexto en el que intervienen Administraciones de distinto ámbito territorial, lo que, unido a la ausencia de reglamentación para definir la estructura tarifaria, así como a la falta de transparencia respecto a las tarifas, hace difícil la comparación de los distintos modelos de gestión.

- Existen dificultades muy notables para los ayuntamientos en la licitación de los contratos de concesión tanto en la elaboración de los pliegos como durante el proceso de adjudicación, con numerosos recursos que obligan a suspender o a renunciar a los procedimientos e incluso que condicionan la elección de otros modelos de gestión que no tienen por qué ser más eficientes ni más baratas para los usuarios finales.

- La Oficina Nacional de Evaluación podría ser un elemento positivo para el sistema concesional, evitando que se utilice el modelo inadecuadamente, aportando criterios de racionalidad y homogeneidad en este tipo de contratos y detectando las modificaciones normativas que pudieran requerirse. También podrían otorgársele a la ONE competencias para proponer, para grupos de pliegos, los diferenciales a aplicar en la fórmula del artículo 10 del Real Decreto 55/2017, de forma que pudieran valorarse los riesgos

de cada contrato o grupos de contratos y los riesgos inherentes a cada sector y en cada momento.

- No puede dejar de mencionarse la controvertida RPA —hoy la extinción de la concesión es objeto de una regulación diferente— de las autopistas de peaje que quebraron y se encuentran sujetas a la legislación de 1972 y al pliego de 1973, en lo que no resultase modificado por los pliegos de cláusulas particulares de cada concesión y que estaba limitada por el techo determinado en los decretos de adjudicación y por las mismas ofertas de las sociedades concesionarias, además de las reglas de liquidación establecidas para el caso de incumplimiento. En la actualidad, este proceso se lleva a cabo tanto en la vía administrativa, con la determinación de la RPA por parte del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, como en la contencioso-administrativa, ante el desacuerdo de las sociedades concesionarias y otros interesados en el procedimiento frente al método de cálculo y a las primeras resoluciones.

- Otro aspecto nada desdeñable es el relativo al impacto de las normas SEC (Sistema Europeo de Cuentas). Estas normas, en cuanto a la deuda y el déficit presupuestario, dificultan e incluso impiden aplicar modelos de colaboración público-privada por su consolidación como deuda pública. Así, ha habido proyectos de infraestructuras que han sido bloqueados estos últimos años en gran medida por esta razón, a pesar de su utilidad pública y de los buenos estudios de impacto de algunos de ellos.

- Aunque en los últimos años se ha avanzado en precisar algunas de las condiciones en las que un proyecto CPP puede ser consolidable en las cuentas nacionales, conviene seguir avanzando en la resolución de las dudas que se plantean al respecto.

- Finalmente, la experiencia internacional nos dice que la formulación de planes estratégicos de las Administraciones competentes no sujetas a cambios de gobierno es esencial. El diseño de un sistema de incentivos fiscales y subvenciones, la transparencia en los procesos, la adecuada y equilibrada asignación de riesgos y una rentabilidad acorde con lo que exige hoy día el mercado son indispensables para que la colaboración público-privada sea una fórmula de éxito.

- En definitiva, por todas estas razones, España está perdiendo la oportunidad de utilizar el modelo concesional como un instrumento que le permita conseguir más eficiencia, mayor innovación y la incorporación de criterios como la sostenibilidad y la digitalización de una manera más intensa. Deberíamos poder aprovechar el hecho de que las empresas españolas son líderes mundiales en la gestión de este tipo de proyectos.



13. PERFILES AUTORES



Julio Gómez-Pomar

Julio Gómez-Pomar es doctor en Ciencias Económicas y *master* en Administración Pública por la Universidad de Harvard. Es, además, funcionario en excedencia del Cuerpo de Inspectores de Hacienda del Estado. Ha desarrollado una intensa carrera profesional en el sector público, donde ha desempeñado cargos como secretario de Estado de Administraciones Públicas, presidente de Renfe o secretario de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda. En la actualidad, es presidente de IE Center for Transport Economics & Infrastructure Management, en la IE University; profesor del IE Business School, y presidente de la empresa ferroviaria Eco Rail. Es vocal de la junta directiva del Colegio de Economistas de Madrid, miembro del consejo editorial de *El Economista* y autor de diversos libros y múltiples publicaciones.



Alicia Segovia

Alicia Segovia, licenciada en Derecho y Ciencias Políticas y abogada del Estado, es en la actualidad directora de Gobierno Corporativo de Banco Sabadell. Ha trabajado como *counsel* en el despacho londinense de Uría. En el área de infraestructuras y transporte, ha sido secretaria general técnica del Ministerio de Fomento, consejera de AENA, consejera de ENAIRE y directora de la asesoría jurídica de Metro de Madrid. También ha desempeñado el cargo de directora de los servicios jurídicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el de directora adjunta de la asesoría jurídica del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados. En la Abogacía General del Estado, ha ocupado diversos puestos: en León, ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y en Arbitrajes Internacionales. Habla alemán e inglés y es autora de numerosas publicaciones en materia jurídica y política y, como profesora de Derecho, ha colaborado en diversos cursos, seminarios y conferencias.



Carmen Sánchez

Carmen Sánchez es ingeniera de Caminos, Canales y Puertos del Estado. Cuenta con veinte años de experiencia en el sector de las infraestructuras de transporte, quince de ellos en el sector público, donde ha desempeñado puestos de responsabilidad en la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Transportes, como, entre otros, el de jefa de gabinete y subdirectora general de Conservación. En el 2017 fue nombrada subdelegada del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, lo que la ha permitido participar en procesos recientes de gran importancia para el Estado, como la liquidación de las autopistas radiales o el final de las primeras concesiones de autopistas de peaje al usuario, entre otros. Tanto en su etapa como subdirectora de Conservación como en la de subdelegada del Gobierno, ha tenido entre sus competencias la gestión de las conocidas como autovías de primera generación. En abril de 2021 solicitó la excedencia voluntaria y actualmente participa en distintos proyectos relacionados con las infraestructuras, manteniendo una colaboración permanente con la empresa Sigrun Partners, firma independiente de Banca de Inversión.



Juan Barrios

Juan Barrios, ingeniero de Caminos, Canales y Puertos por la Universidad Politécnica de Cataluña (UPC) y socio fundador de TrechoBS Consultores, consultoría e ingeniería especializada en el sector de las infraestructuras y el transporte, Juan Barrios ha desarrollado buena parte de su vida profesional en la Administración. Ingresó en el Cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos del Estado en 2001, ocupando el cargo de jefe de la Demarcación de Carreteras del Estado en Cataluña entre 2012 y 2017 y el de coordinador del Corredor Mediterráneo entre 2017 y 2018. Juan cursó el Programa de Alta Dirección de Empresa (PADE) de la IESE Business School de la Universidad de Navarra y fue profesor del Máster en Túneles y Obras Subterráneas, organizado por el Colegio de Caminos, Canales y Puertos y la Asociación Española de Túneles y Obras Subterráneas (AETOS), desde su primera edición, en el 2006, hasta el 2011. También ha participado como ponente en numerosos seminarios, congresos y jornadas relacionados con las carreteras, los ferrocarriles y el transporte.

ie

UNIVERSITY

CENTER FOR TRANSPORT
ECONOMICS AND
INFRASTRUCTURE
MANAGEMENT