

EL FUTURO DEL MERCADO CONCESIONAL EN EUROPA

Ximena Lazo Vitoria

*Profesora Titular I. de Derecho Administrativo.
Universidad de Alcalá*

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2013** en la modalidad de **Derecho Constitucional-Administrativo**.

El Jurado ha estado compuesto por: don FRANCISCO MONTERDE FERRER, don JOSÉ LUIS MARTÍNEZ MORALES, don JOSÉ MANUEL PALAU NAVARRO, doña Remedio SÁNCHEZ FERRIZ y don RICARDO DE VICENTE DOMINGO.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

EXTRACTO

Hasta la fecha, el derecho de la Unión Europea no ha regulado sistematizadamente los contratos de concesión (los de obras se someten de forma muy limitada a sus disposiciones, mientras que los de servicios están formalmente excluidos de su ámbito de aplicación). Recientemente y tras un prolongado procedimiento de evaluación y consulta previa, la Comisión Europea ha estimado conveniente elaborar un estatuto singular para dichos contratos. Una decisión que, sin embargo, ha generado una notable oposición, especialmente por la inclusión de determinados servicios de interés general en dicho estatuto. En este trabajo se estudian críticamente los rasgos más destacados de la iniciativa (en fase avanzada de aprobación legislativa), cuya aprobación sin duda cambiará de modo significativo la fisonomía del mercado concesional comunitario.

Palabras claves: contratos de concesión, directiva de concesiones, concesiones de servicios, concesiones de obras, riesgo operacional y modificación de los contratos.

Fecha de entrada: 03-05-2013 / Fecha de aceptación: 09-07-2013

THE FUTURE OF CONCESSION MARKET IN EUROPE

Ximena Lazo Vitoria

ABSTRACT

To date, the European Union law has not regulated concession contracts in a systematic manner (those referred to works are subject to its provisions in a very limited way, while those referred to services are formally excluded from its scope). Recently, after a long process of evaluation and consultation, the European Commission has decided that it would be convenient to develop a unique statute for such contracts. The decision, however, has generated considerable opposition, mainly because of the inclusion of certain services of general interest in that statute. This paper critically examines the salient features of the initiative (in advanced stage of legislative approval), its approval will certainly mean a significant change in the physiognomy of the European concessional market.

Keywords: concession contracts, concessions directive, services concessions, works concessions, operating risk and modification of contracts.

Sumario

1. Introducción
 2. La situación vigente: los contratos de concesión en el derecho comunitario y la regulación prevista por el legislador español
 3. El nuevo marco jurídico de los contratos de concesión
 - 3.1. Los rasgos principales del proyecto de directiva
 - 3.2. Los objetivos perseguidos por la propuesta de directiva
 - 3.3. El debate suscitado acerca de la necesidad de una regulación armonizada. En particular, la situación de los servicios de interés general
 4. El concepto de contrato de concesión
 5. El problema de la distribución de los riesgos
 6. El ámbito de aplicación del proyecto de directiva
 - 6.1. El ámbito subjetivo
 - 6.2. La delimitación del ámbito objetivo
 - 6.3. Los umbrales económicos
 - 6.4. Las exclusiones del ámbito de aplicación
 7. Normas de publicidad
 8. Criterios y principios aplicables a los procedimientos de adjudicación
 9. Normas relativas a la modificación de los contratos de concesión
 10. La rescisión de las concesiones
 11. Reflexión final
- Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

España cuenta con una larguísima tradición concesional. Basta para ello traer a colación la muy conocida Instrucción de Obras Públicas, de 10 de octubre 1845 –primera regulación general de las concesiones de obra pública–, que preveía que la entonces denominada «realización de obras por empresa» (concesión) es la vía adecuada de gestión cuando se trata de obras de gran importancia y vasta extensión que «exijan de considerables sumas que la Administración no se halle en estado de afrontar». Desde entonces este contrato ha representado una importante fórmula de colaboración y financiación privada de obras y de servicios públicos.

A nivel comunitario, los contratos de concesión tienen una relevancia económica muy destacada y representan, además, la mayor parte de los contratos de colaboración o asociación público-privada que se celebran en el ámbito europeo¹. Por ello, tiene una especial relevancia la iniciativa presentada por la Comisión Europea a fines de 2011 por medio de la cual se propone por primera vez la aprobación de una regulación armonizada para los contratos de concesión de obras y de servicios². Su entrada en vigor, prevista inicialmente para el 30 de junio de 2014, supondrá un cambio muy significativo en el funcionamiento del mercado concesional comunitario. Y ello, no solo en lo que concierne al reforzamiento de la competencia (publicidad y transparencia de las licitaciones), sino muy especialmente porque la directiva define un nuevo modelo de distribución de riesgos –verdadera clave de bóveda del sistema– y adopta algunas decisiones importantes relativas a su ámbito de aplicación (v. gr., inclusión de las concesiones de servicios sociales) y a la extensión de su régimen jurídico (inclusión de reglas relativas a la ejecución de los contratos de concesión).

2. LA SITUACIÓN VIGENTE: LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN EN EL DERECHO COMUNITARIO Y LA REGULACIÓN PREVISTA POR EL LEGISLADOR ESPAÑOL

Una primera idea que es preciso subrayar de la regulación comunitaria radica en la ausencia de una definición específica para los contratos de concesión. Así, el concepto de concesión de obras ha

¹ Vid. Comunicación de la Comisión Europea. Acta del mercado único. Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza. «Juntos por un nuevo crecimiento», de 13 de abril de 2011.

² Se trata de la propuesta de directiva relativa a la adjudicación de los contratos de concesión COM (2011) 897 final-2011/0437 (COD) presentada conjuntamente con otros dos proyectos igualmente relevantes: a) Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la contratación pública, COM(2011) 896 final- 2011/0438 (COD); y b) Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, COM(2011) 895 final-2011/0439 (COD).

estado indisolublemente unido a la noción del contrato público de obras. A este respecto, debe recordarse que la Directiva 93/37 CEE, del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, definió (art. 1, letra d) las concesiones de obras como «el contrato que presenta los caracteres contemplados en la letra a) [relativos al contrato de obras] con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio». Una asociación semántica que, por lo demás, se mantiene en la regulación vigente *ex* artículo 1.3 de la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios. Y lo mismo puede afirmarse respecto de las concesiones de servicios cuya definición se extrae, a su vez, del respectivo concepto de contrato público de servicios [arts. 1.2 d) y 3 Directiva 2004/18].

Una segunda idea básica tiene relación con el nivel de regulación previsto por el legislador comunitario para los contratos de concesión. Ello es así porque solo determinadas disposiciones de la Directiva 2004/18 resultan aplicables a las concesiones de obras (v. gr., publicación del preceptivo anuncio en el DOCE; obligación de respetar el plazo mínimo de espera, etc.), en contraste con lo que sucede con los contratos públicos de obras, suministros y servicios, sometidos plenamente a la citada directiva. Y en el caso de las concesiones de servicio, el legislador ha previsto su exclusión tanto de las normas generales de contratación (art. 17 Directiva 2004/18) como de las previstas por la Directiva 2004/17 para la adjudicación de determinados contratos, en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. Una exclusión que, debe recordarse, alcanza también a las concesiones de obras en los términos previstos por el artículo 18 de la citada Directiva 2004/17. Pero ello no significa, sin embargo, que la adjudicación de dichos contratos se pueda realizar libremente (v. gr., ausencia de publicidad, adjudicación directa, etc.) ya que, como ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los poderes y entidades adjudicadoras deben respetar las disposiciones fundamentales del tratado y, en concreto, los principios de igualdad, no discriminación por razón de nacionalidad y transparencia³.

Por otra parte, desde la óptica del derecho español puede observarse un tratamiento similar (asociación conceptual) al dispensado por el legislador comunitario. A este respecto, cabe recor-

³ En este sentido puede citarse la STJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, Parking Brixen, donde el tribunal afirma que «los Estados miembros no deben mantener en vigor una normativa nacional que permita la adjudicación de concesiones de servicios públicos sin licitación, puesto que tal adjudicación infringe los artículos 43 CE o 49 CE, o vulnera los principios de igualdad de trato y no discriminación por razón de nacionalidad». En otro importante pronunciamiento, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que de dichos principios (igualdad de trato y no discriminación) se deriva una obligación de transparencia en virtud de la cual la autoridad pública concedente debe asegurarse de que los mencionados principios son respetados: «Dicha obligación de transparencia consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (Sentencia de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, Teleaustria). Sobre este tema, véanse también las siguientes Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Comisión contra Italia, de 13 de septiembre de 2007, asunto C-260/04 (renovación sin licitación de concesión de apuestas hípcas); WAZV Gotha, de 10 de septiembre de 2009, asunto C-206/08 (suministro de agua potable y de la evacuación de aguas residuales); y Wall AG y Municipio de Fráncfort del Meno y otros, de 13 de abril de 2010, asunto C-91/08 (modificación contrato de concesión de servicios para sustituir a un subcontratista concreto).

dar que la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas, llevó a cabo una transposición casi literal (arts. 130 a 134) de la entonces vigente Directiva 93/37/CEE, relativa a los contratos de obras⁴ y, en consecuencia, consideró las concesiones de obras como una variante o subtipo del contrato de obra pública —«se considerará como contrato de concesión de obras públicas aquel en el que, siendo su objeto alguno de los contenidos en el artículo 120 [objeto del contrato de obras], la contraprestación a favor del adjudicatario consiste en el derecho de explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio»⁵—, previendo para tales contratos una aplicación muy limitada de sus disposiciones⁶.

Con posterioridad, sin embargo, mediante la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, el citado contrato alcanzó una cierta sustantividad propia (Título V del Libro II del citado texto legal) al establecer el legislador que el contrato de concesión de obra pública «se regirá con *carácter preferente*, respecto al régimen jurídico de carácter general aplicable a los contratos administrativos, por las disposiciones contenidas en el Título V del Libro II de esta Ley, sus disposiciones de desarrollo y por la legislación sectorial específica en cuanto no se oponga a dicho Título...». Una senda que ha sido seguida por la legislación vigente [Real Decreto Legislativo (RDL) 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público] aunque con las adaptaciones derivadas de los distintos grados de aplicación que prevé la ley (concesiones adjudicadas por Administraciones públicas; por poderes adjudicadores distintos de los anteriores; y por las restantes entidades integrantes del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador).

Mayores diferencias se aprecian en la delimitación conceptual y regulación del contrato de concesión de servicios. Como es sabido, el legislador español los ha considerado tradicionalmente como una modalidad de gestión indirecta —junto a la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta— englobándolos en la compleja categoría de los contratos de gestión de servicios públicos⁷. Una categoría contractual que carece de réplica en el derecho comunitario y que en el plano nacional convive —con no pocas dificultades— con la del contra-

⁴ Se cita la legislación de 1995 como punto inicial ya que la Ley de contratos del Estado de 1964 no contenía normas aplicables a las concesiones de obra (a excepción de una referencia aislada) y aún más, como ha puesto de manifiesto la doctrina durante la vigencia del citado texto legal, la concesión de obra pública se consideró un subtipo de la concesión de servicio público. *Vid.*, por todos, VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: *Ejecución y financiación de obras públicas. Estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2006, pág. 307, y la bibliografía ahí citada.

⁵ *Vid.* artículo 130.1 del citado texto legal de 1995.

⁶ Sobre esta materia véase especialmente el exhaustivo estudio de GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: «El contrato de obras. La concesión de obras públicas como contrato», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (dir.), Thomson/Civitas, Madrid, 2004, págs. 751 a 791.

⁷ Dicho esquema ha permanecido prácticamente inalterable en las sucesivas leyes de contratos aprobadas en España. *Vid.*, por ejemplo, los artículos 62 y 66 de la Ley de contratos del Estado de 1964 y los vigentes artículos 8 y 277 a) del RDL 3/2011.

to de servicios (art. 10 RDL 3/2011)⁸. Cabe consignar especialmente la falta de concreción del objeto del contrato de gestión de servicios públicos –el citado art. 8 se limita a subrayar que se trata de servicios «cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o mutua encomendante»– y tampoco abunda en esta materia al regular su régimen jurídico (arts. 275 y ss. RDL 3/2011). Por su parte, la remisión del artículo 10 del RDL 3/2011 (definición del contrato de servicio) al Anexo II no sirve como elemento de diferenciación definitiva entre dicho contrato y el que nos ocupa (gestión de servicios públicos) desde el momento que algunos de los servicios incluidos en dicho Anexo (como es el caso, entre otros, del transporte, el saneamiento o la salud) pueden ser calificados sin mayores dificultades como servicios públicos. Como se comprenderá, dicha indefinición conceptual del contrato de gestión de servicios públicos (categoría mayor) se proyecta directamente sobre uno de sus subtipos (concesiones) respecto de los cuales el legislador se limita a destacar el elemento relativo al riesgo: en la modalidad de concesión, prescribe el artículo 27 a) del RDL 3/2011 que «el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura».

3. EL NUEVO MARCO JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

En este contexto, la propuesta de nueva directiva elaborada por las instituciones comunitarias representa, sin duda, un punto de inflexión muy importante ya que es la primera regulación *específica* para los contratos de concesión en el ámbito europeo. Como novedad añadida debe destacarse que dicha regulación pretende ser el *ius commune* aplicable tanto a los contratos de concesión de obra como a los de servicios, ya que la propuesta, salvo aspectos puntuales, les dispensa un tratamiento conjunto.

3.1. LOS RASGOS PRINCIPALES DEL PROYECTO DE DIRECTIVA

El primer rasgo distintivo del nuevo modelo reside en la *nítida separación* entre los contratos de concesión y los contratos públicos (obras, servicios y suministros). Una separación que se manifiesta no solo en el aspecto indicado (aprobación de un estatuto particular), sino sobre todo en el entendimiento –por cierto, declarado reiteradamente por el legislador comunitario⁹– de que dichas categorías contractuales son conceptualmente diversas y responden, por tanto, a principios

⁸ Sobre este tema *vid.*, entre otros, los trabajos de GIMENO FELIÚ, J. M.³: «Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP», *REDA*, n.º 156 de 2012, págs. 17 a 57; y RAZQUIN LIZARRAGA, J. A.: «La distinción entre contrato de servicios y concesión de servicios en la reciente jurisprudencia comunitaria y su incidencia en el ámbito interno», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2012, págs. 1 a 13.

⁹ *Vid.* European Commission: Commission staff working document impact assessment of an initiative on concessions accompanying the document proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts (sin versión en español), de 20 de diciembre de 2011.

y criterios particulares¹⁰. Hay aquí, en mi parecer, una reforma de mayor calado que la producida hace unos años respecto de los contratos de la defensa y la seguridad¹¹. En dicho ámbito, como se recordará, también se diseñó un marco jurídico *ad hoc* pero, y en ello radica la diferencia, sobre la base de adaptar los contratos públicos tradicionales a las necesidades del sector (precauciones en el tratamiento de la información, cadena de suministros, subcontratación, etc.): En cambio, la propuesta que nos ocupa presenta, por así decirlo, una vocación rupturista con la regulación tradicional: los contratos de concesión no son contratos públicos –no se definen, por tanto, por relación con los contratos de obras y de servicios¹²– y requieren de la formulación de un *andamiaje conceptual de nuevo cuño*. Una vocación rupturista que ha sido asumida por el Parlamento Europeo con mayor intensidad, si cabe, al introducir varias enmiendas al texto elaborado por la Comisión con el objeto de, según se declara, «contrarrestar la *idea equivocada* de que la concesión no es más que una forma determinada de contrato público: nueva redacción de la definición de concesión; modificación del vocabulario y supresión de conceptos tomados de los contratos públicos (división en lotes, contratos marco, especificaciones técnicas, etc.)»¹³.

Otro rasgo muy destacado es que el marco jurídico propuesto abarca a los contratos de concesión *de todos los sectores regulados por el Derecho comunitario de la contratación pública*. Por tanto, quedan englobadas las concesiones adjudicadas en el sector clásico (Directiva 2004/18), los sectores especiales (Directiva 2004/17) y las de la defensa y seguridad (Directiva 2009/81)¹⁴.

Pero un ámbito de aplicación así de amplio (concesiones de obras y de servicios que se adjudiquen en los ámbitos antes indicados) ha merecido una valoración no favorable por parte de al-

¹⁰ No se trata, en todo caso, de un enfoque enteramente novedoso ya que en ocasiones anteriores la Comisión Europea había subrayado la necesidad de precisar «las características propias de las concesiones, *distinguiéndolas de los contratos públicos* como consecuencia fundamentalmente de la delegación de servicios de interés general que conlleva este tipo de asociación». Vid. Comunicación interpretativa sobre las concesiones en el derecho comunitario, de 12 de abril de 2000, pág. 4 (la cursiva no es original).

¹¹ Véase la Directiva 2009/81/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE.

¹² Se trata sin duda de un encomiable esfuerzo de clarificación conceptual. Pero la singularización de los contratos de concesión tiene también unos límites lógicos: la similitud de prestaciones entre dichos contratos y los de obras y de servicios es algo que difícilmente puede negarse.

¹³ Comisión de mercado interior y protección del consumidor, Parlamento Europeo: Proyecto de informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, de 5 de julio de 2012, ponente: Philippe Juvin, pág. 192.

¹⁴ Aunque respecto de este último ámbito (defensa y seguridad) el legislador comunitario ha condicionado su aplicación a la garantía efectiva de los intereses generales de la seguridad. Esta matización responde a la regla contenida en el apartado 4 del artículo 8, «Exclusiones aplicables a las concesiones adjudicadas por poderes y entidades adjudicadoras», según la cual, «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 346 del tratado, la presente directiva no se aplicará a la adjudicación de concesiones en los ámbitos de la seguridad y la defensa si sus disposiciones no pueden garantizar la protección de los intereses fundamentales de seguridad de un Estado miembro».

gunas instituciones, sectores y Estados miembros. A este respecto, uno de los reproches de mayor calado que se ha formulado es que la propuesta supone una privatización más o menos encubierta, especialmente en lo que atañe a determinadas concesiones de servicios¹⁵. Para contrarrestar dicha apreciación el legislador recuerda que la directiva no menoscaba «en modo alguno la libertad de los Estados miembros o de las autoridades públicas para decidir el suministro directo de obras o servicios al público o la externalización de tal suministro a terceros...» (Considerando 3). Dicho en otros términos, la directiva no afecta a la elección del modo de gestión (directo o indirecto) de las obras o los servicios, pero, si se opta por este último, sí obliga a someter los respectivos procedimientos licitatorios a normas armonizadas.

Ahora bien, *dicho marco jurídico no es exhaustivo* o, al menos, no lo es si se lo compara con la regulación prevista para los contratos públicos de obras, suministros y servicios¹⁶. Así, por ejemplo, se regulan extensamente los requisitos de publicidad (anuncios de información previa, de concesión, de adjudicación y de modificación, con indicación de su contenido, medios de remisión y plazos); pero nada se dice, en cambio, acerca de los procedimientos de adjudicación (denominación, tipología, requisitos, plazos, etc.), limitándose la propuesta a enunciar algunas exigencias muy genéricas –en muchos casos, reiteración de principios generales (v. gr., igualdad de trato)– aplicables a la estructura de cualquier procedimiento de adjudicación. Este grado *más moderado de intervención legislativa* encuentra su justificación, según ha expresado la propia Comisión Europea, en el respeto del principio de proporcionalidad. La propuesta, se subraya, no va más allá de lo necesario para lograr el objetivo de garantizar un adecuado funcionamiento del mercado interior merced a una serie limitada de normas en el ámbito de la adjudicación de concesiones¹⁷. Y, por lo tanto, se permite a los Estados miembros completar y desarrollar las respectivas disposiciones y, en su caso, «reforzar la observancia» de los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, etc.¹⁸.

Sin perjuicio del análisis que más adelante se realiza, conviene destacar ahora dos aspectos novedosos del citado marco jurídico. Uno, de orden instrumental y que tiene relación con el uso de *métodos electrónicos* con el objeto de simplificar la publicidad de los contratos de concesión y, más en general, como medio para aumentar la eficiencia y la transparencia de los respectivos procedimientos de adjudicación. El legislador comunitario realiza una clara apuesta en esta materia, hasta tal punto de declarar que los citados métodos «deben convertirse en la forma normal

¹⁵ Una exposición de estas posiciones críticas se contiene más adelante en el apartado relativo al debate acerca de la necesidad de una regulación armonizada.

¹⁶ Nótese a este respecto que la directiva (Considerando 4) caracteriza al marco jurídico propuesto para los contratos de concesión como una «coordinación mínima» de los respectivos procedimientos, la cual, además, está basada en los «principios del tratado, a fin de garantizar la apertura de las concesiones a la competencia y una seguridad jurídica adecuada».

¹⁷ «La propuesta de directiva de concesiones...», págs. 4 y 5. Un análisis detallado de las distintas opciones legislativas consideradas antes de la elaboración de la propuesta en «Commission staff working document impact assessment...», cit., págs. 22 y ss.

¹⁸ *Vid.* Considerando 4 *in fine* de la propuesta de directiva de concesiones.

de comunicación e intercambio de la información» en tales procedimientos (Considerando 30 de la propuesta de directiva de concesiones)¹⁹.

El otro aspecto novedoso es la *extensión del marco jurídico* a materias que hasta el momento no habían sido objeto de atención por parte del legislador comunitario²⁰. Muy especialmente deben destacarse las disposiciones relativas a la *modificación* de las concesiones dada su especial incidencia en contratos cuya ejecución se dilata en el tiempo. En lo sustancial, el legislador comunitario recoge las soluciones alumbradas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea distinguiendo los supuestos de modificación contractual –por cierto, como más adelante se expone, no coincidentes plenamente con la regulación española en vigor– de aquellos otros que, por el contrario, exigen de la puesta en marcha de un nuevo procedimiento de adjudicación (las así denominadas modificaciones «sustanciales»). No menos relevantes resultan también las reglas relativas a la «resolución»²¹ de los contratos de concesión (tres supuestos) referidos a causas anormales de terminación de dichos contratos.

3.2. LOS OBJETIVOS PERSEGUIDOS POR LA PROPUESTA DE DIRECTIVA

Los objetivos que persigue la propuesta de directiva son coherentes con las necesidades y obstáculos puestos de manifiesto en los documentos, estudios y consultas que han precedido a su redacción²². Así, se subraya la conveniencia de contar con un marco regulador claro que sirva de

¹⁹ Con todo, se trata de una apuesta que, de ser aprobada en los términos actuales, requerirá de un importante esfuerzo modernizador en cada uno de los Estados miembros y la correspondiente puesta a punto de los sistemas electrónicos a cargo de los poderes y entidades adjudicadoras. Sobre las dificultades prácticas que supondrá eventualmente dicho proceso de adaptación véase, por ejemplo, el informe de la Cámara de Diputados de Italia acerca de la propuesta de directiva de concesiones, disponible en <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/scrutiny/COD20110437/itcam.do>. Junto con manifestar una opinión global favorable a la iniciativa, la citada Cámara puntualiza la necesidad de no establecer como obligatorio el uso de medios electrónicos para la adjudicación de contratos de concesión debido a la inadecuación de los sistemas italianos de contratación pública electrónica.

Sin embargo, debe matizarse que se trata de una obligación cuya exigibilidad se ha aplazado en el tiempo con el objeto precisamente de facilitar la adaptación de los citados sistemas. En efecto, según dispone el artículo 25.7, «los Estados miembros garantizarán que, en un plazo máximo de 5 años a partir de la fecha fijada en el artículo 49.1 [que corresponde a la fecha de transposición prevista para la Directiva de 30 de junio de 2014, es decir, que el plazo concluye el 30 de junio de 2019], todos los procedimientos de adjudicación de concesiones cubiertos por la presente directiva se efectúen a través de medios electrónicos de comunicación...».

²⁰ De ahí que pueda objetarse al título escogido para la iniciativa «relativa a la *adjudicación* de los contratos de concesión» –con clara influencia de las denominaciones tradicionales– ya que no responde plenamente al contenido de la iniciativa. En contraste las otras dos iniciativas presentadas en paralelo a la que aquí se comenta sí emplean, a mi juicio, un terminología más adecuada («Directiva de *contratación pública*» y «Directiva relativa a la *contratación* por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales») ya que ambas incluyen importantes normas relacionadas con la ejecución de los respectivos contratos.

²¹ Nótese que en la propuesta de directiva (art. 43) no aparece el término «resolución» *supra* empleado, sino el de «rescisión». Sobre estos aspectos terminológicos véanse las consideraciones recogidas al analizar esta figura.

²² La Comisión Europea abrió dos periodos sucesivos de consultas: a) el primero, dirigido al público en general y que se completó con 189 contribuciones recibidas hasta el 9 de julio de 2010. Un análisis de sus resultados en European Com-

incentivo a la inversión pública y privada en infraestructuras y servicios estratégicos con la mejor relación calidad-precio. Según la Comisión Europea, la situación de incertidumbre que afecta a esta materia –ausencia de un concepto de contrato de concesión, delimitación del tipo y nivel de los riesgos que deben asumirse, etc.– afecta negativamente a la asignación eficiente del gasto público y resulta perjudicial para los poderes y entidades adjudicadores, los operadores económicos y los propios usuarios de los servicios²³.

La propuesta de directiva pretende solventar también la ausencia de un verdadero mercado comunitario de concesiones (barreras de acceso, procedimientos de adjudicación disímiles, disparidad en los requisitos de publicidad, etc.) y hacer frente a prácticas ilícitas como son, entre otras, la adjudicación directa o la utilización de criterios no objetivos en la adjudicación de estos contratos²⁴. Finalmente, la propuesta tiene por objeto ampliar el ámbito de aplicación de las directivas de recursos (Directivas 89/665/CEE y 92/13/CE, con la modificación introducida por la Directiva 2007/66/CE), para incluir en el mismo a los licitadores de los contratos de concesión.

3.3. EL DEBATE SUSCITADO ACERCA DE LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN ARMONIZADA. EN PARTICULAR, LA SITUACIÓN DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL

La idea de abordar una regulación armonizada para los contratos de concesión ha estado planeando en los últimos años en diversos documentos aprobados por la Comisión Europea²⁵, aunque su cristalización no se ha producido hasta fines de 2011. Pero la necesidad de dicho

mission: «Commission staff working document impact assessment...», cit., págs. 46 y ss.; b) el segundo (de carácter más técnico) recibió hasta su cierre (30 de septiembre de 2010) 122 respuestas de empresas, interlocutores sociales y poderes y entidades adjudicadoras. El contenido de cada formulario individual está disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2010/concessions_en.htm y una exposición sistematizada, en el documento citado al inicio de esta misma nota, págs. 67 y ss. La participación de autoridades públicas españolas no ha sido especialmente alta –han respondido el formulario tres ayuntamientos (Almería, La Rinconada y Orihuela) y una consejería autonómica (Turismo y Trabajo de la comunidad autónoma de las Islas Baleares).

²³ A vía de ejemplo, señala la Comisión, para los poderes y entidades adjudicadoras «la falta de seguridad jurídica incrementa el riesgo de cancelación o resolución prematura de contratos adjudicados ilícitamente y, en última instancia, les disuade de utilizar las concesiones en casos en los que este tipo de contrato podría ser una buena solución. Por su parte, los operadores económicos podrían verse menos inclinados a participar en proyectos cuya licitación podría haberse realizado infringiendo la legislación de la Unión Europea. El interés limitado en las concesiones podría también tener un efecto negativo en la implantación de las CPP y, en consecuencia, comprometer la mejora de la eficiencia y la innovación en la prestación de servicios imprescindibles para los ciudadanos de la Unión Europea». *Vid.* Comisión Europea: Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión. Resumen de la evaluación de impacto que acompaña al documento Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, SEC(2011) 1589 final, 20 de diciembre de 2011, pág. 3.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Véase, por ejemplo, el Libro Verde sobre la Colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de 30 de abril de 2004, COM (2004) 327 final.

marco jurídico, como se ha expuesto, no ha sido valorada de igual forma por el resto de las instituciones comunitarias, especialmente en lo que concierne a las *concesiones de servicios*. Buena muestra de lo anterior es la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública, donde se declara la conveniencia de mantener el statu quo, es decir, la exclusión de dichos contratos del derecho comunitario de la contratación pública. En opinión del Parlamento, una intervención legislativa «solo estaría justificada si tiene por objeto corregir posibles distorsiones de funcionamiento del mercado interior», pero, añade, «a día de hoy, no se ha observado ninguna distorsión de este tipo»²⁶. Por tanto, mientras los estudios de la Comisión han evidenciado un mercado fragmentado, ineficiencias económicas y determinadas prácticas ilícitas –bien es verdad que se trata de un diagnóstico referido a las concesiones en general y no predicables específicamente de las de servicios–, el legislativo comunitario no ha apreciado distorsiones o no, al menos, de la entidad suficiente como para justificar la inclusión de dichos contratos en el estatuto específico elaborado por la Comisión. Una posición crítica que ha sido secundada mayoritariamente por el Comité Económico y Social Europeo²⁷, lo cual, no obstante, no le ha impedido declarar al mismo tiempo que las reglas diseñadas para los contratos públicos son inadecuadas para el correcto funcionamiento del mercado concesional. E, incluso, añadir alguna afirmación –por ejemplo, que dichas normas «pueden disuadir a las autoridades públicas y a los agentes económicos de celebrar este tipo de acuerdos»– que parece contradecir o cuando menos desvirtuar la oposición antes manifestada.

Pero lo que aquí importa resaltar es que el núcleo de la discrepancia –deben regularse o no este tipo de contratos por el derecho comunitario– no se refiere, en realidad, a todas las concesiones de servicios, sino que se circunscribe singularmente al tratamiento legislativo de los *servicios de interés general* (v. gr., energía, sanidad, educación, servicios sociales, etc.) consagrados en el artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y al que se refieren el Protocolo n.º 26 sobre los Servicios de Interés General (introducido por el Tratado de Lisboa) y el artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales. Como es sabido, el citado artículo 14 del TFUE ha reconocido expresamente la posibilidad de que la Unión Europea regule dichos servicios, eso sí con la finalidad de «establecer los principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido». Pero, al mismo tiempo, reconoce que la intervención legislativa comunitaria debe producirse «sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros, dentro del respeto a los tratados, para prestar, encarar y financiar dichos servicios». Lo que significa, en definitiva, que la decisión sobre la organización, la prestación y la financiación de estos servicios corresponde en primer término a los propios Estados miembros. En este contexto, cabe recordar, además, que la Comisión Europea ha reconocido que en el momento actual «parece existir un consenso de que no es una prioridad inmediata» la aprobación de una normativa basada en el ya citado artículo 14 y que resulta más

²⁶ Vid. punto n.º 7 de la citada resolución.

²⁷ Vid. Sesión plenaria de 26 de abril de 2012, ponente Cabra de Luna, M. A., DOCE, el 29 de junio de 2012 (punto 5.º).

adecuado un enfoque particular que permita encontrar soluciones a medida para los problemas concretos y específicos que se presentan en los distintos sectores²⁸.

Con estos antecedentes resulta más sencillo comprender ahora el alcance y sentido de las objeciones que a este respecto se han planteado durante la tramitación legislativa de la Directiva de concesiones. Dicho en términos sintéticos, la cuestión de fondo es si resulta admisible una intervención legislativa mediante la regulación de las concesiones de servicios en circunstancias que dicha intervención alcanza de un modo tan significativo a un ámbito (servicios de interés general) en el cual los Estados miembros tienen asignado un papel de primer orden. Esto es lo que se afirma en el Dictamen motivado del Consejo Federal de Austria, aunque referido a un sector particular (agua), al evacuar el trámite relativo al respeto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En los expresivos términos del Consejo austriaco «con la presente propuesta de directiva, la Comisión Europea continúa con sus planes de liberalización, al menos parcial, del sector del agua. Para una apertura directa del mercado sigue faltando la voluntad política de los Estados miembros y del Parlamento Europeo; *de ahí que se utilice el instrumento de la competencia y, en especial, el derecho de adjudicación pública*»²⁹. Y seguidamente alerta de las consecuencias que la aprobación de tales normas pudiera ocasionar en el ámbito de la gestión –tradicionalmente municipal en Austria– de los recursos hídricos.

Una línea argumentativa similar luce en el Dictamen motivado de la Cámara Alta (Bundesrat) del Parlamento Alemán, de 7 de marzo de 2012, donde se recuerda, además, que la decisión de excluir las concesiones de servicios del ámbito de aplicación de las directivas de contratación pública se adoptó para reflejar especialmente las particularidades de dichos contratos en cada Estado miembro y para proporcionar una cierta flexibilidad a las autoridades contratantes y a los contratistas. Su regulación a escala europea, añade el Bundesrat, «sería contraria a la voluntad de la Unión Europea de simplificar las disposiciones de contratación pública, reducir la burocracia europea y aligerar la carga administrativa»³⁰. No obstante dicha oposición, lo cierto es que la citada Cámara parece tener en mente –al igual que el Consejo austriaco– un tipo específico de servicios de interés general (en este caso, los de salvamento)³¹, lo que explica que

²⁸ Vid. Comisión Europea: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa, de 20 de diciembre de 2011, COM(2011) 900 final.

²⁹ Vid. Dictamen motivado del Consejo Federal de Austria sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión, de 7 de febrero de 2012.

³⁰ Por ello, concluye el dictamen subrayando que «ni siquiera invocando razones de política pública en favor de la adopción de un marco reglamentario para la adjudicación de concesiones de servicios, como hace la Comisión, *se comprende la necesidad de ir en la propuesta de directiva más allá de las actuales normas relativas a la adjudicación de concesiones*. Las normas propuestas por la Comisión para las especificaciones técnicas, los criterios de selección, los criterios de adjudicación y los requisitos de publicación exigen un trabajo desproporcionado» (cursiva nuestra).

³¹ Se trata de servicios de la competencia exclusiva de los Estados federados (Länder) y cuya prestación se realiza a nivel regional o a través de mancomunidades de municipios.

en el último punto del dictamen se solicite que los servicios de salvamento o socorro –tradicionalmente prestados en Alemania en conjunto con los de protección civil– sean incluidos entre las excepciones al ámbito de aplicación de la propuesta de directiva³². A este respecto, cabe mencionar que en la última votación producida en el seno de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo (24 de enero de 2013) se introdujo precisamente una nueva excepción al ámbito de aplicación del proyecto de directiva: los servicios de protección civil³³. Y que en la misma sesión se acordó rechazar la enmienda que proponía la exclusión del sector del agua del citado ámbito de aplicación³⁴. Con ser significativa esta decisión no puede afirmarse que el tema relativo a la gestión de los recursos hídricos haya quedado definitivamente resuelto. Cabe llamar la atención en particular acerca de la Iniciativa Ciudadana Europea: «El derecho al agua y el saneamiento como derecho humano. ¡El agua no es un bien comercial, sino un bien público!», presentada en la Comisión Europea el 10 de mayo de 2012, que tiene por objeto, en lo que aquí interesa, que «el abastecimiento de agua y la gestión de recursos hídricos no se rijan por "las normas del mercado interior" y que se excluyan los servicios de agua del ámbito de la liberalización» (es decir, que dicho sector se excluya del ámbito de aplicación de la propuesta de directiva de concesiones)³⁵.

Por último, debe citarse también la posición contraria del Parlamento español manifestada en el Dictamen motivado 1/2012, de la Comisión Mixta de la Unión Europea³⁶, donde, entre otros muchos argumentos, se considera que la fragmentación del mercado calificada como un problema por la Comisión no es más que «la realidad jurídica y cultural diversa de los países que forman la Unión, que debe ser objeto de respeto en tanto en cuanto no suponga una auténtica barrera al mercado, aspecto

³² Téngase presente que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en dos recientes pronunciamientos (SSTJUE de 20 de abril de 2010, asunto C-160/08, y de 10 de marzo de 2011, asunto C-274/09) ha analizado precisamente dichos servicios de socorro y su sometimiento a las directivas de contratación pública. Sobre dichas sentencias véase el trabajo de RAZQUIN LIZARRAGA, M.: «El contrato de gestión de servicios públicos: la necesaria reconducción de este tipo contractual (comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de abril de 2010 y de 10 de marzo de 2011) en: *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Volumen II. Europa y América. Liber Amicorum*, TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, E.; GARCÍA DE ENTERRÍA y R. ALONSO GARCÍA (coord.), Civitas, 2012, págs. 3.549 a 3.573.

³³ En concreto, la redacción propuesta por la citada Comisión (art. 8.5 de la propuesta de directiva) abarca los siguientes servicios: «*civil defence, civil protection and hazard prevention*».

³⁴ Los resultados de dicha votación aún no han sido publicados por la Comisión de Mercado Interior pero su contenido se ha conocido a través de otro documento preparado por el Consejo de la Unión Europea: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on award of concession contracts, de 7 de febrero de 2013, donde se contiene una comparativa de las posiciones de la Comisión Europea (propuesta original de 2011), del propio Consejo (10 de diciembre de 2012) y de la Comisión de Mercado Interior, tras la votación de 24 de enero de 2013 *supra* referida. El citado documento se encuentra disponible (solo en versión inglesa) en la página web del Consejo, www.consilium.europa.eu.

³⁵ *Vid.* Iniciativa con número de registro ECI(2012)000003) cuyo contenido se encuentra disponible en: <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/ongoing/details/2012/000003/en>. A la fecha de cierre de este trabajo la citada iniciativa superaba largamente (1.000.000 de adhesiones) los mínimos exigidos por el Reglamento 211/2011, de 16 de febrero, sobre la iniciativa ciudadana y sus promotores se han fijado como objetivo alcanzar el millón y medio en septiembre de 2013 fecha que, por cierto, coincide con la prevista para la sesión plenaria del Parlamento Europeo.

³⁶ Véase Boletín Oficial de las Cortes Generales de 14 de marzo de 2012.

este que está lejos de quedar acreditado». Sin perjuicio de los informes negativos antes citados (Alemania, Austria y España) otros Parlamentos nacionales han manifestado también serias objeciones a la iniciativa –aunque sin cuestionar, salvo error de mi parte, explícitamente el respeto del principio de subsidiariedad por parte de la Comisión–, como es el caso del dictamen del Senado francés de 16 de febrero de 2012 (considera excesivo el nivel de detalle de la regulación y considera, por otro lado, que la distribución de gas y electricidad deben excluirse del ámbito de la directiva); por poner otro ejemplo, la Cámara de los Comunes del Reino Unido valora negativamente que la propuesta no incluya «disposiciones destinadas específicamente a fomentar o facilitar la participación de las pequeñas y medianas empresas»³⁷.

4. EL CONCEPTO DE CONTRATO DE CONCESIÓN

Una aportación muy relevante de la iniciativa que aquí se comenta reside en la clarificación del concepto de contrato de concesión así como en la determinación de los riesgos que el concesionario debe asumir (Considerandos 6 y 7 y art. 2)³⁸. El legislador formula una definición de contrato de concesión que se contiene, por un lado, en el artículo 2.1 (2), (4) y (7), que se corresponde, a su vez, con la definición del contrato de concesión de *obra pública*, concesión de *obras* y concesión de *servicios*; y, por otro, en el apartado segundo del citado artículo 2, el cual se ocupa de regular singularmente la retribución del concesionario. Según el primer grupo de disposiciones, las concesiones se definen del siguiente modo:

«Contratos a título oneroso celebrados por escrito entre uno o más operadores económicos y uno o más poderes o entidades adjudicadoras y cuyo objeto es [según los casos] la ejecución de obras o la prestación de servicios y la contrapartida de dicha ejecución o prestación es bien únicamente el derecho a explotar las obras o servicios objeto del contrato, o bien ese mismo derecho en conjunción de un pago.»

La norma recoge la definición tradicional de concesión y su nota más característica según la cual la retribución del concesionario consiste en el derecho a explotar la obra o el servicio, acompañado o no de un pago. Sin perjuicio de ello, no deja de ser sorprendente que el legislador formule una categoría tripartita (concesiones de «obras», «obras públicas» y «servicios») en circunstancias que, como se argumenta más adelante (ámbito objetivo de aplicación), solo cabe hablar, en razón de las respectivas prestaciones, de concesiones de obras y de servicios.

³⁷ Todos los documentos a los que se ha hecho alusión así como los informes de los demás Parlamentos nacionales se encuentran disponibles en <http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2011/0437%28COD%29&l=en>.

³⁸ Téngase en cuenta que las disposiciones pertinentes de la Directiva 2004/18 no identifican los riesgos que debe asumir el concesionario, limitándose a señalar que la retribución del concesionario deriva del derecho de explotación que le confiere la entidad adjudicadora.

Pero lo realmente novedoso del concepto se establece en el artículo 2.2 a cuyo tenor:

«El *derecho a explotar* las obras o servicios, contemplado en los puntos 2, 4 y 7 del apartado 1, implica la transferencia al concesionario del *riesgo operacional sustancial*. Se considerará que el concesionario asume el riesgo operacional sustancial cuando *no esté garantizado* que vaya a recuperar las *inversiones* realizadas ni a *cubrir los costes* que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión.»

A este crucial aspecto se refiere también el Considerando 7 de la propuesta de directiva cuando señala que una normativa específica no estaría justificada «si el poder o entidad adjudicadora aliviase al contratista de cualquier pérdida potencial garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a los costes que el contratista deba asumir en relación con la ejecución del contrato» porque, se entiende que, en ese caso, no ha habido asignación real del riesgo al concesionario³⁹.

Finalmente, el artículo 2.2 *in fine* contiene una importantísima especificación de los citados riesgos, cuyo análisis particular se realiza en el apartado siguiente:

«El *riesgo económico* puede ser de los tipos siguientes:

- a) riesgo relacionado con la *utilización* de las obras o la *demanda* de prestación del servicio;
- b) riesgo relacionado con la *disponibilidad* de las infraestructuras proporcionadas por el concesionario o utilizadas para la prestación de servicios a los usuarios.»

5. EL PROBLEMA DE LA DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS

La distribución de los riesgos es un aspecto medular del régimen jurídico de los contratos de concesión: es consustancial al concepto de concesión y, en consecuencia, permite deslindarlo de otras figuras contractuales cercanas. Así lo ha entendido la Comisión Europea —«el criterio del derecho de explotación y su consecuencia directa, es decir, el traspaso de los riesgos inherentes a la explotación, establecen la diferencia entre los contratos públicos y las concesiones»⁴⁰— y, por

³⁹ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado que la ausencia de una transferencia efectiva del riesgo económico impide calificar al contrato resultante como de concesión de obras o, en su caso, servicios. *Vid.*, entre otras, las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, asunto C-234/03; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia asunto C-382/05; y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, asunto C-437/07.

⁴⁰ *Vid.* Libro Verde sobre la Colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, apartado 36. La misma idea luce en la Comunicación interpretativa de las concesiones..., *cit.*, pág. 8, donde se afirma que «las contingencias fruto del entramado financiero de la operación, que podríamos calificar como

su parte, el legislador español también ha identificado el denominado «riesgo concesional» como una de las notas fundamentales o «señas de identidad» de los contratos de concesión⁴¹.

Mucho se ha discutido, sin embargo, acerca de *qué* riesgos, *cómo* y en *qué* medida deben ser transferidos al concesionario encargado de la explotación de las obras o de los servicios. A este respecto, cabe señalar que la citada distribución se realiza necesariamente *ad casum*. Con ello se quiere significar que, dadas las características de los contratos de concesión (larga duración, complejidad, etc.)⁴², no es posible establecer a priori fórmulas de validez general (listado estandarizado de riesgos), sino que su determinación debe responder a las peculiaridades que presenta la explotación de cada obra o servicio en particular. Por lo que respecta al grado o *quantum* de la transferencia, parece existir un acuerdo de que el concesionario debe asumir una parte sustancial o relevante del riesgo de explotación aunque ello no implica que deba asumirlo todo⁴³. Como ha señalado la Comisión Europea, «el reparto de los riesgos entre concedente y concesionario se efectúa en cada caso en función de las respectivas aptitudes para gestionar de la manera más eficaz los riesgos en cuestión»⁴⁴. Una filosofía similar (el concesionario no debe soportar todos los riesgos) se aprecia en la legislación española: «En los contratos de larga duración por naturaleza, la asunción de riesgo ante la imposibilidad de predecir con un margen razonable de error el futu-

«riesgo económico», son inherentes al fenómeno de las concesiones. En efecto, este tipo de riesgo, que depende estrechamente de las rentas que el concesionario pueda percibir de la frecuentación, constituye un *elemento distintivo importante entre concesiones y contratos públicos*» (la cursiva no es original).

- ⁴¹ La Exposición de Motivos de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas recuerda a este respecto que «reviste importancia capital, para que la concesión de obra pública conserve sus señas de identidad y pueda ser reconocida como tal, que el concesionario asuma el riesgo de su construcción, conservación y explotación...».
- ⁴² Unos rasgos que subraya el Proyecto de Informe de la Comisión de Mercado Interior del Parlamento Europeo cuando se señala que «la concesión es afín al concepto económico de "contrato incompleto": complejidad del contrato, duración relativamente larga, necesidad de renegociación, inversiones importantes, riesgos económicos (riesgo de explotación), incertidumbre (contingencias que pueden surgir durante la explotación de la concesión). Por lo tanto, es necesario un cierto grado de flexibilidad tanto en el procedimiento de adjudicación como en las modalidades de ejecución del contrato».
- ⁴³ Defienden esta interpretación, entre otros, SANZ GANDÁSEGUI, F: «El concepto de contrato de concesión de obra pública», en: *Comentarios a la nueva Ley de 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), Thomson/Civitas, Madrid, 2003, pág. 107; GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: «El contrato de concesión de obras públicas: disposiciones generales», en: *Comentario a la Ley...*, cit., págs. 1.107 y 1.108; RUIZ OJEDA, A.: *La concesión de obra pública*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, pág. 276; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: *Ejecución y financiación de obras públicas...*, cit., pág 341; y BERNAL BLAY, M. A.: *El contrato de concesión de obras públicas y otra técnicas paraconcesionales*, Civitas, Thomson-Reuters, Cizur Menor, Madrid, 2010, págs. 31, 258 y 259.
- ⁴⁴ *Vid.* Comunicación interpretativa..., cit., pág. 8. Por otra parte, una regla similar se ha enunciado en estudios económicos, aunque eso sí desde la óptica de la optimización del reparto de los riesgos; *vid.*, por ejemplo, DEBANDE, O.: «Private financing of transport infrastructure. An assessment of the UK experience», *Journal of Transport Economics and Policy*, vol. 36, parte 3, septiembre 2002, pág. 368, que señala que «una asignación óptima del riesgo requiere que sea asumido o internalizado por la parte que mejor pueda controlarlo a un menor coste» (traducción propia).

ro no puede transformar el contrato en un negocio aleatorio por lo que en coherencia *se impone moderar adecuadamente los límites del riesgo* si se quiere atraer la participación del capital y la iniciativa privada en inversiones cuyo volumen exige el *esfuerzo compartido* de los sectores público y privado»⁴⁵. Ello es así, puede añadirse, porque la distribución de los riesgos condiciona muy significativamente el funcionamiento práctico del mercado concesional. Así, por ejemplo, una excesiva o inadecuada asignación de los mismos puede producir un efecto desincentivador de la participación de las empresas en los procedimientos contractuales y, por el contrario, si la Administración está dispuesta a asumir cualquier pérdida potencial derivada de la explotación de la obra o del servicio, los contratistas carecerán del conveniente estímulo en su gestión empresarial. Pero las cosas se complican cuando a dichas reglas se les añaden otras circunstancias exógenas al riesgo empresarial normal (como es el caso, muy conocido por lo demás, de la sobrevaloración de los costes expropiatorios de los terrenos destinados a infraestructuras de transportes) y, además, todo ello se produce en el marco de un mercado convulso donde las posiciones de oferta y de demanda se extreman por efecto de la actual crisis económica⁴⁶.

Por último, debe responderse a la pregunta de qué riesgos deben asignarse al concesionario. La propuesta de directiva especifica dos: a) uso («frecuentación», en la terminología de la Comunicación de concesiones de 2000) y b) disponibilidad⁴⁷. Es decir, para que pueda calificarse un con-

⁴⁵ Y concluye el legislador afirmando que «debe destacarse, sin embargo, que la asunción *de riesgo en proporción sustancial* por el concesionario resulta determinante para que el contrato de concesión merezca tal calificación»; *vid.* Exposición de Motivos de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas (cursiva nuestra).

Es cierto, sin embargo, que algún pronunciamiento reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea parece desmentir la afirmación anterior —«es necesario, declara el Tribunal, que se transfiera al concesionario la *totalidad*, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación que corre para que se considere que existe una concesión de servicios» (Sentencia de 10 de septiembre de 2009, asunto C-206/08 WAZV Gotha, Considerando 77)—, pero en dicha afirmación se contiene, a mi juicio, una enunciación de todas las alternativas posibles (todo o una parte significativa) sin que de ello pueda deducirse que «deban» asignarse todos los riesgos al concesionario. Es más, la propia sentencia reconoce que hay sectores de actividad relacionados con la utilidad pública (v. gr., agua, evacuación de aguas residuales) en los cuales existe un reglamentación limitativa de los respectivos riesgos y, por ello, argumenta que «no sería razonable pedir a la autoridad pública concedente que cree condiciones de competencia y de riesgo económico superiores a las que existen en el sector en cuestión debido a la normativa aplicable al mismo».

⁴⁶ El caso de las autopistas de pago es probablemente el ejemplo más claro de la influencia de la crisis económica en el sector de las infraestructuras. Las empresas concesionarias han visto fuertemente disminuidos sus ingresos a consecuencia de la drástica reducción del tráfico real (alrededor del 40%) en relación con el inicialmente previsto. Muchas sociedades se encuentran al borde de la suspensión de pagos, mientras que otras ya se han declarado en concurso de acreedores, siendo especialmente crítica la situación de las sociedades concesionarias de las autopistas de peaje de Madrid, las denominadas radiales.

⁴⁷ Muy crítico con esta definición del riesgo económico se manifiesta VÁZQUEZ DEL REY, R.: «Proyecto de Directiva de Concesiones», *Revista de Actualidad Jurídica*, n.º 32, de 2012, cuando señala que «el riesgo de demanda, atribuido sin matiz alguno al concesionario, no es fácilmente controlable, ni por tanto gestionable por los operadores económicos». Por ello, añade, y también por el hecho de que es la propia Administración la que debe haber realizado un estudio previo de la demanda potencial, que «resulta recomendable introducir matizaciones o limitaciones en el riesgo de demanda que haya de asumir el concesionario», pág. 59.

trato como concesión será menester que la parte sustancial de los citados riesgos económicos corran de cuenta del adjudicatario, lo que supone evidentemente un endurecimiento o, si se prefiere, una formulación más estricta del principio de «riesgo y ventura»⁴⁸. Enlazando con lo anterior cabe preguntarse qué impacto tendrá el modelo de transferencia de riesgos diseñado por el legislador comunitario (atribuye al concesionario los riesgos de uso y de disponibilidad) en los contratos de concesión que se adjudiquen tras su entrada en vigor⁴⁹. Ello, porque en los últimos años la remuneración del concesionario ha dejado de estar vinculada al uso de la infraestructura para basarse principal, sino exclusivamente, en su disponibilidad. En España, por ejemplo, el Plan Extraordinario de Infraestructuras del Ministerio de Fomento de 7 de abril de 2010 estableció que «para que sea financiable, el Plan está diseñado para que las entidades financieras puedan asumir los riesgos asociados a los proyectos y estos proporcionen, a su vez, una rentabilidad adecuada. *Se ha optado por el riesgo de disponibilidad y no por el de demanda*, ligado a la coyuntura del tráfico y, por tanto, a los avatares del ciclo económico, porque dificultaría el acceso a los mercados financieros»⁵⁰, añadiéndose además que «la rentabilidad del concesionario *dependerá del nivel de disponibilidad de la infraestructura*, lo que reforzará su compromiso con la conservación y el mantenimiento de la misma»⁵¹.

Y la misma línea, aunque no tan explícita, se ha asumido en el «Plan de Infraestructuras, Transporte y Vivienda PITVI (2012-2024)», presentado en el Congreso de los Diputados en septiembre de 2012 y actualmente en proceso de aprobación. Dicho Plan incluye un punto específico para introducir algunas modificaciones al régimen jurídico de las concesiones de autopistas

⁴⁸ No está de más recordar que el tema que nos ocupa despliega sus efectos también en el ámbito de la determinación financiera y contable del endeudamiento asociado a los contratos de concesión. En efecto, la Decisión Eurostat 18/2004 estableció que los costes de financiación asociados a las diversas fórmulas de colaboración público-privada (entre las que se encuentran los contratos de concesión) no computan como deuda pública a condición de que el riesgo de construcción sea soportado íntegramente por el contratista, asumiendo, además, el *riesgo de disponibilidad o el de utilización*. Es decir, a efectos del endeudamiento del sector público no es preciso que se transfieran ambos, sino la parte sustancial de uno u otro.

⁴⁹ El proyecto de directiva no establece un régimen transitorio, sino únicamente pro futuro de sus disposiciones (Exposición de Motivos).

⁵⁰ Un modelo similar se ha seguido por algunas comunidades autónomas en la licitación de determinadas infraestructuras: Andalucía (Autovía A-344 del Almanzora, tramo Purchena-Autovía del Mediterráneo A7), País Vasco (radiales de Vizcaya), Aragón, etc.

En el derecho comparado puede citarse el caso del Reino Unido, donde los mecanismos de financiación han evolucionado notablemente situándose la disponibilidad en el «criterio de amortización primario» de las infraestructuras. *Vid. STANDARD & POOR'S: «The evolution of DBFO payment mechanisms: one more for the road?», Standard & Poor's, Londres, 2003, pág. 6.*

⁵¹ Sobre este tema, *vid.* también el documento de la Asociación Foro Public Private Partnership Infraestructura: «Recomendaciones para el desarrollo sostenible de la colaboración público privada en infraestructuras», disponible en la página web www.foropp.com. En dicho documento, además de confirmar la creciente aplicación de la disponibilidad sobre otros criterios (uso) o mecanismos de financiación (peaje en sombra), se afirma que «debe establecerse con la mayor claridad la posibilidad de que se pueda utilizar el pago por disponibilidad en todo tipo de concesiones de obras públicas. En ese sentido, habría, tal vez, que redefinir el concepto de explotación de la concesión para evitar las posiciones restrictivas de algunas juntas consultivas respecto a concesiones con pago por disponibilidad».

de peaje: «Se propondrá, señala la iniciativa, 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, para con ello hacer estos proyectos más atractivos al capital privado*». De esta manera, añade más adelante, «se modifica la legislación para ajustar la asignación de riesgos a aquellos que realmente son capaces de gestionar las sociedades concesionarias. Además, se introducen las siguientes novedades: no transferir el riesgo de expropiaciones al concesionario, limitándolo igual que se hace en otros países de la UE...».

En resumen, mientras el legislador comunitario incluye en el «riesgo operacional sustancial» a los de uso y de disponibilidad, el mercado concesional (por lo menos en lo que respecta a las grandes infraestructuras de transporte) muestra una clara preferencia por retribuir al concesionario con base en estándares de disponibilidad⁵². De ahí la oposición o, cuando menos, fuertes recelos que la propuesta de la Comisión ha despertado en las empresas concesionarias españolas⁵³. Es imprescindible, señala un reciente informe de la CEOE⁵⁴, que los riesgos que se transfieran al operador privado en virtud del contrato «no excedan de los que una diligente gestión empresarial pueda prever y asumir, es decir, aquellos que pueda gestionar» y, por lo mismo, se ha subrayado la necesidad de flexibilizar el concepto de «riesgo operacional sustancial» propuesto por la Comisión Europea⁵⁵.

6. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PROYECTO DE DIRECTIVA

La delimitación del ámbito de aplicación ocupa una parte significativa del contenido de la propuesta de directiva (algo menos de la mitad). Se definen sucesivamente los contratos (ámbito objetivo), los sujetos (ámbito subjetivo), los umbrales económicos y, finalmente, se añade un nutrido conjunto de disposiciones referido a supuestos directos de exclusión (v. gr., art. 8) o la especificación de determinados requisitos cuya concurrencia autoriza la citada exclusión (art. 15, relaciones entre autoridades públicas).

⁵² Y que desde el mundo académico se formulen propuestas técnicas que las respalden. Es el caso, por ejemplo, del estudio de SÁNCHEZ SOLIÑO, A.: «Optimización de la transferencia de riesgos en los contratos de infraestructuras y servicios públicos», Hacienda Pública Española, 201-(2/2012), en el cual se propone para el caso específico de las autopistas de peaje «reducir la transferencia del riesgo de demanda y profundizar en la transferencia del riesgo de disponibilidad, mediante la utilización de los indicadores de calidad que se han desarrollado en los últimos años respecto del mantenimiento de las infraestructuras viarias» (pág. 88).

⁵³ Tal y como han venido dando cuenta los medios de comunicación véase el reportaje expresivamente titulado «Europa amenaza con más control al negocio concesional español», *Cinco días*, 20 de febrero de 2013.

⁵⁴ Vid. «El sector de las infraestructuras públicas en régimen de concesión y de los servicios públicos en España: propuestas 2012-2016», disponible en la página web de la citada Confederación, <http://www.ceoe.es/es>.

⁵⁵ Vid. CEOE-Europa, febrero 2013, pág. 35. El citado documento se encuentra disponible en: http://www.ceoe.es/es_ficha_publicacion.html?id=6996&.

6.1. EL ÁMBITO SUBJETIVO

El primer elemento a partir del cual se construye el nuevo marco jurídico es el referido a los *sujetos* a los que les resultan de aplicación sus disposiciones. Según el artículo 1.2 tales sujetos son:

- i. *Poderes adjudicadores*, con independencia de que las obras o los servicios, incluidos los accesorios, estén o no destinados a cubrir objetivos de carácter público.
- ii. *Entidades adjudicadoras*, siempre que las obras o los servicios, incluidos los accesorios, contribuyan al desarrollo de alguna de las actividades recogidas en el Anexo III.

Esta delimitación de los sujetos es plenamente coherente con los sectores regulados por la propuesta de directiva: así la referencia a los poderes adjudicadores remite a las normas de la Directiva 2004/18 y, por su parte, las entidades adjudicadoras son los sujetos tradicionalmente sometidos a las normas de la Directiva 2004/17. En el bien entendido que se trata de una explicación simplificada ya que como se recordará, existen entidades adjudicadoras del «sector público» y del «sector privado» y que las primeras se identifican, en líneas generales, precisamente con la categoría de poder adjudicador.

En todo caso, dada la íntima relación que existe entre los citados textos normativos, podría haberse optado por remitir el contenido de cada categoría a lo dispuesto en las directivas vigentes o, más convenientemente aún, a los proyectos de directiva que de forma previsible las reemplazarán en pocos meses⁵⁶. Una forma de delimitación sencilla y muy respetuosa con el principio de seguridad jurídica. Pero el legislador comunitario ha optado por un camino diverso, esto es, dedicar normas específicas (arts. 3 y 4) para detallar los sujetos que se incluyen en cada categoría. Así, según el artículo 3.1 la expresión «poderes adjudicadores» comprende el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de derecho público y las asociaciones formadas por una o varias de tales autoridades o uno o varios de dichos organismos de derecho público, excepto, añade el artículo 3.1 *in fine*, si el objeto de la concesión adjudicada es el desarrollo de una actividad recogida en el Anexo III (actividades relacionadas con el gas y la calefacción, la electricidad, el agua, etc.). Y seguidamente se detalla el contenido de dichos sujetos: autoridades regionales (art. 3.2), autoridades locales (art. 3.2) y organismo de derecho público (art. 3.4). Si se compara esta definición de «poder adjudicador» con la que, a su vez, proporciona el artículo 2 del proyecto de directiva sobre contratación pública, no se advierten diferencias sustanciales entre una y otra regulación⁵⁷.

⁵⁶ Esta fue la metodología empleada, por ejemplo, en la Directiva 2009/81, relativa a la adjudicación de los contratos de la defensa y seguridad, cuyo artículo 1, «Definiciones», apartado 17, señala que por «entidad o poder adjudicador» debe entenderse «uno de los poderes adjudicadores a que se hace referencia en el artículo 1, apartado 9, de la Directiva 2004/18/CE y las entidades adjudicadoras a que se hace referencia en el artículo 2 de la Directiva 2004/17/CE».

⁵⁷ Es cierto, sin embargo, que en el último párrafo del artículo 3 de la directiva de concesiones se establece una matización importante de lo que debe entenderse por organismo de derecho público: «Un organismo que funciona en condiciones comerciales normales, tiene por objeto obtener un beneficio y soporta las pérdidas que puedan derivarse del

Por otro lado, «las entidades adjudicadoras» también se someten a las disposiciones de la directiva, aunque únicamente cuando adjudiquen una concesión con vistas al desarrollo de una actividad recogida en el ya citado Anexo III (sectores especiales). Ahora bien, las entidades adjudicadoras comprenden, a su vez, los siguientes grupos de sujetos: a) *poderes adjudicadores*, según la definición *supra* explicada; b) *empresas públicas*⁵⁸; y c) *entidades* que no son poderes adjudicadores ni empresas públicas y que operan con arreglo a derechos especiales o exclusivos otorgados por una autoridad competente de un Estado miembro (art. 4 propuesta de directiva). Aquí tampoco hay novedades dignas de destacar porque se trata simplemente de la reiteración del ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva 2004/17 (art. 2.1 y 2) –arts. 2.5 y 4.1 de la propuesta de directiva relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales– y de los conceptos y expresiones que le son propios, como es el caso, por ejemplo, de «empresa pública», «influencia dominante», «entidades que opera con arreglo a derechos especiales o exclusivos», etc.

6.2. LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO OBJETIVO

La iniciativa distingue tres tipos de contratos de concesión, a saber, *concesiones de obras públicas*, *concesiones de obras* y *concesiones de servicios* (arts. 1.1 a 7). Dicha clasificación conduce lógicamente a pensar que las prestaciones de los dos primeros subtipos («obras» y «obras públicas» no son coincidentes) porque si lo fueran, carecería de sentido tal diferenciación. Pero el caso es que una lectura detenida de los preceptos *supra* citados revela paradójicamente que ambos subtipos comparten idéntico objeto contractual, esto es, «la ejecución de obras»⁵⁹. Esta, a su vez, se encuentra definida en el artículo 1.5 en los siguientes términos: «La ejecución, o el proyecto y la ejecución, de obras relacionadas con el desarrollo de actividades recogidas en el Anexo I, o de una obra, o bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las especificaciones suministradas por el poder adjudicador, que de este modo influye de forma decisiva en el tipo o concepción de la obra». Pues bien, si se acude al citado Anexo I, tampoco se encuentran pistas que alumbren la citada diferenciación: únicamente contiene el listado de actividades (construcción,

ejercicio de su actividad, *no actúa con el fin de satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil*). Pero dicha matización no representa una especialidad de las concesiones desde el momento en que la misma previsión se ha consagrado en el proyecto de directiva de contratación pública, aunque en un lugar diverso: al enunciar el requisito «haber sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil»; *vid.* artículo 2.6 a) de la citada propuesta de directiva.

⁵⁸ Entendiendo por tal lo que dispone el propio artículo 4.2, es decir, «toda empresa sobre la que los poderes adjudicadores puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por razón de la propiedad o participación financiera o en virtud de las normas que la rigen». Nótese que dicha norma se ocupa también de precisar los elementos que conforman el requisito «influencia dominante» (v.gr., cuando el poder adjudicador posea la mayoría del capital social; cuando pueda designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, etc.).

⁵⁹ Nótese que el artículo 1.2 define a las concesiones de obras públicas como «contratos a título oneroso... cuyo objeto es la ejecución de obras...» y, por su parte, el apartado 4 de la citada disposición declara que las concesiones de obra son contratos «a título oneroso... cuyo objeto es la ejecución de obras».

demolición, perforaciones, etc.) tradicionalmente asociadas con el contrato de obras. Descartadas, pues, las prestaciones como elemento diferenciador, cabe centrar la atención en los demás elementos que conforman la definición, en concreto, en los sujetos porque ahí —y no, por tanto, en el objeto— parece residenciarse la singularidad que quiere poner de manifiesto la iniciativa. Nótese, a este respecto, que las partes en el contrato de concesión de obras públicas son, por un lado, «uno o más operadores económicos» y, por otro, «uno o más poderes adjudicadores». Mientras que, en el caso del contrato de obras, dichos poderes adjudicadores no aparecen mencionados pero sí, en cambio, lo son «una o más entidades adjudicadoras». A la luz de lo anterior debe concluirse forzosamente que la citada categoría carece de virtualidad práctica⁶⁰ —su aplicación no produce efecto alguno— y de ello se deriva, además, la necesidad de reconducirla a los dos subtipos que realmente existen en razón del objeto contractual, es decir, las concesiones de obras y las de servicios⁶¹.

Por otro lado, algunas precisiones de importancia es necesario formular en relación con las concesiones de servicio. Por una parte, debe subrayarse que ha desaparecido la distinción y consecuente diverso tratamiento jurídico entre los servicios prioritarios y no prioritarios (servicios del Anexo II A y del Anexo II B)⁶². Por otro, que dicha equiparación no alcanza, sin embargo, a los así denominados «servicios sociales» o «servicios a la persona» como son, entre otros, los de carácter social, sanitario o educativo. Respecto de dichos servicios el legislador ha previsto un régimen simplificado o, si se quiere, un sometimiento parcial a las normas de la directiva en razón de su «menor dimensión transfronteriza»⁶³. No obstante ello, la iniciativa advierte (Consi-

⁶⁰ Una explicación plausible de la razón que está detrás de la categoría tripartita ha sido formulada por LAZO VITORIA, X.: «La propuesta de directiva de concesiones: rasgos fundamentales», disponible en www.obcp.es, «al parecer lo que quiere subrayar la propuesta de la Comisión es que el régimen jurídico se aplica tanto a las concesiones adjudicadas por poderes adjudicadores (Directiva 2004/18) como a aquellas otras que lo son por entidades adjudicadoras (Directiva 2004/17). Y que en este último ámbito, al menos en el caso en que la concesión sea adjudicada por entidades («que no sean poderes adjudicadores ni empresas públicas...», art. 4.1.3), la obra construida y explotada *no revertirá, como es lógico, en ningún patrimonio público, sino en el propio de la entidad adjudicadora*» (la cursiva no es original).

⁶¹ En todo caso, es probable que la redacción actual sea modificada en el sentido señalado dado el tenor de las enmiendas de la Comisión de Mercado Interior del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea. *Vid. Proposal for a Directive of the European Parliament* (7 de febrero de 2013)..., cit.

⁶² Según el Considerando 20 de la propuesta de directiva un estudio de los servicios prioritarios y no prioritarios efectuado por la Comisión Europea ha demostrado que «no está justificado limitar la plena aplicación de la normativa de contratación pública a un determinado grupo de servicios. Por ello, se añade, la presente directiva debe aplicarse a una serie de servicios (por ejemplo, los servicios de *catering* y distribución de agua que muestran un potencial de comercio transfronterizo). Nótese, además, que una regulación similar luce en la propuesta de directiva relativa a la adjudicación de los contratos de obras, servicios y suministros (la que sustituirá a la vigente Directiva 2004/18).

⁶³ Según se analiza más adelante, dicho régimen se caracteriza por otorgar a los Estados miembros una mayor flexibilidad en la selección de los proveedores de dichos servicios así como por rebajar el nivel de exigencia en relación con los anuncios de publicidad.

Sin perjuicio de lo anterior, el legislador comunitario ha considerado conveniente subrayar (Considerando 22) que los Estados miembros y las autoridades públicas siguen siendo libres para prestar ellos mismos estos servicios o para organizarlos sin acudir a la fórmula concesional, por ejemplo, a través de «la simple financiación de los mismos o merced al otorgamiento de licencias y autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan unas condiciones

derando 21) que los Estados miembros «deben garantizar la continuidad, calidad, accesibilidad, disponibilidad y exhaustividad de estos servicios, así como las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, su participación y la innovación».

6.3. LOS UMBRALES ECONÓMICOS

Como ha sido tradicional, el legislador somete a normas armonizadas exclusivamente a las concesiones que superen un determinado valor. Por tanto, el valor económico de la prestación es junto a los sujetos y al objeto el tercer elemento que determina el ámbito de aplicación de la directiva. Es preciso aclarar, sin embargo, que para las concesiones de obras se ha establecido un umbral económico único: prestaciones con valor igual o superior a los 5 millones de euros (coincidente con el previsto por el proyecto de directiva de contratación pública para los contratos de obras). En cambio, para las de servicio se prevén dos umbrales distintos: a) el primero, idéntico al anterior (valor igual o superior a los 5 millones); b) el segundo, aplicable a las concesiones de servicios cuyo valor sea inferior a 5 millones pero igual o superior a los 2,5 millones de euros. Para estas últimas se ha previsto una aplicación parcial de las normas de la directiva, especialmente en lo que respecta a las medidas de publicidad (arts. 5.2, 26, 27 y 28 de la propuesta de directiva). Junto a lo anterior, la propuesta de directiva contiene reglas diferenciadas para calcular el valor estimado de las concesiones según su objeto sean obras (art. 6.5) o servicios (art. 6.9 y 10). Debe advertirse, no obstante, que las normas antes expuestas (umbrales y métodos de cálculo diferenciados) han sido calificadas como «demasiado complejas, poco claras y que entrañan una distinción injustificada entre concesiones de obras y de servicios»⁶⁴. En consecuencia, se ha propuesto la fijación de un umbral único (aplicable por igual a las concesiones de obras y a las de servicios) y, por lo menos en el caso del informe de la Comisión de Mercado Interior, con un valor superior al que contiene la iniciativa (8 millones de euros). Además, se ha querido simplificar también el cálculo del valor de las respectivas prestaciones estableciéndose, al efecto, normas comunes para los contratos de concesión de obras y de servicios.

Sin perjuicio de lo anterior, debe llamarse la atención acerca de la importancia de la denominada «contratación única» (Considerando 10 y art. 6.2). Se trata de una figura de nuevo cuño establecida por el legislador comunitario con el objeto de evitar que por la vía de dividir la prestación (fraccionamiento del objeto del contrato) o, en su caso, de celebrar varios contratos separados se pretenda evadir la aplicación de las normas de contratación. Unas previsiones de la mayor importancia dado el carácter normalmente mixto que se presentan los contratos de concesión⁶⁵. A este

establecidas de antemano por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, sin imponer límites o cuotas y siempre que se garantice una publicidad suficiente y se respeten los principios de transparencia y ni discriminación».

⁶⁴ Comisión de Mercado Interior: *Proyecto de Informe...*, cit., 192.

⁶⁵ Nótese a estos efectos que el Considerando 10 indica que el concepto de contratación única abarca «todos los suministros, obras y servicios necesarios para la ejecución de un determinado proyecto». Por tanto, a efectos de los umbrales

respecto el artículo 6.2 establece que el valor estimado de la concesión se calculará «como el de la totalidad de las obras o los servicios, incluso si se adquieren merced a contratos diferentes, si tales contratos forman parte de un proyecto único». Y seguidamente añade que «son indicación de la existencia de un proyecto único: la labor previa de planificación y concepción global desarrollada por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, o el hecho de que los distintos elementos adquiridos cumplan una función económica y técnica única, o que dichos elementos se encuentren lógicamente interconectados».

6.4. LAS EXCLUSIONES DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN

El proyecto de directiva reconoce numerosas excepciones a su ámbito de aplicación. Algunas de ellas se refieren a sectores completos de actividad como es el caso de las concesiones relativas a servicios públicos de transporte de viajeros (Reglamento 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo) o servicios de transporte aéreo (Reglamento 1008/2008). Otras, en cambio, se refieren a supuestos tradicionalmente excluidos de las directivas de contratación, por ejemplo, los recogidos en el artículo 8.3 (concesiones otorgadas con arreglo a procedimientos de contratación en el marco de un acuerdo internacional celebrado de conformidad con el tratado entre un Estado miembro y uno o varios países terceros; acuerdos relativos al estacionamiento de tropas; concesiones financiadas íntegramente por institución internacional, etc.) o, en fin, son propias de un sector determinado: se excluyen las concesiones adjudicadas por entidades adjudicadoras al objeto de realizar actividades del Anexo III cuando, en el Estado miembro donde se desarrolla la actividad, esta se vea expuesta a la competencia en mercados sin limitaciones de acceso (art. 14 y Considerando 15 del proyecto de directiva)⁶⁶. En la misma línea pueden citarse las exclusiones reguladas en los artículos 11 (concesiones a una empresa asociada) y 12 (concesiones adjudicadas a una empresa asociada o a una entidad adjudicadora que forme parte de una empresa conjunta), que no son sino la traslación literal de los supuestos recogidos en el artículo 23 de la Directiva 2004/17.

Sin perjuicio de lo anterior, interesa prestar especial atención a otras exclusiones que presentan un carácter más innovador, en particular, las reguladas en el artículo 15, «Relaciones entre autoridades públicas», cuyo contenido puede sistematizarse del siguiente modo:

- i. Concesiones adjudicadas por un poder adjudicador o entidad adjudicadora a un medio propio.
- ii. Concesiones adjudicadas por un medio propio (que sea, a su vez, poder adjudicador o entidad adjudicadora) a la entidad que la controla o bien a otra persona jurídica controlada por el mismo poder adjudicador.

establecidos por la directiva debe considerarse el *valor agregado* de todos los contratos y el respectivo contrato de concesión como un conjunto único, aunque pueda estar dividido en lotes.

⁶⁶ Nótese que el artículo 14 supra citado remite expresamente a los artículos 27 y 28 de la directiva que sustituya a la vigente Directiva 2004/17 para la determinación de lo que deba entenderse por «actividad que se vea expuesta a la competencia».

- iii. Concesiones adjudicadas por un poder adjudicador o entidad adjudicadora a otra persona jurídica sobre la que ejerce un control de forma conjunta con otros poderes o entidades adjudicadoras.
- iv. Acuerdos de cooperación entre poderes o entidades adjudicadoras.

El primer supuesto remite directamente a las así denominadas relaciones domésticas o encargos *in house providing* cuya exclusión se justifica precisamente por la ausencia del elemento de alteridad. Se trata, como es sabido, de un «sistema de autoprovisión» (de servicios, obras, etc.) en el cual es la propia Administración, a través de la entidad que nace de su decisión organizativa, la que va a realizar por sí misma la respectiva prestación⁶⁷. Pero para que opere la exclusión es preciso que entre las partes –poder o entidad adjudicadora y medio propio– se cumplan los requisitos que ha venido perfilando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es decir, la existencia de un «control análogo» y del «vínculo de destino». En términos sintéticos, ello implica que el poder adjudicador ejerza sobre la persona de que se trate un *control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios* y que, por su parte, esta persona (que recibe el encargo) realice la *parte esencial de su actividad* para el ente o entes a que pertenece. En definitiva, la excepción opera cuando entre ambos sujetos existe una relación tan estrecha (observada bidireccionalmente) que impide considerar que las obras, servicios, suministros o concesiones que una le encarga a la otra sean verdaderos contratos, sino simples relaciones internas o encargos *in house*.

En este contexto y sin entrar ahora en mayores explicaciones⁶⁸ lo que importa destacar es que la propuesta de directiva hace suya la citada doctrina jurisprudencial –aunque especificándola– con el objeto de reforzar la seguridad y evitar interpretaciones divergentes sobre dichos requisitos⁶⁹. De este modo, para que opere la citada exclusión es necesario que concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

⁶⁷ Empleando los términos de GIMENO FELIU, J. M.ª: *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de Contratos Públicos y propuestas de su reforma*, Madrid, Civitas/Thompson Reuters, 2006, pág. 144.

⁶⁸ Sobre la figura de los encargos *in house*, véanse, entre muchos otros, los trabajos de SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M.: «¿Pueden los contratos quedar en casa? La polémica europea sobre la contratación *in house*», *La Ley, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 3, de 2007, págs. 1.669-1.680; PERNAS GARCÍA, J.: *Las operaciones in house y el derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*, Iustel, Madrid, 2008; PICO LORENZO, C.: «El contrato de gestión de servicios públicos. En especial, la gestión indirecta de servicios a través de medios propios, los contratos domésticos o *in house providing*», en *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, COLÁS TENAS J. y MEDINA GUERRERO M. (coord), Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009, págs. 391-418; y NOGUERA DE LA MUELA, B.: «Los encargos *in house* en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria», *RAP*, n.º 182, de 2010, págs. 159 a 190.

⁶⁹ Subraya el Considerando 17 de la propuesta de directiva que existe una «gran inseguridad jurídica para establecer en qué medida las normas de adjudicación de concesiones deben regular la cooperación entre autoridades públicas. La jurisprudencia aplicable del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se interpreta de forma diferente por los Estados miembros e incluso por los poderes adjudicadores y algunas entidades adjudicadoras». Se hace necesario, añade, aclararse en qué

- a) Que el poder adjudicador o entidad adjudicadora ejerza sobre la persona jurídica un *control análogo* al que ejerce sobre sus propios servicios. Y ello, según precisa el artículo 15.1 *in fine* tiene lugar cuando el primero «influya de forma decisiva tanto en los objetivos estratégicos como en las decisiones fundamentales de la persona controlada»
- b) Que al menos el 90% de las actividades de la persona jurídica controlada se lleven a cabo para el poder o la entidad que la controla o para otras personas jurídicas controladas por el mismo poder o entidad⁷⁰. Se trata de una especificación muy significativa del requisito de «vínculo de destino»: ya no es una «parte sustancial de su actividad», sino una cantidad fijada por el legislador comunitario. Con todo, téngase en cuenta que en sede parlamentaria se ha precisado aún más este requisito al referir el porcentaje no a las «actividades» sino al «volumen de negocios total» de la persona jurídica⁷¹.
- c) Que en la persona jurídica controlada *no exista participación privada*. Como se recordará, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha deducido esta exigencia al analizar el requisito del «control análogo», señalando, al efecto, que no puede darse el citado control si en la persona controlada existe una participación (aunque sea minoritaria) de capital privado⁷². Pero el legislador no se ha limitado a dotar al citado requisito de sustantividad propia, sino que advierte en el apartado final del artículo 15 que las respectivas excepciones «dejarán de surtir efecto desde el momento en que exista participación privada, con la consecuencia de que deberá convocarse una licitación para la adjudicación de las concesiones vigentes a través de los procedimientos de contratación normales». Y, aún más, se ha establecido *ex novo* una causa específica de resolución de los contratos de concesión que consiste precisamente en la entrada de capital privado en la persona jurídica que recibe el encargo [art. 43 a)].

El segundo supuesto que consagra el artículo 15 se refiere a la *situación inversa*, es decir, cuando una entidad controlada (medio propio) adjudica una concesión a la entidad que la controla o bien a otra persona jurídica controlada por el *mismo poder adjudicador (relación triangular)*. En estos casos, la exclusión depende únicamente de que en la persona jurídica a la que se adjudica la concesión no exista participación privada.

El tercer supuesto se refiere a concesiones adjudicadas por un poder o a entidad adjudicadora a otra persona jurídica, siempre que sobre esta se ejerza un control de *forma conjunta* con

casos las concesiones celebradas entre dichas autoridades quedan excluidas del ámbito de aplicación de la directiva, una labor que «debe inspirarse en los principios establecidos en la jurisprudencia aplicable del Tribunal de Justicia».

⁷⁰ Aunque es probable que el porcentaje (90%) se rebaje a un 80%, a la luz de las posiciones manifestadas por la Comisión de Mercado Interior del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea.

⁷¹ Véase la Enmienda n.º 95 de la Comisión de Mercado Interior del Parlamento Europeo.

⁷² *Vid.* la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, Stadt Halle.

otros poderes o entidades adjudicadoras. Dicho de un modo simplificado, la persona jurídica a la que se adjudica la concesión no tiene la consideración de medio propio de la entidad adjudicadora (perspectiva individual), pero sí lo es, en cambio, desde la perspectiva del conjunto de poderes o entidades que la controlan⁷³. Ahora bien, la clave de esta exclusión –que, por cierto, no es sino una variante compleja de la consagrada en el art. 15.1– reside en determinar cuándo existe dicho control conjunto. El legislador comunitario ha fijado cuatro requisitos cumulativos a tal fin: a) que los órganos decisorios del medio propio estén compuestos por representantes de *todos* los poderes y entidades adjudicadoras que comparten el control; b) que las citadas entidades ejerzan, de forma conjunta, una influencia decisiva en los objetivos estratégicos y en las decisiones fundamentales de la persona jurídica controlada; c) que la persona jurídica *no persiga intereses distintos* de los de las autoridades públicas asociadas a ella; y d) que la persona jurídica *no obtenga ningún beneficio que no sea el reembolso* del coste real de los contratos celebrados.

Por último, también están excluidos del ámbito de aplicación de la directiva los «acuerdos de cooperación» consagrados por el artículo 15.4. Se trata de transferencias entre poderes o entidades adjudicadoras –especialmente, al parecer, acuerdos entre municipios, según la terminología que se ha deslizado en algunos informes⁷⁴– celebradas con la finalidad de ejecutar conjuntamente servicios públicos. La exclusión se justifica porque tales acuerdos de cooperación no tienen naturaleza contractual –«no son concesiones»– lo cual no obsta a que el legislador haya fijado algunas salvaguardas para su celebración (v. gr., que el acuerdo no conlleve transferencias financieras entre poderes o entidades adjudicadoras participantes, excepto las correspondientes al reembolso del coste real de las obras, los servicios o los suministros; o el ya mencionado requisito de la inexistencia de participación privada).

7. NORMAS DE PUBLICIDAD

Con la finalidad de garantizar la transparencia e igualdad de trato a todos los operadores económicos, la propuesta de directiva establece la publicación obligatoria de un «*anuncio de concesión*» en el Diario Oficial de la Unión Europea⁷⁵. Dicha obligación se extiende a *todas* las concesiones (de obras y de servicios) que los poderes y entidades adjudicadoras prevean licitar siempre que su valor sea igual o superior a los 5 millones de euros. Por lo mismo, dicho deber no se extiende a determinadas concesiones de servicio (cuyo valor sea inferior al indicado pero

⁷³ Por ello, el artículo 15.3 exige que entre las partes (entidades adjudicadoras que ejercen control conjunto y medio propio) se den los mismos requisitos establecidos para el primer supuesto (art. 15.1), es decir, control análogo, inexistencia de participación privada y que al menos el 90% de la actividad se realice para los respectivos poderes o entidades adjudicadoras.

⁷⁴ *Id.* Comisión de Mercado Interior: Proyecto de Informe..., cit., pág. 76.

⁷⁵ Dichos anuncios deberán contener la información que figura en el Anexo IV así como cualquier otra que el poder o entidad adjudicadora consideren relevantes, eso sí, de conformidad con los formularios normalizados que la Comisión Europea apruebe al efecto (art. 26.2 y 4).

igual o superior a los 2,5 euros), las cuales, como ya se ha apuntado, se encuentran sometidas parcialmente a las disposiciones de la directiva. Tampoco existe la obligación de publicar dicho anuncio en los supuestos detallados en el artículo 26.5: en primer lugar, cuando no se hayan presentado ofertas (incluida la presentación de ofertas inadecuadas⁷⁶) o, en su caso, solicitudes de participación, pero siempre y cuando no se modifiquen «sustancialmente las condiciones iniciales del contrato» y a condición de que se remita un informe a la Comisión Europea o al respectivo organismo nacional de supervisión⁷⁷. En segundo lugar, en el caso de que las obras o servicios solo puedan ser suministrados por un determinado operador económico debido a la ausencia de competencia por motivos técnicos u otras razones. El Considerando 19 subraya que únicamente en situaciones de «exclusividad objetiva» puede admitirse la adjudicación sin publicidad y «solo si la situación de exclusividad no ha sido creada por el propio poder o entidad adjudicadora ante la perspectiva del procedimiento de adjudicación y si, tras un estudio exhaustivo, se concluye que no existen sustitutos idóneos». Y, por último, en el caso de obras o servicios nuevos que consistan en la repetición de obras o servicios similares, siempre que las mismas se ajusten a un proyecto de base en el que se fundamentó la adjudicación de la concesión inicial.

Por otro lado, la propuesta de directiva contempla el así denominado «anuncio de información previa». Se trata de una medida de publicidad aplicable únicamente a la adjudicación de concesiones de *servicios sociales u otros servicios específicos* (recogidos en el Anexo X de la directiva) y según establece el artículo 26.3 –con una cierta indeterminación temporal– los citados anuncios deberán publicarse «lo antes posible una vez iniciado el ejercicio presupuestario». Por tanto, los poderes y entidades adjudicadoras que deseen licitar una concesión de servicios sociales no deben publicar un «anuncio de concesión», sino que únicamente el ya citado «anuncio de información previa», más simplificado en su contenido (Anexo XIII). Sin embargo, puede afirmarse que esta diversidad de anuncios añade una complejidad innecesaria a los procedimientos de adjudicación (al fin y al cabo el segundo no es sino una variante ligeramente simplificada del primero) y, por lo mismo, podría considerarse su unificación. Cabe añadir que tampoco resultan muy convincentes los argumentos que esgrime la Comisión para justificar la dualidad de anuncios: «Debe establecerse un régimen específico para la concesión de estos servicios que tenga en cuenta el hecho de que van a regularse por primera vez. La obligación de publicar un anuncio de información previa (...) constituye una medida adecuada para informar a los posibles licitadores de las posibilidades económicas que se les ofrecen, y a todas las partes interesadas del número y tipo de contratos adjudicados» (Considerando 21 Directiva).

⁷⁶ El apartado 6 del artículo 26 se encarga de especificar lo que debe entenderse por oferta inadecuada distinguiendo al efecto entre ofertas irregulares (por ejemplo, por no ajustarse a los documentos de la concesión) y ofertas inaceptables (entre las que se incluyen las recibidas fuera de plazo, las que ofertan un precio anormalmente bajo, etc.).

⁷⁷ Se trata de una figura novedosa contemplada en el artículo 84 del proyecto de directiva de contratación pública cuya finalidad es, en términos generales, controlar la adecuada ejecución del derecho comunitario en el Estado miembro que corresponda. A estos efectos, el organismo de supervisión actúa como punto de contacto específico para la Comisión cuando esta controle la aplicación del derecho de la Unión, así como la ejecución del presupuesto de la Unión, sobre la base del artículo 17 del Tratado de la Unión Europea y el artículo 317 del TFUE.

En tercer término, debe mencionarse el «anuncio de adjudicación de concesiones» que regula el artículo 27 del proyecto de directiva a cuyo tenor «a los 48 días de la adjudicación de una concesión como muy tarde, los poderes y entidades adjudicadoras enviarán un anuncio con el resultado del procedimiento de adjudicación de la concesión». En lo subsiguiente la disposición citada presenta una redacción muy enrevesada: declara que dicha obligación de publicidad resulta también aplicable a las concesiones de servicios (de valor inferior al umbral común pero igual o superior a los 2,5 millones) «con la única excepción de los servicios sociales y otros servicios específicos contemplados en el artículo 17». Pero, más adelante, el propio artículo 27 desmiente lo anterior al diferenciar (nuevamente) el contenido del anuncio: Anexo V para todas las concesiones y Anexo VI para las de servicios sociales y así también resulta de la lectura del Considerando 21 de la Directiva.

En resumen, el anuncio de concesión y el de adjudicación se aplican a los contratos de concesión de obras y de servicio cuyo valor sea igual o superior a los 5 millones. Por su parte, las de servicio (umbral inferior) solo exigen la publicación del segundo de los citados anuncios mientras que, a su vez, las de servicios sociales se difunden por medio del anuncio de información previa y, con posterioridad, el resultado del procedimiento se hace público mediante el anuncio de adjudicación. Cabe reiterar aquí las consideraciones críticas antes expuestas acerca de la complejidad del modelo establecido por el legislador comunitario (umbral común, umbrales intermedios) y la conveniencia de avanzar hacia un diseño procedimental que suponga una menor carga burocrática (diversidad de anuncios según tipo de concesión) para los poderes y entidades adjudicadoras.

8. CRITERIOS Y PRINCIPIOS APLICABLES A LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN

Ya se ha indicado que el legislador comunitario apenas da unas pinceladas generales de los procedimientos de adjudicación –se opta por una «versión aligerada de las disposiciones procedimentales»⁷⁸– estableciendo principios y criterios generales de actuación, pero sin entrar en la regulación de ningún procedimiento de adjudicación en particular (arts. 34 a 40). Se contemplan, de este modo, unas garantías procedimentales mínimas que los poderes y entidades adjudicadoras están obligados a respetar pero que, al mismo tiempo, les otorgan un notable margen de maniobra en la selección de los licitadores y en la adjudicación de los respectivos contratos de concesión. A este orden pertenecen, por ejemplo, las prescripciones que obligan a «velar» por que todos los licitadores reciban un trato igualitario; a establecer con «antelación y comunicar a todos los participantes» las normas sobre la organización del procedimiento; o, en fin, a limitar de forma «transparente y con arreglo a criterios objetivos» el número de solicitantes (art. 35.2.3 y 4). Incluso, cuando el legislador parece imprimir un mayor nivel de detalle a sus disposiciones –v. gr., «normas que deberán cumplir» los poderes y entidades adjudicadoras cuando la concesión suponga «negociación»– se aprecia también el alto nivel de flexibilidad al que antes se ha hecho alusión.

⁷⁸ Vid. Comisión de Mercado Interior: Proyecto de Informe..., cit., pág. 79.

Algo similar se deduce de la lectura de las disposiciones relativas a los «criterios de adjudicación de las concesiones», donde el legislador subraya que la adjudicación debe efectuarse «basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato», sin perjuicio de añadir, además, algunas reglas adicionales como la de la vinculación estricta de los criterios de adjudicación al objeto del contrato o la obligación de informar acerca de la ponderación atribuida a los mismos. Por último, sí existe una mayor especificación –si se lo compara con el art. 53 Directiva 2004/18– de los criterios que conformar la «oferta económicamente más ventajosa» y, en particular, por lo que respecta a los costes del ciclo de vida (arts. 39.4 y 40).

9. NORMAS RELATIVAS A LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

La regulación de los supuestos de modificación contractual es otra novedad del proyecto que debe ser subrayada especialmente⁷⁹. Se trata, como es sabido, de una práctica muy frecuente que en no pocas ocasiones encubre verdaderas violaciones a los principios de igualdad de trato y libre concurrencia y es fuente de indeseables ineficiencias económicas⁸⁰. Hasta el momento, el derecho comunitario de la contratación pública (la vigente Directiva 2004/18 y tampoco sus predecesoras) no ha disciplinado esta materia⁸¹. Su «régimen jurídico» deriva, como es sabido, de

⁷⁹ En realidad, no se trata de una novedad específica de los contratos de concesión porque el legislador comunitario ha introducido una regulación similar, por no decir idéntica, en la propuesta de directiva de contratos públicos (véase art. 72).

⁸⁰ En opinión de MORENO MOLINA, J. A.: «Los defectos, cumplimiento y extinción de los contratos», en *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2011, pág. 984, la observación de la contratación de las Administraciones públicas demuestra que la modificación contractual se ha convertido en una práctica muy habitual: «Los licitadores, subraya el citado autor, presentan con normalidad ofertas por debajo del precio real, convencidos de que tras la adjudicación podrán obtener modificaciones sustanciales en el precio inicialmente previsto». Estas prácticas, concluye, presentan serios problemas de compatibilidad no solo en relación con la normativa de contratación, sino también con las disposiciones presupuestarias y económicas a las que están sujetas las Administraciones públicas, ya que afectan a los costes de la inversión pública y dificultan el control presupuestario. *Id.*, también, MOREO MARROIG, T.: «Los modificados de los contratos públicos en España. ¿Crónica de una muerte anunciada?», *Revista La Razón del Derecho*, n.º 2, de 2011, que refiere críticamente diversos supuestos de modificación contractual (adjudicación de un contrato con un precio no real ya que no cubre su ejecución; «modificados anticipados», etc.) y llega incluso a calificar la modificación contractual como una «patología de lo contratos en España que cuenta con la anuencia de la empresa constructora y existe desde que el Estado ejecuta obra pública» (págs. 12, 13 y 18).

⁸¹ Desde la óptica del derecho español debe destacarse la regulación contenida en la Ley 30/2007, de contratos del sector público, ya que por primera vez se estableció que solo por razones de interés público y para atender causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente, se podía alterar el contenido de un contrato. Además, era menester cumplir con otros dos requisitos adicionales: las modificaciones no podían afectar a las condiciones esenciales del contrato y debían estar previstas en los pliegos y en el documento inicial. Con posterioridad, como es sabido, dichas normas fueron modificadas por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, debido a la formulación de una carta de emplazamiento y luego de un dictamen motivado (27 de noviembre de 2008) por parte de la Comisión Europea en el que se afirmaba que «el régimen previsto por la Ley 30/2007, de contratos del sector público, que permite la modi-

la construcción realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con fundamento en los denominados principios estructurales del Tratado. Una doctrina jurisprudencial que la propuesta de directiva de concesiones hace suya plenamente⁸², ofreciéndose, además, según se puntualiza en la parte expositiva, una «solución pragmática para hacer frente a las circunstancias imprevistas» que haga necesaria la modificación de una concesión durante su periodo de vigencia. En este contexto, el legislador comunitario establece tres supuestos en los cuales es admisible la modificación de los contratos durante su ejecución:

Así, en primer lugar, se admite la modificación de un contrato cuando *exista una previsión en los documentos* de la concesión mediante «cláusulas u opciones de revisión claras, precisas e inequívocas». Dichas cláusulas, puntualiza el legislador, determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que se puede recurrir a ellas. Y, en todo caso, por esta vía no se podrá alterar «el carácter global de la concesión» (art. 42.5 propuesta de directiva)⁸³. Hay aquí una traslación prácticamente literal de la doctrina contenida en la ya citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Succhi di Frutta/Comisión*, según la cual los principios de publicidad y su corolario, el de transparencia, exigen que «todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda

ficación de los contratos durante su ejecución, es incompatible con las normas de contratación de la Unión Europea». A consecuencia de lo anterior, en la actualidad se diferencia entre: a) causas de modificación previstas en los documentos que rigen la licitación (art. 106 RDL 3/2011); b) causas no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación, siempre que se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las circunstancias que prevé el artículo 107 del citado texto legal (inadecuación de la prestación contratada; conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos; fuerza mayor o caso fortuito, etc.). Sobre esta reforma, *vid.*, por todos, GIMEN FELIÚ, J. M.^a: «El régimen de las modificación de los contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio», *REDA*, n.º 149, de 2011, págs. 29 a 54. En todo caso, la entrada en vigor del nuevo paquete de directivas de contratación pública (junio 2014) obligará a una nueva reforma de la legislación nacional ya que, como seguidamente se expone, el artículo 42 de la directiva de concesiones (del mismo modo que el supra citado artículo 72 de la directiva de contratación pública) contiene supuestos que no coinciden plenamente con las fórmulas previstas por el RDL 3/2011.

⁸² Así se indica expresamente: «En una disposición específica se recogen las soluciones básicas desarrolladas por la jurisprudencia...» (pág. 6, propuesta de directiva). Ahora bien, los pronunciamientos que se tienen especialmente en consideración son las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Succhi di Frutta*, 29 de abril de 2004, asunto C-496/99; *Pressetext Nachrichtenagentur*, de 19 de junio de 2008, asunto C- 454/06; y *WallAG*, de 13 de abril de 2010, asunto C-91/08, porque son estas las sentencias citadas en el cuestionario remitido por la Comisión Europea a los órganos de contratación de los Estados miembros, como paso previo a la elaboración de la propuesta de directiva que aquí se comenta (véase el punto 27 del citado cuestionario).

⁸³ Este primer supuesto puede considerarse, salvo la referencia al precio del contrato, equivalente al vigente artículo 106 del TRLCSP de 2011: «Los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que puedan acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello».

comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata». En otras palabras, la alteración del contenido es lícita porque todos los licitadores conocían o debían conocer —«normalmente diligentes»— que la ejecución del contrato podría conllevar su modificación. Pero no basta, como ha quedado expuesto, una previsión genérica, sino que es menester fijar en detalle los hipotéticos escenarios de alteración contractual⁸⁴.

En segundo lugar, la modificación de una concesión es admisible cuando su valor «no supere los umbrales establecidos en el artículo 5, ni exceda de un 5 % del precio del contrato original». Ello, sin embargo, solo es posible siempre que la modificación, al igual que en el supuesto antes referido, no altere el carácter global del contrato. Finalmente, en el caso de alteraciones sucesivas, el citado valor se calcula partiendo del valor agregado de todas las modificaciones realizadas (art. 42.4 propuesta de directiva). Lo primero que debe precisarse es que este supuesto opera cuando la modificación *no haya estado prevista en los documentos reguladores de la concesión*: su regulación separada y la no mención de valores máximos en el artículo 42.5 refuerza, en mi parecer, esta interpretación⁸⁵. Y, además, que el valor referencial se calcula exclusivamente por la aplicación sucesiva de dos criterios —a) umbral económico: la modificación, por ende, no podrá superar, según los casos, los 5 millones (umbral común) o los 2,5 millones (valor mínimo de la horquilla establecida para determinadas concesiones de servicio); y b) la modificación no puede superar de un 5 % del valor precio del contrato original⁸⁶— sin que otros aspectos relevantes (duración del contrato, tipo de prestación, etc.) tengan incidencia en su determinación.

El tercer supuesto recoge la solución «pragmática para situaciones imprevistas» a la que se refiere el Considerando 35 de la directiva en los siguientes términos: «Los poderes y entidades adjudicadoras pueden encontrarse con circunstancias exteriores que no podían prever cuando adjudicaron la concesión. En este caso, se añade, se necesita un cierto grado de flexibilidad para adaptar la concesión a las nuevas circunstancias *sin un nuevo procedimiento de adjudicación*». Pues bien, según el artículo 42.6 la modificación por circunstancias imprevistas es lícita a condición de que concurran conjuntamente los siguientes requisitos: a) que la necesidad de modificación se derive de «circunstancias que un poder o entidad adjudicadora *diligente no podía prever*». El Considerando 35 proporciona algunas pautas interpretativas de importancia al establecer que se trata de «circunstancias que no podían predecirse a pesar de la diligente preparación del procedimiento original por parte del poder o la entidad adjudicadora, teniendo en cuenta los recursos de que se disponían, la naturaleza y

⁸⁴ Los poderes y entidades adjudicadoras deben tener, pues, la posibilidad de prever en el propio contrato de concesión la eventualidad de modificación pero sin que ello implique «el otorgamiento de una discrecionalidad ilimitada» a dichos poderes y entidades (Considerando 38 de la Directiva).

⁸⁵ Lo que no significa, sin embargo, que en dicho ámbito (modificaciones previstas en el clausulado contractual) no puedan también ponerse de manifiesto determinados límites cuantitativos. Lo que sucede es que su determinación se realizará, en su caso, por referencia al concepto jurídico indeterminado, «alteración del carácter global de la concesión», y no por la aplicación de un valor cierto.

⁸⁶ Se trata de una fórmula distinta de la empleada por el legislador español en el artículo 207.1 d) que permite la modificación no prevista de los contratos a condición de que la misma supere «en más o en menos el 10 % del precio de adjudicación del contrato».

características del proyecto específico, las buenas prácticas del ámbito en cuestión y la necesidad de asegurar una proporción adecuada entre los recursos destinados a la preparación de la adjudicación y su valor previsto»; b) que la modificación no altere el carácter global de la concesión; y c) en el caso de concesiones adjudicadas por poderes adjudicadores que el aumento del precio no sea superior al 50% del valor de la concesión original. A contrario sensu, debe deducirse que sí se puede superar dicho límite cuantitativo cuando se trata de concesiones adjudicadas por entidades adjudicadoras.

10. LA RESCISIÓN DE LAS CONCESIONES

Las normas relativas a la ejecución de los contratos concluyen con la enunciación de tres supuestos de rescisión contractual (art. 43). Lo primero que sorprende es que la citada disposición lleve por epígrafe «rescisión» en lugar de «resolución», término este último empleado por el legislador tanto en la propuesta de directiva de contratación pública (art. 73) como en el proyecto de directiva de sectores excluidos (art. 83). Y sorprende, decimos, porque se utilizan términos distintos para aludir al mismo objeto: el contenido de las tres disposiciones antes citadas, salvo las remisiones a su articulado interno, es idéntico. Para facilitar su análisis, conviene transcribir el contenido del artículo 43 de la directiva de concesiones:

«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 periodo de vigencia, siempre que se cumpla alguna de las condiciones siguientes:

a) que las excepciones contempladas en el artículo 15 no pueden ya aplicarse debido a la existencia de participación privada en la persona jurídica a la que se haya adjudicado el contrato, de conformidad con el artículo 15.4;

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

c) que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictamine, en un procedimiento conforme con el artículo 258 del tratado, que un Estado miembro ha incumplido sus obligaciones con arreglo a los tratados debido a que un poder adjudicador o entidad adjudicadora de dicho Estado miembro ha adjudicado una concesión sin ajustarse a las obligaciones que le imponen los tratados o la presente directiva.»

Los tres supuestos tienen en común ser causas de resolución imputables al poder adjudicador o entidad adjudicadora y no, por tanto, al concesionario y tampoco relacionables con otros motivos ajenos a la idea de incumplimiento contractual (v. gr., mutuo acuerdo)⁸⁷. Así, el primer supuesto

⁸⁷ Solo desde esa perspectiva podría, quizás, entenderse la utilización del término «rescisión» por cercanía semántica a su sentido original (arts. 1.290 y ss. Código Civil).

de resolución tiene lugar cuando se incumpla uno de los requisitos mencionados en el extenso artículo 15, «Relaciones entre autoridades públicas», *supra* comentado, para excluir determinados negocios del ámbito de aplicación de la directiva, esto es, la participación privada en la persona jurídica o sociedad concesionaria. Si ello tiene lugar, el negocio resultante dejará de considerarse, según los casos, un encargo *in house*, *in house*-conjunto o un simple acuerdo de cooperación horizontal entre poderes o entidades adjudicadoras, resultando ineficaz desde ese mismo instante —«las excepciones que establece el presente artículo dejarán de surtir efecto desde el momento en que exista participación privada» (art. 15.5)— y surgiendo el deber de convocar la respectiva licitación.

El segundo supuesto no es sino un corolario lógico de las disposiciones relativas a la modificación de los contratos antes referidas y supone un reforzamiento importante de los límites establecidos por el legislador para alterar las concesiones. El ejercicio de *ius variandi* fuera de los supuestos expresamente establecidos por el legislador tiene como consecuencia la resolución del respectivo contrato (indebidamente modificado) y la obligación de convocar un nuevo procedimiento de adjudicación.

Finalmente, el último supuesto deriva también de un incumplimiento atribuible a un poder adjudicador o entidad adjudicadora, «haber adjudicado una concesión sin ajustarse a las obligaciones que le imponen los tratados o la presente directiva», pero con la notable peculiaridad de que la ineficacia del contrato se configura *ex* artículo 43 c) como una consecuencia adicional del incumplimiento declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 258 tratado).

11. REFLEXIÓN FINAL

Es ciertamente encomiable el esfuerzo de clarificación conceptual que aporta la iniciativa para delimitar el ámbito de actuación propio de los contratos de concesión. Pero también lo es que la división tantas veces reiterada entre contratos públicos y concesiones queda desdibujada o, si se prefiere, pierde en parte su justificación cuando se establecen normas idénticas para ambas categorías contractuales en lo que respecta a materias tan fundamentales como la modificación o la resolución de los contratos.

Otro aspecto que debe ser destacado críticamente es el silencio del proyecto de directiva en relación con el principio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato cuya importancia, en contraste, es recalcada por el legislador español precisamente en el ámbito de los contratos de concesión *ex* artículo 258.1 del RDL 3/2011⁸⁸. Una omisión que debe reputarse como consciente a la luz de lo manifestado al respecto por el Consejo de la Unión Europea: «El man-

⁸⁸ Por más que, como se ha demostrado recientemente, la aplicación del citado principio a algún supuesto en concreto (riesgos imprevisibles) sea muy restrictiva en la actualidad; *vid.* AMENÓS ÁLAMO, J. y NIETO MORENO, J. E.: «La languidecente vida del principio de equilibrio económico frente a riesgos imprevisibles en la contratación pública», *REDA*, n.º 156, de 2012, págs. 118 a 138.

tenimiento puede lograrse plenamente mediante la aplicación de los apartados 5 y 6 del artículo 42 en relación con posibles modificaciones bien previstas en el contrato o bien cuya necesidad se derive de circunstancias imprevisibles»⁸⁹. Por demás está decir que dichas normas no regulan la retribución suficiente del concesionario en caso de alteración del contenido de la concesión, sino que únicamente, como ha quedado expuesto en el trabajo, los requisitos que autorizan una modificación contractual. Sin perjuicio de la incidencia de tales disposiciones sobre el derecho español, es evidente su repercusión sobre el mercado concesional: la disminución de las garantías económico-financieras redundará muy probablemente en un correlativo desinterés de las empresas por asumir proyectos de concesión de obras o de servicios públicos.

En la misma línea, cabe consignar que el modelo de asignación de riesgos diseñado por el legislador comunitario: atribución del riesgo operacional sustancial (uso y disponibilidad sin matizaciones) puede resultar también un elemento desincentivador de la participación privada. Nótese, a este respecto, que uno de los objetivos que alumbran la propuesta es precisamente estimular la inversión pública y privada en infraestructuras y servicios estratégicos. Podría preguntarse si no resulta excesivo pasar de una no regulación en esta materia a optar por el modelo maximalista antes expuesto, especialmente si se considera que el mercado —y los legisladores nacionales, caso de España y del Reino Unido referidos— se endereza claramente hacia otros rumbos.

Bibliografía

AMENÓS ÁLAMO, J. y NIETO MORENO, J. E. [2012]: «La languidecente vida del principio de equilibrio económico frente a riesgos imprevisibles en la contratación pública», *REDA*, n.º 156, págs. 118 a 138.

ASOCIACIÓN FORO PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP INFRAESTRUCTURA: «Recomendaciones para el desarrollo sostenible de la colaboración público privada en infraestructuras», disponible en la página web www.foropp.com.

BERNAL BLAY, M. A. [2010]: *El contrato de concesión de obras públicas y otra técnicas paraconcesionales*, Civitas, Thomson-Reuters, Cizur Menor, Madrid.

COMISIÓN EUROPEA [2000]: Comunicación interpretativa sobre las concesiones en el derecho comunitario, de 12 de abril.

- [2004]: Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de 30 de abril.
- [2011]: Acta del mercado único. Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza. «Juntos por un nuevo crecimiento», de 13 de abril.
- [2011]: Commission staff working document impact assessment of an initiative on concessions accompanying the document proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts, de 20 de diciembre.

⁸⁹ Vid. propuesta de directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, orientación general, 26 de noviembre de 2012, punto n.º 10.

- [2011]: Documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Resumen de la Evaluación de Impacto que acompaña al documento Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, de 20 de diciembre.
- [2011]: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa, de 20 de diciembre.

CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES, CEOE: «El sector de las infraestructuras públicas en régimen de concesión y de los servicios públicos en España: propuestas 2012-2016». Disponible en <http://www.ceoe.es/>.

DEBANDE, O. [2002]: «Private financing of transport infrastructure. An assessment of the UK experience», *Journal of Transport Economics and Policy*, vol. 36, parte 3, septiembre, págs. 355 a 387.

GIMENO FELIÚ, J. M.^a [2006]: *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de Contratos Públicos y propuestas de su reforma*, Madrid, Civitas/Thompson Reuters.

- [2012]: «Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP», *REDA*, n.º 156, págs. 17 a 57.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R. [2004]: «El contrato de obras. La concesión de obras públicas como contrato» y «El contrato de concesión de obras públicas: disposiciones generales», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (dir.), Thomson/Civitas, Madrid, págs. 751 a 791 y 1.085 a 1.120.

LAZO VITORIA, X.: «La propuesta de directiva de concesiones: rasgos fundamentales», disponible en www.obcp.es.

MORENO MOLINA, J. A. [2011]: «Los defectos, cumplimiento y extinción de los contratos», en *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid.

MOREO MARROIG, T. [2011]: «Los modificados de los contratos públicos en España. ¿Crónica de una muerte anunciada?», *Revista La Razón del Derecho*, n.º 2, págs. 1 a 21.

NOGUERA DE LA MUELA, B. [2010]: «Los encargos *in house* en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria», *RAP*, n.º 182, págs. 159 a 190.

PERNAS GARCÍA, J. [2008]: *Las operaciones in house y el derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*, Iustel, Madrid.

PICO LORENZO, C. [2009]: «El contrato de gestión de servicios públicos. En especial, la gestión indirecta de servicios a través de medios propios, los contratos domésticos o *in house providing*» en: *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, Jesús COLÁS TENAS y Manuel MEDINA GUERRERO (coord.), Fundación Democracia y Gobierno Local, págs. 391-418.

RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. [2012]: «La distinción entre contrato de servicios y concesión de servicios en la reciente jurisprudencia comunitaria y su incidencia en el ámbito interno», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 3, págs. 1 a 13.

RAZQUIN LIZARRAGA, M. [2012]: «El contrato de gestión de servicios públicos: la necesaria reconducción de este tipo contractual (comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20

de abril de 2010 y de 10 de marzo de 2011)» en: *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Volumen II. Europa y América. Liber Amicorum*, TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, GARCÍA DE ENTERRÍA E. y ALONSO GARCÍA R. (coord.), Civitas, págs. 3.549 a 3.573.

RUIZ OJEDA, A. [2006]: *La concesión de obra pública*, Thomson Civitas, Cizur Menor.

SÁNCHEZ SOLIÑO, A. [2012]: «Optimización de la transferencia de riesgos en los contratos de infraestructuras y servicios públicos», *Hacienda Pública Española*, 201-(2), págs. 67-91.

SANZ GANDÁSEGUI, F. [2003]: «El concepto de contrato de concesión de obra pública», en: *Comentarios a la nueva Ley de 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra públicas*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ A. (dir.), Thomson/Civitas, Madrid, págs. 81 a 109.

SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M. [2007]: «¿Pueden los contratos quedar en casa? La polémica europea sobre la contratación *in house*», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 3, págs. 1.669-1.680.

STANDARD & POOR'S [2003]: «The evolution of DBFO payment mechanisms: one more for the road?», Standard & Poor's, Londres.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. [2006]: *Ejecución y financiación de obras públicas. Estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa*, Thomson/Civitas, Cizur Menor.

VÁZQUEZ DEL REY, R. [2012]: «Proyecto de Directiva de Concesiones», *Revista de Actualidad Jurídica*, n.º 32, págs 55 a 65.