

<p style="text-align: center;">SUGERENCIAS DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE APARCAMIENTOS Y GARAJES, ASESGA, AL PROYECTO DE DIRECTIVA DE CONCESIONES (COM (2011) 897, final</p>
--

A MODO DE RESUMEN: Este Proyecto de Directiva puede suponer un avance en cuanto a los procedimientos de adjudicación en sí de las concesiones. Nos preocupa, no obstante, la definición del contrato de concesión, con la transmisión de riesgos al concesionario, y la inexistencia de referencia al principio de mantenimiento económico financiero del contrato. No parece que ninguna de estas cuestiones, que implican la inexistencia de garantías de recuperación de las inversiones realizadas, y a las que añadimos las que a continuación, resumidamente se señalan, vayan a ser capaces de suscitar interés por parte de la iniciativa privada.

Con respecto a la “EXPOSICIÓN DE MOTIVOS”

Definición (pág. 6): La propuesta de Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión pretende incluir una definición más precisa del contrato de concesión, en tanto en cuanto “hace referencia al riesgo operacional”.

No estamos de acuerdo, ni apreciamos esta mayor precisión, en tanto en cuanto la transmisión del riesgo operacional, al que nos referiremos a lo largo de este documento, no sólo no es un elemento característico de las concesiones en el Ordenamiento jurídico español, sino que además, es una cuestión a la que, en los términos contemplados en el Proyecto de Directiva, nos oponemos.

Modificaciones (pág. 6): Pretende, asimismo, y en unos términos con los que ASESGA tampoco está conforme, por las razones que más adelante se señalarán, recoger soluciones básicas para hacer frente a las circunstancias imprevistas que hagan necesaria la modificación de una concesión durante el período de vigencia.

Con respecto a los “CONSIDERANDOS”

Nos referimos a los que consideramos más relevantes:

“(6) DEFINICIÓN DE CONCESIONES”

“(7) Tras referirse a la existencia de dificultades relacionadas con la interpretación de los contratos de concesión y contrato público ... señala cómo “debe declararse la

definición de concesión, en particular haciendo referencia al riesgo operacional sustancial. La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo económico que conlleva la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios adjudicados. La regulación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al contratista de cualquier pérdida potencial garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a los costes en que hubieran incurrido el operador por la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la demanda o la disponibilidad de esos bienes o servicios. “

No podemos estar conformes. Aun no pretendiendo (como no cabe en una concesión) el alivio de “cualquier” pérdida potencial en que pudiera incurrir el concesionario, sí debe tenerse en cuenta la necesidad de que la Administración concedente ayude a preservar el equilibrio económico financiero de la concesión, cuestión ésta que ni siquiera aparece como figura en el Proyecto de Directiva, siendo uno de los problemas fundamentales, a nuestro juicio.

Mutatis mutandis, no puede pretenderse tampoco que los operadores privados colaboren en la creación de infraestructuras de titularidad pública sin que la Administración que ostenta la titularidad de éstas asuma ningún riesgo/necesidad de aplicar mecanismos de compensación en supuestos en los que, haciendo uso de sus prerrogativas, ejerza sus facultades de modificación unilateral del contrato, factum principis y ius variandi, así como la concurrencia de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles. De desarrollo posterior.

“(8) Cuando la reglamentación específica del sector prevea una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes en que hubiera incurrido por la ejecución del contrato, este último no debería considerarse concesión a efectos de esta directiva.”

La existencia de mecanismos de compensación, o fórmulas de mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato, como se señala en el punto inmediato anterior, no son incompatibles con la existencia de una concesión.

“(36) ... El licitador adjudicatario no debe ser sustituido por otro operador económico sin la convocatoria de una nueva concesión Sin embargo ... puede experimentar cambios estructurales a lo largo de la ejecución, tales como simples reorganizaciones internas, concentraciones o adquisiciones, procedimientos de insolvencia, o bien sustituciones sobre la base de una cláusula contractual conocida por todos los licitadores y conforme con los principios de igualdad y transparencia.”

Limita la existencia de supuestos actualmente permitidos, (i.e. fusión por absorción de otra empresa, o compra, con mantenimiento de requisitos de solvencia y garantías), limitando así el acceso de capital privado. De desarrollo posterior.

“(37) Los poderes adjudicadores deben tener la posibilidad de prever en el propio contrato de concesión la posibilidad de modificaciones, lo que se reflejaría en la inclusión de cláusulas de revisión que no deben otorgar una discrecionalidad ilimitada. La Directiva establecerá en qué medida pueden preverse modificaciones en la concesión inicial.”

Aparentemente, el articulado de la Directiva no recoge esta posibilidad sino de forma sumamente restrictiva.

ACERCA DEL TÍTULO I: DEFINICIONES, PRINCIPIOS GENERALES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

CAPÍTULO I: DEFINICIONES, PRINCIPIOS GENERALES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

- SECCIÓN I: DEFINICIONES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Art. 2.

1. Definiciones; Las concesión de obras (1), y las de obras públicas y (4) comparten en la Directiva una definición idéntica.

2. Las concesiones de obras, obras públicas y servicios, llevan implícita la transferencia al concesionario del “riesgo operacional sustancial” hasta tal punto que esta cuestión aparece como elemento que define la concesión; tiene lugar esta transmisión “cuando no esté garantizado que (el concesionario) vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión».

El riesgo puede ser, según el Proyecto de Directiva:

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

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

No podemos aceptar, ya de entrada, la sistemática del Proyecto de Directiva; esto es, que aparezca en la “definición” de una concesión que el titular de ésta asuma el riesgo de demanda, o el riesgo de disponibilidad; aunque no se incluya expresamente el riesgo de construcción (retrasos en la construcción, sobrecostes, incumplimiento de estándares de calidad, deficiencias técnicas), éste ha de asumirse también mayoritariamente por el concesionario a tenor del principio de riesgo y ventura.

La razón a que obedecen en buena parte este tipo de contratos, el interés público, hace

que sea aconsejable la perdurabilidad de las infraestructuras y/o de la prestación de servicios; ello requiere una distribución de riesgos entre concedente y concesionario; cabría pensar seriamente que la concesión no puede suponer una exoneración de responsabilidad del ente concedente; el estudio de viabilidad previo a realizar por la Administración debe contener “previsiones sobre la demanda de uso ... y sobre la rentabilidad de la concesión ...” (vid. art. 128.2.b) TRLCSP. Ello no sólo es incompatible con la absoluta transmisión del riesgo de demanda al concesionario que con base en ese estudio de viabilidad acude a una licitación; sino que supone la necesidad de que el riesgo de demanda, (inicialmente valorada por la propia Administración) debe ser mitigado, si no suprimido. En esta línea, igualmente, nos apoyamos en las referencias, en la TRLCSP arts. 131.1.c) 4º, a los umbrales máximo y mínimo de rentabilidad en el plan económico financiero que presenta el concesionario al licitar.

Dentro de este apartado, y si bien resultará de aplicación igualmente cuando nos refiramos a la modificación del contrato de concesión, la suficiente retribución del concesionario, junto con el mantenimiento del equilibrio económico financiero, obedecen a razones no sólo de interés público, ya que la viabilidad de la concesión no viene sino a mantener la prestación del servicio, o de la utilización de la obra pública, sino que también debemos tener en cuenta un principio de equidad y reciprocidad en las prestaciones contractuales. El derecho del concesionario al mantenimiento del equilibrio económico financiero aparece expresamente reconocido en los arts. 245 b) y especialmente en el 258 del TRLCSP.

Causas ya citadas como el factum principis, ius variandi, fuerza mayor, hacen que entre en juego la figura del restablecimiento del equilibrio económico financiero, que junto con la ya citada retribución del concesionario deberían, de alguna forma, recogerse en la definición de concesión, y ello sí haría atractiva (al contrario de lo que, a nuestro juicio sucede con este Proyecto) para las empresas, la posibilidad de concurrir.

- SECCIÓN III: DISPOSICIONES GENERALES

Artículo. 16

Duración de la concesión

“La duración de la concesión estará limitada al tiempo que se calcule que es necesario para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para explotar las obras o los servicios, junto con un rendimiento razonable sobre capital invertido”.

No parece razonable la elusión de criterio de duración alguno, que, en nuestro Ordenamiento Jurídico (y entendemos que esta sugerencia sí debe realizarse) deja señalados, con independencia de la existencia de normas especiales aplicables a determinados contratos, criterios a tener en cuenta: naturaleza de las prestaciones, características de su financiación, y la necesidad o no de someter

periódicamente a concurrencia la realización de las mismas (art. 23 TRLCSP). Mismo artículo, claro que debe preverse la posible existencia en la concesión de una o varias prórrogas. No parece razonable, y sí claramente disuasorio para el capital privado, que todo el compromiso que con el concesionario se adquiere, acerca de la duración (y estabilidad) de la concesión, consista en la obtención, por parte de éste, de la recuperación de las inversiones junto con un desangelado “rendimiento razonable” sobre el capital invertido.

ACERCA DEL TÍTULO III: Normas relativas a la ejecución de las concesiones

Artículo. 42

Modificación de las concesiones durante su vigencia.

Una vez más, el término sustancial (pese a su subjetividad) aparece en la Directiva.

42.1. Señala que toda modificación sustancial de las disposiciones de una concesión será considerada una nueva adjudicación, y conllevará un nuevo procedimiento de ejecución.

42.2. Entre otras razones, la desafortunada explicación acerca de qué modificaciones serán consideradas sustanciales, “cuando con ella la concesión sea sustancialmente diferente”, hacen totalmente aconsejable la eliminación de estos apartados 1, y 2. Acerca de las condiciones contenidas en este apartado 2 (a, b, y c) la primera de ellas es similar a la que recogida en el art. 107,2, y 3 del TRLCSP; con respecto al resto: deben suprimirse:

- el apartado b) “cuando la modificación cambie el balance económico de la concesión a favor del concesionario”
- El apartado c) ampliación del ámbito de la concesión,

Cualquiera de ambos supuestos, de tener lugar en el seno de la actual normativa que rige las concesiones, habría de cumplir requisitos a fin de eludir la vulneración del principio de licitación.

42.3. No puede considerarse sustancial cualquier sustitución del concesionario a los efectos previstos en el apartado 1. En este sentido, el art. 85 del TRLCSP hace referencia a varias formas de modificación de la personalidad del concesionario que no impliquen la de la concesión, siendo único y razonable requisito que de éstas se desprenda la pérdida de la solvencia requerida para resultar adjudicatario. Esto debería reproducirse en la Directiva.

42.4. Cuando el valor de la modificación pueda expresarse en términos monetarios, la

modificación no se considerará sustancial si su valor no supera los umbrales del Art. 5 (concesiones de valor igual o superior a 5.000.000 €) ni excede de un 5% del precio del contrato original. Si se realizan varias modificaciones sucesivas el valor se calculará conforme al valor agregado de dichas modificaciones.

El TRLCSP radica en su art. 107.3. d) establece, a efectos de valorar si las modificaciones del contrato son sustanciales a los anteriores efectos, que iguale o exceda del 10 del valor del contrato porcentaje que solicitamos se proponga en lugar del 5%; y además, que las modificaciones no tengan valor acumulativo.

42.5. La Administración conforme al TRLCSP, puede prever de manera expresa el ejercicio del ius variandi en el seno de la concesión y durante su vigencia, si ésta se ha contemplado en los documentos que rigen la licitación. Esta posibilidad parece desaparecer en el apartado 5 “no contendrán modificaciones u opciones que puedan alterar el carácter global de la concesión”, sin que sea posible alcanzar a entender bien este término.

42.6. No tendrá los efectos de una modificación sustancial, y así no dará lugar a un nuevo procedimiento de adjudicación, el aumento del precio, siempre que no sea superior al 50% del valor de la concesión original. Debe suprimirse, por retrotraerse al valor de la concesión original. No sólo por la falta de ajuste, en no pocas ocasiones, a la realidad de este dato, sino también por las numerosas modificaciones que, consecuencia del factum principis, ejercicio de ius variandi, y adaptación a nueva normativa, el concesionario ha de realizar a lo largo de la vida de la concesión, y que alteran el valor de ésta de manera importante, con respecto al inicial.

42.7. Supuestos en que los entes concedentes no modificarán las concesiones. El apartado b) parece referirse a posibles circunstancias sobrevenidas (aumento de la inflación); se hace imprescindible en este punto recordar la necesidad de, a lo largo de toda la Directiva, y en supuestos como éste, introducir la figura imprescindible del equilibrio económico financiero de la concesión, y la preservación de este.

Artículo 43 Rescisión de concesiones

Establece tres supuestos concretos

- cambios en la personalidad de la adjudicataria del contrato que hagan ya obligatorio el sometimiento a la Directiva;
- que una modificación de la concesión suponga una nueva adjudicación (remisión al art. 42)

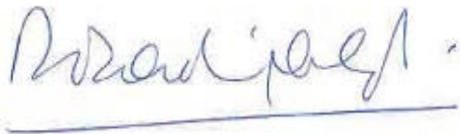
- Dictamen del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en procedimiento establecido en el Tratado, conforme un Estado miembro ha incumplido sus obligaciones , al realizar un poder adjudicador/entidad adjudicadora de dicho Estado una adjudicación sin ajustarse a las obligaciones impuestas por los Tratados o por la propia Directiva.

En cualquiera de tales casos, los Estados miembros se asegurarán de que los poderes y entidades adjudicadoras tengan la posibilidad, con arreglo a condiciones determinadas por la legislación contractual nacional aplicable, de poner fin a una concesión durante su período de vigencia.

No debe incluirse el segundo de ellos; que una modificación de la concesión suponga una nueva adjudicación, con remisión al art. 42. Reiteramos ya las consideraciones realizadas al citado artículo, y además, consideramos peligroso dotar a los poderes y entidades adjudicadoras, especialmente en ese supuesto, no exento de subjetividad, de la posibilidad de resolución automática, que ningún favor hace al principio de seguridad jurídica.

Nos llama la atención, por otra parte, la escasa casuística, comparada con la prevista en nuestro Ordenamiento jurídico, que aquí se recoge, no siendo este un problema pequeño cuando quien debe instar la resolución es el propio concesionario (art. 269, apartados d) f) i)), ni de las consecuencias de ésta.

Madrid, 25 de abril de dos mil trece



Abogado. Secretaria General. ASESGA