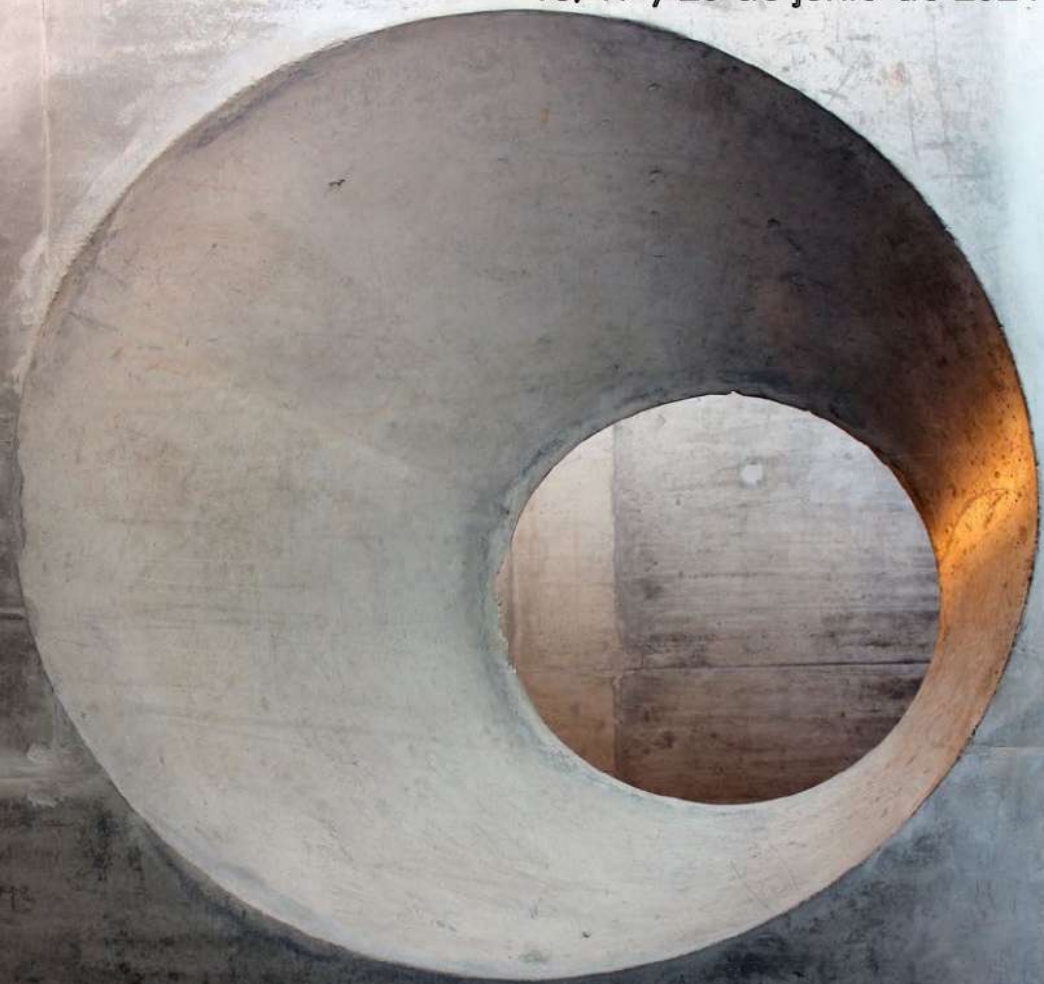


XIV Seminario de Contratación Pública
Panticosa (Huesca)
18, 19 y 20 de junio de 2024



*Diez años de las Directivas de
contratación pública: balance y
prospectiva*

MESA REDONDA

La colaboración público-privada y sus equilibrios: ¿hacia dónde vamos?

Juan Antonio Carrillo Donaire
Catedrático de Derecho Administrativo
Consejero-Asesor SdP Estudio Legal

Principales causas del fracaso de la concesión de obras y de servicios de la LCSP

1. Nuevo régimen jurídico de las concesiones contractuales de servicio o de obra

Ruptura de la ecuación concesión = gestión de sp

El régimen del SP se “añade” al contrato de servicio (“prestaciones directas a la ciudadanía”: art. 312) o a la concesión (arts. 284.2 y 287.2)



<https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Oirescon/Paginas/one.aspx>



Capas normativas de la regulación de las concesiones

- Directiva 2014/23: tiene primacía frente a la legislación nacional. Exige la transferencia del riesgo operacional.
- Reglamento SEC-2010: determina la contabilización de las operaciones de CPP en el déficit, incluidas las concesiones.
- LCSP: incorpora la Directiva y añade regulación adicional. Tiene distintos “perfiles” (para AAPP, PANAP, sector público...)
- Leyes aplicables a otros negocios jurídicos que pueden canalizar inversión privada en activos públicos (legislación patrimonial: autorizaciones y concesiones)

2. Del deseo a la realidad en las concesiones contractuales

Ventajas teóricas del modelo concesional (CPP)

- a) Aplana el impacto de la inversión para el sector público:
 - aunque caben aportaciones, peaje en la sombra y pagos por disponibilidad, se definen y delimitan previamente.
 - Se ha eliminado la RPA salvo por causa imputable a la Administración concedente.
 - Reequilibrio limitado arts. 270 y 290 LCSP
- b) Activa la capacidad de endeudamiento del sector privado
- c) La Administración encuentra un interlocutor experto que asume y gestiona los riesgos

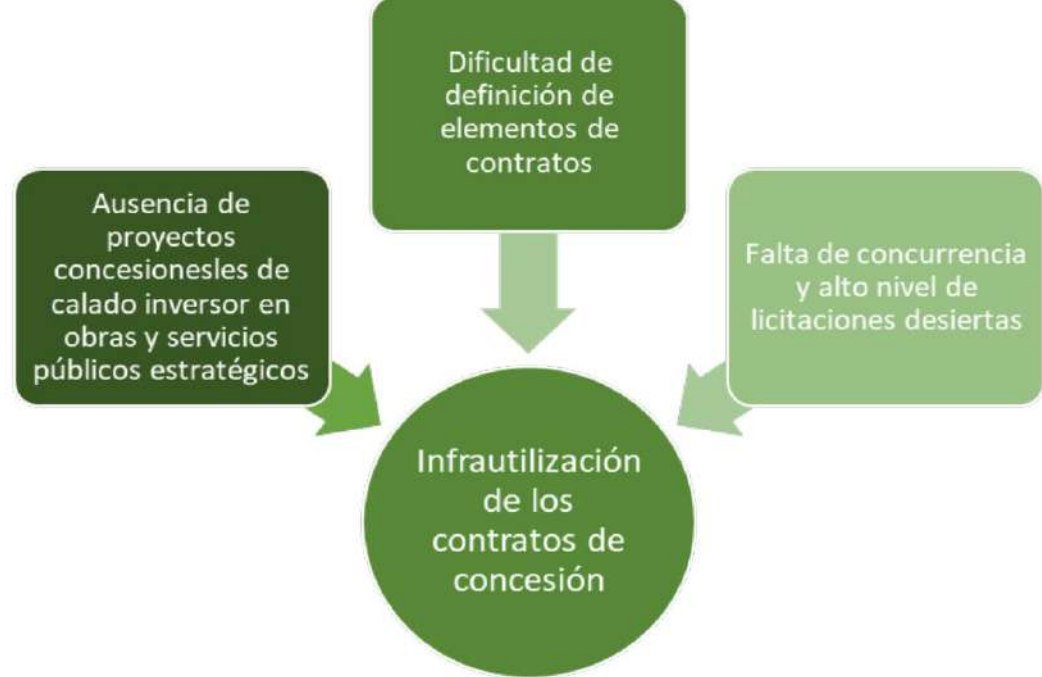
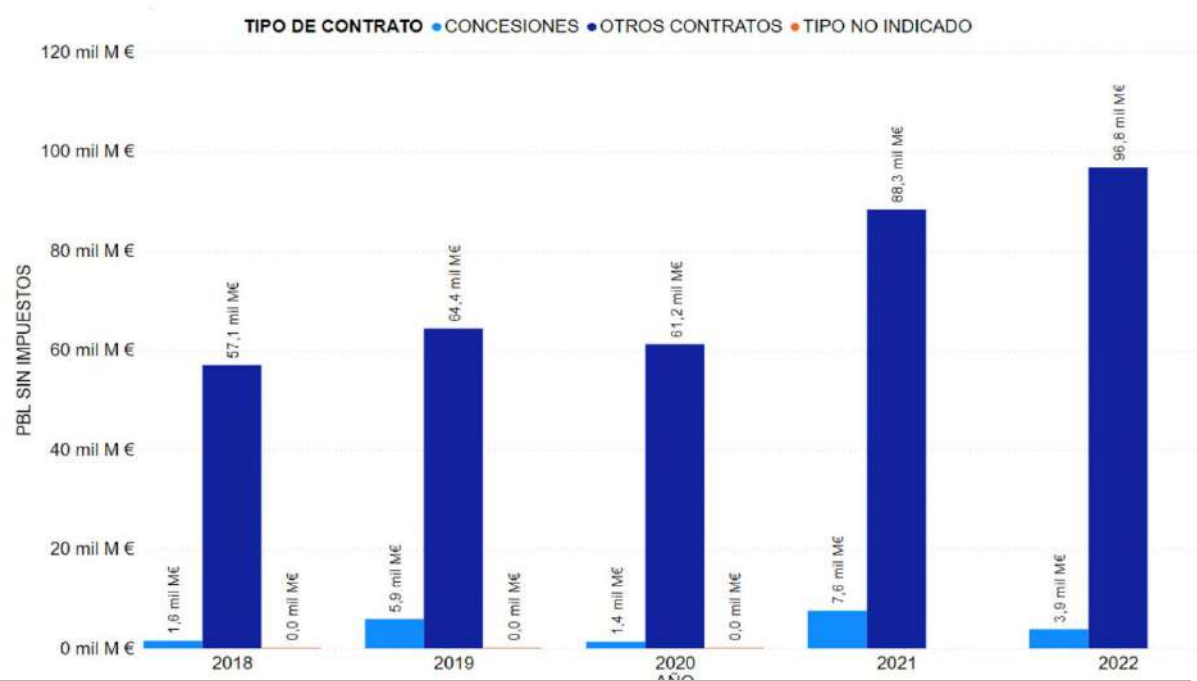
Requisitos para una concesión viable

- Que la inversión no compute en el déficit y deuda de la entidad pública concedente (SEC-2010)
 - Que el reparto de riesgos sea viable para operadores privados, evitando la necesidad de reequilibrios
 - Que el plazo y la remuneración retribuyan adecuadamente la inversión
- *La falta de atención a estas cuestiones provoca el escaso número de licitaciones recientes y la falta de un número suficiente de proposiciones*

Elementos del contrato de concesión en la LCSP



Año	2018		2019		2020		2021		2022	
Tipo de contrato	PBL sin impuestos (mill. €)	Peso del tipo	PBL sin impuestos (mill. €)	Peso del tipo	PBL sin impuestos (mill. €)	Peso del tipo	PBL sin impuestos (mill. €)	Peso del tipo	PBL sin impuestos (mill. €)	Peso del tipo
Concesiones	1.570,13	2,68%	5.896,21	8,39%	1.364,35	2,18%	7.610,50	7,93%	3.904,52	3,88%
Otros contratos	57.058,03	97,32%	64.389,32	91,61%	61.231,10	97,81%	88.345,99	92,07%	96.787,68	96,12%
Tipo no indicado	0,98	0,00%	0,20	0,00%	5,16	0,01%				
Total	58.629,14	100,00%	70.285,73	100,00%	62.600,62	100,00%	95.956,49	100,00%	100.692,20	100,00%



Informe de supervisión concesiones 17 nov 2023



Como se observa en las tablas anteriores, el **peso por importe económico (PBL sin impuestos) de las concesiones en España en 2022 asciende en su conjunto al 3,88%**, y al **1,37%** en número de licitaciones.

contratos de concesión en España tienen una importancia muy limitada en el conjunto de la contratación pública, (representa el 3,43% de las adjudicaciones frente a la media equiparable del 12% en el conjunto de los Estados miembros de la UE), siendo el Sector Público Local el que hace una mayor utilización de ellos.

EMPRESAS

El Gobierno estudia reformas para reactivar la concesión de obra pública

INFORME DE HACIENDA/ La oficina Oirescon alerta del ritmo de contratos desiertos por los bajos márgenes e inseguridad jurídica. Pide cambiar el cálculo de rentabilidad del bono a 10 años más 200 puntos.

3. Reparto de riesgos



Aplicación conjunta de **SEC-2010** (evitar “huida a la contabilidad privada”), **Directiva 2014/23** (evitar “huida a las concesiones”) y **LCSP**



SEC-2010 piensa en operaciones en las que **siempre se construye un activo** (no importa que sea concesión de obra o de servicio), mientras que **la LCSP se fija en la distinción entre obra y servicio** y admite “concesiones con obra” y “concesiones sin obra”



La UE exige **transferencia efectiva de riesgos** pero admite las concesiones sin riesgo de demanda



El concesionario ha de asumir el **riesgo de construcción** (si lo hay) más “un” **riesgo de demanda** o el de **disponibilidad/su ministro**



El **reequilibrio** se reconduce a los supuestos de **modificación del contrato** en la Directiva (art. 43)

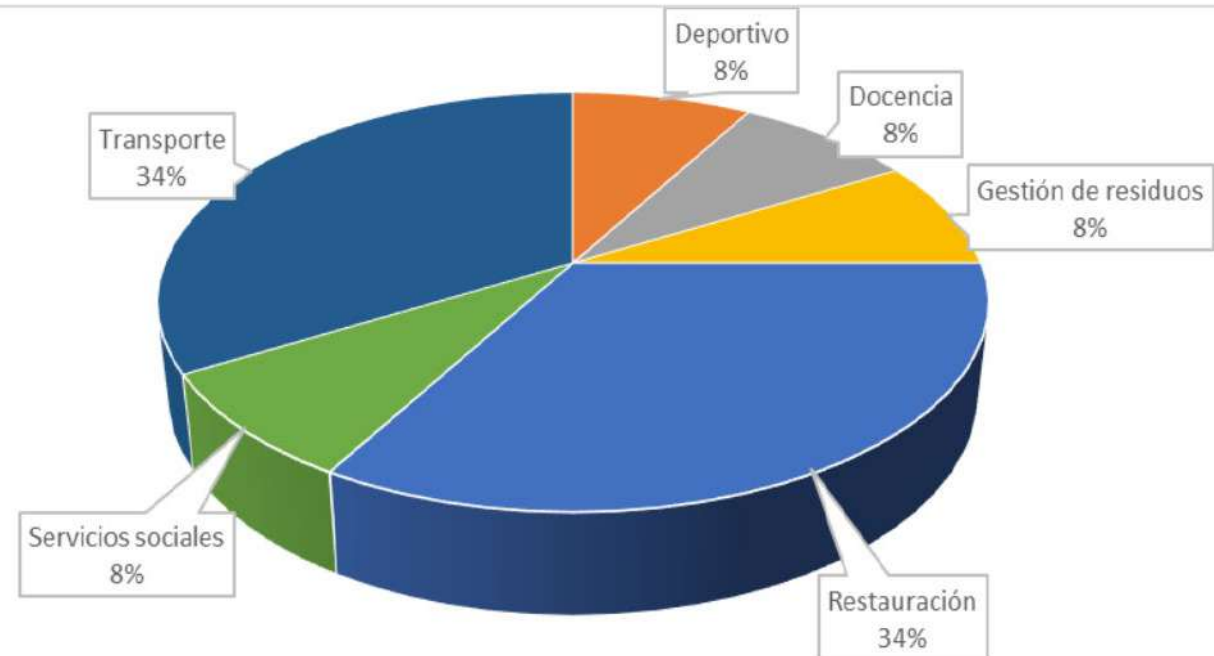
La **LCSP limita el reequilibrio** (art. 270 y 290) y la jurisprudencia contencioso-administrativa es más restrictiva que la civil



Ejemplos de riesgo de suministro

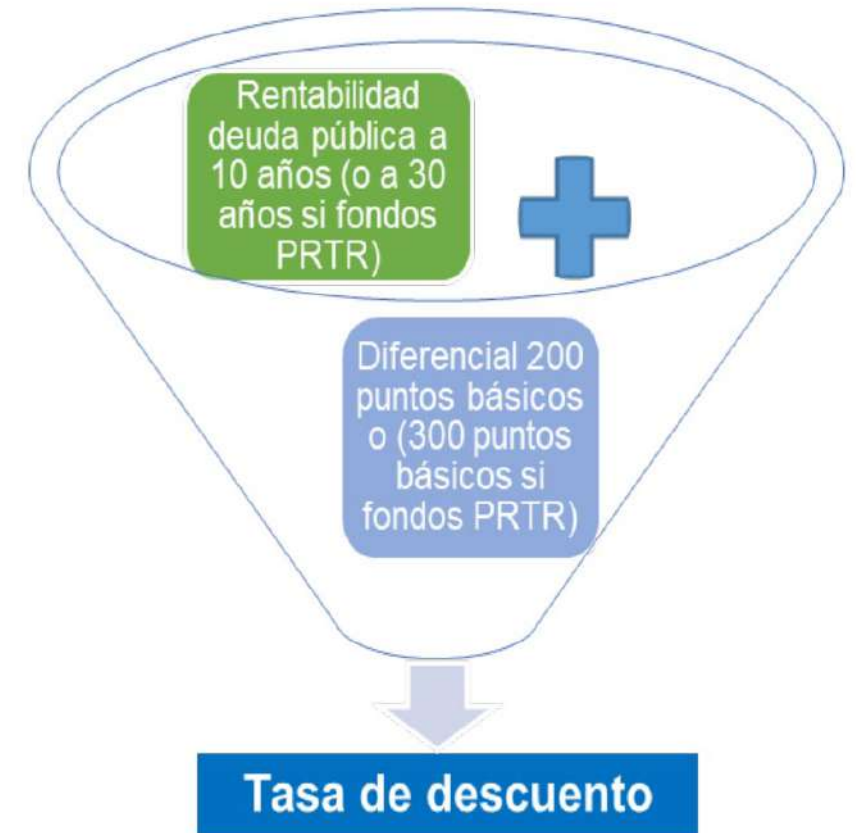
- Exige indicadores reglados y estándares en los que exista un riesgo real de fracaso
- Que el periodo de cobro por el concesionario dependa, en inicio y duración, de la fecha de terminación de las obras
- Que el concesionario asuma obligaciones de mantenimiento
- Establecimiento de estándares (de eficiencia, disponibilidad, etc.) comparativos con otras instalaciones de esa Administración o de otro tipo
- Estándares basados en el tiempo de reacción ante incidencias o en la satisfacción de usuarios

[Informe ONE actividad 2023 \(febrero 2024\)
https://www.hacienda.gob.es/RSC/ONE/memoria-anual-actividad/memoria-anual-actividad-ONE-2023.pdf](https://www.hacienda.gob.es/RSC/ONE/memoria-anual-actividad/memoria-anual-actividad-ONE-2023.pdf)



4. Plazo concesional

- La determinación del plazo condiciona indirectamente la remuneración del concesionario
- No viene exigido por la concesión, sino por la Directiva 23/2014 para evitar el cierre del mercado (5 años > recuperación inversión)
- Posible modificación general o sectorial (Real Decreto-ley 36/2020)
- Interpretación a la luz de la finalidad de la legislación de desindexación. La remisión a la normativa de desindexación es un traje único que no tiene en cuenta el riesgo asumido



Alternativas de modificación normativa propuestas por el grupo de trabajo

Modificación del artículo 29.9 de la LCSP

- Directamente sin desarrollo reglamentario.
- Mediante desarrollo reglamentario.

Modificación del artículo 10 del RD 55/2017

- Cambiando parámetros de referencia.
- Solicitando información a cinco operadores económicos del sector.

**Los negocios patrimoniales sobre
activos públicos como
alternativas al contrato de
concesión**

1. Distinción concesiones demaniales / concesiones contractuales

❑ Distinción que no siempre fácil. Pero es **muy relevante**: regímenes jurídicos diferentes (art. 9 LCSP) : negocios patrimoniales / contratos LCSP

❑ **Criterios** establecidos por la doctrina consultiva y los Tribunales de justicia:

(i) el **interés público** en la prestación que es objeto de concesión (vid. Dictamen 1100/1995, de 11 de octubre, del Consejo de Estado; Informe 10/2010, de 15 de octubre, de la JCCA de Andalucía).

• Conexión de la actividad concedida con el interés público, por estar éste en el “**giro o tráfico**” de las **competencias y atribuciones** propias de la entidad pública, que ha de prestar de forma obligatoria (STS 12 de julio de 2018).

(ii) En ocasiones confluyen ambos intereses, tanto público como privado, por lo que habrá que ponderar en cada caso que intereses prevalecen: **casos dudosos**.

• **Tendencia** a decantarse por el contrato público por ser más garantista y respetuoso de la concurrencia (Resolución del TACRC 1489/2023, de 16 de noviembre, Informe de la JCCP del Estado 87/18, de 4 de marzo de 2019).

(iii) Supuesto singular de las **prestaciones complementarias** de un servicio público o de una actividad de competencia pública que suponga una prestación complementaria o una **mejora fundamental y necesaria del servicio principal** (ambigús Teatros y espectáculos públicos, tiendas aeropuertos, estaciones tren). En este caso la concesión suele seguir la suerte del servicio principal (vid. Resolución 49/2017, de 15 del febrero, del TACP Comunidad de Madrid).

(iv) Criterio adicional de la **intensidad regulatoria de la prestación** por parte del ente público: esto es, si el régimen específico de derechos y obligaciones entre las partes deja un mayor o menor margen al concesionario para determinar los productos o servicios, fijar los precios máximos, fijar los servicios mínimos para el caso de huelga, etc.

2. Diferencias de régimen jurídico

- ❑ Las concesiones demaniales son negocios jurídicos patrimoniales que no se rigen por la legislación de contratos públicos, sino por su **legislación específica**: legislación **muy fraccionada** (bases Eº, CCAA, local)
- ❑ La legislación patrimonial contempla a su vez **dos regímenes jurídicos diferenciados** en razón de la naturaleza **demanial** del bien (autorizaciones y concesiones demaniales) o **patrimonial** (no afectado a un uso o servicio público, y que son negocios jurídicos privados)
- ❑ Procedimiento de **adjudicación**:
 - Remisión a la legislación de contratos: ¿aplicación de sus trámites? (Informe JCC Estado 28/2008, de 29 de enero de 2009) ¿aplicación solo de los principios de la contratación pública? (Junta Consultiva de Aragón). Aplicación de la normativa patrimonial específica y supletoriamente LCSP
 - Preferencia del concurso para la concesión. Supuestos de adjudicación directa (art. 137 LPAP):
 - Inversiones o superficies menores (2.500 m² en Puertos)
 - Causas justificadas debidamente motivadas
 - En favor del ocupante
 - Legislación sectorial prior in tempore. STJUE 20 abril de 2023 AGCM (art. 12 Dir. servicios)
- ❑ **Ejecución**: no está supeditada a exigencias derivadas del interés general o del servicio (ius variandi, ordenes de servicio, etc.)

2. Diferencias de régimen jurídico

❑ Régimen financiero:

- Tasa o canon concesional
- No es necesario el estudio de viabilidad
- Libertad del pliego de condiciones de la concesión. No hay restricciones derivadas de la prestación al público (tarifas). Precio de mercado porque el “riesgo operacional” es total para el empresario (no hay compensaciones por riesgos imprevisibles).
- La concesión demanial como “derecho real” administrativo susceptible de: (i) inscripción registral, (ii) gravamen a efectos financieros y (iii) cesión (sin sujeción a los límites de los contratos)

❑ Iniciativa privada:

- Concesiones contractuales: abono del coste de la memoria de explotación y 5% de puntuación adicional (art. 127.5 LCSP)
- Concesiones demaniales: derecho de tanteo si la oferta no es superior al 10% (solo ámbito local)

❑ Plazo:

- Concesiones contractuales: art. 29 LCSP: máximo 25 años en concesiones de servicio y 40 en concesiones de obra. Justificación del plazo de amortización inversiones por encima de 5 años.
- Concesiones demaniales: 75 años (art. 93 LPAP)

3. Negocios patrimoniales sobre infraestructuras

- Casos que la **legislación sectorial** califica de concesiones demaniales: Legislación de puertos mercantes (concesiones en las zonas de servicio) puertos deportivos.
- Supuestos de división en volúmenes, derechos de superficie y complejos inmobiliarias en la **legislación urbanística**.
- **Actividades complementarias “no necesarias”** para la prestación del servicio principal:
 - Caso de las tiendas de aeropuertos STS 4 octubre de 2005) y ADIF
- Supuestos de **confluencia de intereses privados y públicos con prevalencia del primero**:
 - Caso de los aparcamientos con plazas “privadas” y en rotación (Sevilla, Guadalajara, Hospital Reina Sofía de Córdoba, etc.)
 - Vehículos de Movilidad compartida
 - Casos centros de tercera edad (construcción y explotación geriátricos –Almería-)
- Negocios en los que la infraestructura o el bien demanial es un **mero soporte de una actividad económica**: conducciones energéticas o infraestructuras en red en suelo urbano
 - Caso de los puntos de recarga eléctricos (Ayto. Badajoz, centros del SAS)

Legislación sectorial

Legislación patrimonial

ALGUNAS CONCLUSIONES: VENJATAS DE LA CONCESIÓN DEMANIAL

1. Mayor **agilidad** en la preparación y adjudicación de la concesión. A diferencia del contrato de concesión de servicios, la concesión demanial no precisaría la realización y aprobación de un estudio de viabilidad económico-financiero ni, en su caso, de la elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de construcción y explotación de las obras que resulten necesarias.
2. Mayor alcance de las **causas de adjudicación directa** y derecho de tanteo en caso de concurso o subasta (10%)
3. Mayor “**libertad de movimientos**” del inversor en la ejecución del contrato (desaparición de la idea de servicio público o interés general)
4. Mayores **garantías financieras** para el inversor privado (también para la Administración, que no asume obligación alguna en relación con el deber de reequilibrar el régimen económico del contrato de concesión)
5. Posibilidad de establecer **plazos mayores** para la amortización de inversiones (que revierten en la Administración titular)

MUCHAS GRACIAS

Juan Antonio Carrillo Donaire
jacarrillo@sdpabogados.com
donaire@us.es