

ALGUNAS REFLEXIONES A LA LUZ DE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, EN PARTICULAR SOBRE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

MARIANO MAGIDE
Abogado*

Algunas reflexiones a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, en particular sobre los contratos de concesión

La nueva Ley de Contratos del Sector Público incorpora las Directivas de Contratos y Concesiones a nuestro ordenamiento interno. Esta transposición se ha realizado, en el caso de la Directiva de Concesiones, de un modo excesivamente literal, ocasionando algunas distorsiones tanto teóricas como prácticas. Por otro lado, la nueva Ley, que incorpora novedades positivas, presenta algunos problemas de técnica jurídica. En el ámbito de las concesiones, la nueva regulación contiene aspectos positivos, pero también plantea riesgos que una buena práctica contractual podría mitigar.

PALABRAS CLAVE

Contratos públicos, Concesiones, Directivas

Some reflections in the wake of the new Public Sector Contracts Law, particularly on concession contracts

The new Public Sector Contracts Law implements the EU Directives on public contracts and concessions. The transposition has been carried out, in the case of the Concessions Directive, in an excessively literal manner, creating various theoretical and practical difficulties. Additionally, the new Law, which contains some improvements for the regulation of public contracts, nevertheless poses several technical legal problems. As regards concession contracts, the new Law offers positive aspects, while also posing some risks that skillful contractual practice can mitigate.

KEY WORDS

Public Contracts, Concessions, Directives

Fecha de recepción: 30-7-2017

Fecha de aceptación: 15-9-2017

I · INTRODUCCIÓN

El pasado 9 de noviembre, se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, que deroga el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 16 de noviembre (en adelante, «la Ley» o «la nueva Ley» y el «TRCLSP»), que entrará en vigor el próximo 9 de marzo (disposición final 16.^a).

Las publicaciones que se sucederán durante estos meses sobre la (parcialmente) nueva Ley serán lógicamente numerosas. La importancia de la materia desde múltiples puntos de vista y las novedades introducidas por el nuevo texto, sin duda, lo merecen. Los objetivos, alcances, planteamientos y formatos de esas publicaciones serán también lógicamente variados, desde comentarios generales a análisis puntuales de las cuestiones más novedosas e interesantes, con pretensiones descriptivas o analíticas, con

enfoques prácticos o académicos. Al redactar esta modesta contribución a la previsible avalancha de publicaciones (si en nuestro tiempo la legislación está ya no motorizada, por recordar a Schmitt, sino que ha adquirido una dinámica supersónica, qué decir de las publicaciones que la siguen), he tenido necesariamente que plantearme su enfoque, planteamiento que hago expreso para anunciar al lector que puede encontrar en las siguientes páginas.

Pues bien, en los límites de extensión de esta colaboración no podía pretender siquiera un resumen de las principales novedades de la Ley, salvo que fuera más que telegráfico, y esa sucinta enumeración de novedades casi al modo de un índice comparativo me parecía escasamente interesante, tanto para el lector como para el autor (no sé si por ese orden). Elegir un aspecto de la nueva legislación y profundizar algo más en él podía ser más atractivo, pero quizás demasiado parcial para una novedad legislativa de alcance considerablemente general, por más que la nueva Ley no suponga una modificación de tanta extensión y calado de nuestra normativa de contratación pública como fue la Ley de Contratos del Sector Público de 2007. Así que me decidí por algo a medio camino entre los dos enfoques descritos: realizar una serie de reflexiones sobre la nueva norma en general, que no una des-

* Del Área de Derecho Público de Uría Menéndez (Madrid)

cripción ni siquiera mínimamente exhaustiva de las novedades, y centrarme algo más en un ámbito de nuestra normativa que ha sufrido una importante reforma con ocasión de la Ley, si bien parte de ella se había avanzado de modo más que peculiar en la disposición final 9.^a de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, «**Ley 40/2015**»): las concesiones de obras y servicios públicos. He de confesar que este planteamiento no me acaba de resultar del todo satisfactorio por falta de estructura, propósito y sistema. Muy posiblemente eso se deba a la pereza y falta de capacidad del autor; pero, valga como excusa quizás autocomplaciente, es que a esta nueva Ley me temo que también le falta estructura, propósito y sistema, dicho sea con todo el respeto al sufrido sujeto colectivo que es legislador; sufrido por la extremadamente difícil tarea que afronta y por las críticas que siempre arrostra.

II · LA CUESTIONABLE CONCEPCIÓN DE LA TRANSPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS. LA CONTRIBUCIÓN A LA DISOLUCIÓN CONCEPTUAL DE NUESTRO DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA CONTRATACIÓN

1. La declarada intención de la nueva Ley es transponer dos de las Directivas de contratación de 26 de febrero de 2014¹. La segunda de ellas, la Directiva 2014/24 (en adelante, «**Directiva de Contratos**»), a pesar de derogar en su integridad la anterior Directiva de contratos 2004/18, en realidad tan solo introdujo reformas relativamente puntuales en el régimen que estableció esta última. Estas modificaciones consistían en algunos intentos de mejora de ciertos puntos concretos de la regulación armonizada sobre contratos públicos y en la plasmación en el Derecho positivo de la Unión de algunos criterios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia. La Directiva 2014/23 (en adelante, «**Directiva de Concesiones**») tenía, desde el punto de vista del Derecho de la Unión, mayor calado: suponía el establecimiento de una regulación armonizada para las concesiones de obras y servicios. Hay que señalar,

no obstante, que las primeras ya estaban sujetas con anterioridad a una normativa armonizada, concretamente la aplicable al contrato de obras, puesto que las concesiones de obras eran consideradas por la Directiva 2004/18 un subtipo del contrato de obras (cfr. artículo 1.3 de esa Directiva).

2. Para poder valorar la operación de transposición que lleva a cabo la nueva Ley, conviene partir de la intención y de la diferente intensidad de la regulación de la Directiva de Concesiones respecto de la de Contratos.

A partir fundamentalmente de la asunción por el concesionario del llamado «riesgo operacional», de acuerdo con el cual la retribución de la contraparte del sector público y su capacidad de recuperación de su inversión y costes operativos se hace depender de la demanda de explotación de la obra o servicio, o de lo adecuadamente que dicha obra o servicios se pongan a disposición del poder adjudicador o los particulares, se dota a estos contratos de concesión de una regulación más laxa en relación con su adjudicación. Por decirlo con una sencillez tal vez excesiva, si el contratista va a asumir un riesgo mayor que en los contratos tradicionalmente sujetos a regulación armonizada, la preocupación del Derecho de la Unión por compensar mediante reglas de *public procurement* la falta de incentivos de mercado de las partes resulta menor. Adicionalmente, la complejidad de estos contratos, como consecuencia de su duración, de su poliédrico contenido y de la distribución de riesgos entre poder adjudicador y contratista parecían aconsejar una regulación rígida. Por último, en el caso de las concesiones de servicios, la Directiva de Concesiones suponía una primera regulación armonizada de su adjudicación (sustancialmente distinta en los diferentes Estados miembros, al estar relacionada con algo tan nacional aún en el ámbito de la Unión como los servicios públicos,) y como sucede a menudo en el ámbito comunitario, esa primera regulación armonizada pretende ser razonablemente flexible.

Una última consideración sobre la Directiva de Concesiones. Esta Directiva se mantiene en el plano propio del Derecho de la contratación pública de la Unión. Esto es, pretende armonizar el modo en que los sujetos relevantes del sector público de los Estados miembros (los poderes adjudicadores) deciden con quién contratar, a quién adjudicar sus contratos, pero no el régimen jurídico (en cuanto a sus efectos y extinción) de esos contratos. Y los conceptos que define, empezando por el de «concesión», los define a estos efectos de regulación de su adjudicación.

¹ La tercera Directiva del paquete de contratación del 2014, la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, también de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, continúa pendiente de transposición: el Proyecto de ley destinado a tal fin se encuentra aún a la espera de Informe en la Comisión de Hacienda y Función Pública del Congreso de los Diputados en el momento en que se cierra esta colaboración.

cación. Es decir, la Directiva no pretende establecer un régimen global del contrato de concesión ni imponer una determinada concepción de este tipo de contratos. Pretende tan solo que, si un poder adjudicador de un Estado miembro adjudica un contrato que responda al concepto comunitario de «concesión», lo haga respetando los principios, reglas y procedimientos que se contienen en la Directiva, unos estándares de mínimos menos exigentes en general que los previstos en la Directiva de Contratos. Y todo ello, como es común a las normas de contratación pública de la Unión, con el fin de compensar la falta de incentivos naturales de esos poderes adjudicadores para contratar de acuerdo con las reglas del mercado y asegurar, mediante esa artificial imposición de condiciones y procedimientos de contratación, que el mercado interior también se extiende a la contratación pública más relevante. En este sentido, las (laxas) normas inmediatamente dirigidas a regular aspectos relativos a la vida de las concesiones, como su modificación o su duración, no tienen otra finalidad última que asegurar que durante la vida del contrato no se defraudan las reglas y principios que rigieron su adjudicación, mediante, por ejemplo, modificaciones excesivas que cambien sustancialmente lo adjudicado o permitiendo al contratista «eternizarse» en el contrato.

Las Directivas son normas que imponen a los Estados obligaciones de resultado (artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). En el caso de las Directivas de Contratos y de Concesiones, de acuerdo con lo expuesto, que la preparación y adjudicación de los contratos tradicionalmente sujetos a regulación armonizada y la de las concesiones de obras y servicios cumplen unos principios y reglas mínimos dirigidos a asegurar el acceso efectivo y no discriminatorio de los empresarios de los Estados miembros a esos contratos. Nada más, aunque nada menos.

3. Junto con esa obligación de transponer las Directivas en el plazo en ellas previsto (18 de abril de 2016), la reforma del TRLCSP era una buena ocasión para dar respuesta a algunas de las insuficiencias y problemas que había planteado la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público desde su aprobación en 2007, así como para responder a ciertas demandas sociales que iban más allá de la constatación de problemas técnicos en la aplicación de la Ley, fundamentalmente una regulación más incisiva y eficiente en prevención de la corrupción y a favor de una mayor transparencia en la contratación del sector público.

Desgraciadamente, creo que, por un lado, la transposición se abordó con un enfoque no del todo correcto (pero, desde luego, habitual) de lo que significa esta operación normativa. Por otro, sin perjuicio de la inclusión, sin duda, de novedades positivas en la nueva Ley, se ha perdido una buena oportunidad de afrontar algunos de los serios problemas que aquejan a nuestra contratación pública e incluso se ha ahondado en alguno de ellos. Examinar esas oportunidades perdidas exige entrar en un análisis mínimamente detallado de los diferentes aspectos de la contratación del sector público. De acuerdo con el planteamiento expuesto en la Introducción, esa tarea se abordará, dentro de las limitaciones de espacio de la presente colaboración, en relación con la regulación de las concesiones en el apartado IV. Me referiré ahora a lo que, a mi modesto entender, ha sido un error en el enfoque de la necesaria obligación del Reino de España de transponer las Directivas de Contratos y Concesiones, y en alguna de las consecuencias teóricas y prácticas de ese no del todo correcto planteamiento.

4. Transponer una Directiva no implica necesariamente reproducir su texto en la norma nacional. Lo que el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea exige a los Estados es que adapten su normativa interna a la Directiva para alcanzar los objetivos que esta impone de manera armonizada a todos los Estados miembros. Como ya se ha señalado, las Directivas de Contratos y Concesiones comparten el objetivo último y fundamental de las normas de esta naturaleza que la Unión Europea ha aprobado a lo largo de los años en materia de contratación pública: establecer unas reglas y principios comunes en la preparación y adjudicación de sus contratos a aquellos sujetos del sector público que no tienen un incentivo natural para contratar necesariamente con las mejoras ofertas (por la naturaleza de los fines que animaron su creación, por el modo en que se financian o por su característica inserción en el sector público); esto es, a los poderes adjudicadores en términos del Derecho de la Unión. Y ello con el fin último de abrir la contratación relevante de estos entes a todos los empresarios de la Unión, consolidando así también un mercado único de la contratación pública.

En este contexto, ante la nueva Directiva de Concesiones, la actitud más coherente con su naturaleza, alcance y fin propios habría sido la de preguntarse si los contratos que la Directiva comunitaria calificaba como concesiones se preparaban y adjudicaban de acuerdo con el TRLCSP con sujeción a reglas equi-

parables o incluso más estrictas de las contenidas en la referida Directiva. Si la respuesta hubiera sido afirmativa, la conclusión habría debido ser que no había nada que transponer. Si la respuesta era negativa —porque, por ejemplo, la celebración de estos contratos no estuviera generalmente precedida de una publicidad suficiente, o se adjudicaran como norma de modo directo, sin un previo procedimiento que garantizase los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación (cfr. artículos 3 y 30.2 de la Directiva), o se hubieran podido modificar sin límite alguno, ampliando su objeto para evitar una nueva licitación— la transposición habría exigido una modificación de las normas internas para asegurar el cumplimiento de los estándares de preparación y adjudicación de las concesiones de obras y servicios.

Pues bien, en el caso de la Directiva de Concesiones, la labor de transposición era prácticamente innecesaria. ¿Por qué? Porque en nuestro Derecho interno, las concesiones de obras y de servicios (de gestión de servicios públicos) ya se adjudicaban de acuerdo con los estándares de las Directivas aplicables a los contratos inicialmente sujetos a la armonización del Derecho de la Unión: los de obras, servicios y suministros, que son considerablemente más exigentes. De este modo, el Derecho interno ya cumplía sobradamente, al menos con carácter general, los objetivos de la Directiva de Concesiones. Es más, si cabía razonablemente alguna actuación del legislador español en este ámbito era la de flexibilizar en algunos aspectos el régimen de contratación de esas concesiones, por ejemplo, en relación con sus procedimientos de adjudicación o con el plazo, regulados en la Directiva de Concesiones de modo más flexible que en el TRLCP (cfr. artículos 18 y 30 y siguientes de la Directiva de Concesiones).

5. Teniendo en cuenta las relevantes novedades que incorpora la nueva Ley en relación con las concesiones de obras y de servicios, parece difícil mantener el planteamiento que se ha dejado expuesto. ¿No era necesario transponer a nuestro Derecho interno el concepto de «riesgo operacional» alrededor del cual gira la definición de las concesiones en la Directiva?, ¿no había que reordenar nuestra configuración del contrato de gestión de servicios públicos a la vista de que la Directiva solo recogía uno de los subtipos de ese contrato que habían venido siendo tradicionales en nuestro Derecho, la concesión? A mi juicio, la respuesta sigue siendo no. Y para reafirmarse en ella creo que basta no dejarse confundir por la terminología de la Directi-

va y tener presente la exclusiva conexión del Derecho de la Unión sobre contratos públicos con las fases de preparación y adjudicación de estos.

6. Así es. En cuanto al riesgo operacional, este se define en la Directiva de Concesiones como el riesgo que asume el concesionario «cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, 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 concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdenable» (artículo 5.1). Pues bien, a mi juicio, esta idea no es otra que el riesgo y ventura en la explotación de la concesión que se ha predicado tradicionalmente de nuestras concesiones de obras y de gestión de servicios públicos (cfr. artículos 7.2 y 277 a) del TRLCSP), puesto que la explotación de la obra o el servicio es su operación, y el principio de riesgo y ventura ya exigía esa ausencia de garantía de recuperación de costes e inversiones.

Incluso si no se comparte este planteamiento, y se considera que el riesgo operacional va más allá y que podía haber concesiones del TRLCSP que, a pesar de explotarse a riesgo y ventura del concesionario, no suponían una asunción de riesgo suficiente por el contratista, ese planteamiento no conducía a concluir la necesidad de modificación del TRLCSP. Esas concesiones en la terminología nacional podrían no ser «concesiones» en la terminología de la Directiva, sino contratos de obras o de prestación de servicios. Pues bien, puesto que las concesiones de obras y de gestión de servicios públicos del TRLCSP se adjudicaban siguiendo en lo fundamental las reglas y principios aplicables a los contratos de obras y servicios, la regulación española cumplía los objetivos de las Directivas que había que transponer. Es más, los excedía, al aplicar a las concesiones del Derecho comunitario (coincidiera o no totalmente su concepción con la tradicional de nuestro Derecho interno) las reglas más estrictas propias de los contratos de obras, servicios y suministros.

Podría también llegar a argumentarse que, incluso si esa idea de riesgo operacional no es algo sustancialmente distinto del riesgo y ventura en la explotación de la concesión, ¿qué problema hay en replicar el término comunitario y excluir las posibles dudas sobre la correcta transposición de la Directiva de Concesiones? Pues, a mi juicio, los inconve-

nientes de optar por una transposición *literalista* superan normalmente las ventajas de esa actitud cuando esa transposición no es necesaria, porque contribuye a desquebrajar la dogmática de nuestro Derecho de la contratación. Y esa preocupación no es solo teórica: un presupuesto esencial para una buena práctica es un apartado conceptual bien definido, reglas y conceptos claros definidos por la ley y aquilatados por la jurisprudencia y la doctrina administrativa y académica. Si se introduce un supuestamente nuevo concepto (el riesgo operacional) en lugar del preexistente (el riesgo y ventura en la explotación), un planteamiento casi inevitable (aunque a mi juicio incorrecto) es el de pensar que estamos ante un concepto diferente que debe distinguirse del anterior y respecto del cual no cabe aplicar las conclusiones teóricas y prácticas a que se pueda haber llegado en relación con el concepto arrumbado (al menos terminológicamente).

7. Pasemos ahora a lo que la transposición de la Directiva ha supuesto para la regulación de los que eran los contratos de gestión de servicios públicos, tipo general que albergaba en realidad tres subtipos: la concesión, la sociedad de economía mixta y el concierto, con un supuesto cuarto subtipo, la gestión interesada, que, en mi opinión, no era más que una variable en la regulación de la retribución del contratista que podía aplicarse tanto en una concesión como en un concierto (cfr. artículo 277 del TRLCSP). El texto derogado contenía una reglas comunes a los tres subtipos y otras específicas de cada uno y cumplía, más que sobradamente, los requerimientos de la Directiva de Concesiones, centrados como se ha repetido en el modo en que se adjudican las concesiones de servicios: tanto la regulación sobre la preparación y adjudicación de la antigua concesión de gestión de servicio público como la relativa al resto de los subtipos cumplía las exigencias de publicidad, concurrencia y no discriminación que alientan las reglas de la Directiva de Concesiones. Sin embargo, la nueva Ley elimina los conciertos, no hace mención alguna a la gestión interesada y expulsa el contrato de gestión de servicio público a través de una sociedad de economía mixta a la disposición adicional 22.^a, que incluye una minimísima regulación de un tipo contractual que, entre otras cosas, juega un papel esencial en la gestión de un buen número de servicios públicos locales. Nada, absolutamente nada, en la Directiva exigía eliminar la regulación legal que ampara un importantísimo número de contratos adjudicados para la gestión de nuestros servicios públicos.

De nuevo, ¿esta cómoda literalidad en la transposición no es inocua? Y la respuesta es que no. Podría pensarse, equivocadamente, que la única pérdida ha sido teórica, y que qué más da tener un tipo general de contrato de gestión dividido en subtipos o una concesión de servicios, si de lo que se trata es de que la gestión indirecta de los servicios públicos funcione. Pues bien, un estropicio teórico siempre puede tener consecuencias prácticas. A mi juicio, podrán con la nueva Ley adjudicarse contratos idénticos a los antiguos conciertos como contratos administrativos especiales, y la parquedad de la citada disposición adicional 22.^a se podría compensar con un buen pliego de cláusulas administrativas particulares cuando se pretenda instrumentar la gestión de un servicio público mediante una sociedad de economía mixta, pero la nueva regulación legal no ayuda, sino todo lo contrario.

III · ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA TÉCNICA LEGISLATIVA Y EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN Y APROBACIÓN DE LA NUEVA LEY DEL PROBLEMA CONCEPTUAL AL PRÁCTICO

I. No creo en la distinción, o al menos en una clara distinción, entre lo técnico y lo político en la gestión de lo público. Es más, esa distinción se invoca en numerosas ocasiones para enturbiar el análisis y el debate, para disfrazar como asépticas decisiones técnicas orientaciones políticas o para adoptar decisiones absolutamente irrazonables e impracticables con la excusa de que son opciones absolutamente legítimas de política legislativa.

En este contexto de imbricación de la política y la técnica, a cualquier ley, que es un acto político por excelencia, le es exigible una mínima calidad técnica, si se quiere que sirva adecuadamente para la resolución de problemas jurídicos, sea con la orientación política que sea. Esta exigencia es más acuciante aún con una ley como la que se está comentando por varias razones. Siendo una norma básica destinada a aplicarse en innumerables contratos por múltiples sujetos del sector público, sería deseable una cierta durabilidad de la norma, que es la que permite el conocimiento y la habituación de entes contratantes y empresas contratistas, así como la creación de un cuerpo de doctrina, judicial, administrativa y académica que haga lo más previsible posible su aplicación, en beneficio de la seguridad jurídica. Adicionalmente, la práctica de la contratación de nuestras Administraciones públicas descansa

en una utilización especialmente intensiva de la normativa de contratos, en la que los contratos se negociaban poco aun cuando haya espacio legal para ello y los pliegos se limitan en gran medida a la reproducción de las previsiones legales, con la pretensión de que desde dichas previsiones se pueda dar directamente solución a los numerosos problemas prácticos que se plantean en la aplicación de cada contrato. Se traspasa así una gran parte de la responsabilidad propia de la práctica contractual (de la redacción de pliegos y de la adjudicación y celebración de los contratos) a la ley, y esta desmesurada responsabilidad exige a una ley de contratos del sector público una especialmente buena factura técnica.

2. Esa indispensable calidad técnica implica más requisitos de los que a continuación se enumeran, pero si en las consideraciones que siguen no están todos los que son, desde luego son todos los que están. En primer lugar, a una ley se le debe exigir que asuma las categorías dogmáticas que configuran el Derecho en que se inserta, a la vez que sirva para refinarlas y, si es preciso, modificarlas del modo más claro posible. En segundo lugar, el texto legal debe tener una mínima coherencia interna y con el resto del ordenamiento, exigencia sistemática imprescindible para que la ley no plantee dudas y contradicciones en su aplicación. En tercer lugar, debe ofrecer soluciones completas a los problemas legales, sobre todo si se pretende resolver esos problemas directamente con su aplicación, tal y como se ha mencionado.

Pues bien, desgraciadamente la factura técnica de la nueva Ley no es la mejor que podría haber sido, dicho con todo el respeto para quienes han intervenido en su elaboración y aprobación. Y no se entienda esto como una cláusula de estilo: legislar es una complicadísima tarea desde el punto de vista técnico, más aún cuando se atribuye a una ley como esta responsabilidades que van más allá de lo razonable, como es la de dar respuesta a las innumerables vicisitudes prácticas de los concretos contratos que se celebren (que son de imposible anticipación), y cuando se hace para transponer normas tan peculiares como las del Derecho de la Unión.

En cualquier caso, a mi modesto entender, el Proyecto podía haberse madurado más, sin que el tiempo durante el que se demoró su presentación en las Cortes por las circunstancias políticas de la anterior legislatura sirviera a estos efectos. En general, la Administración no fue especialmente receptiva a las numerosas propuestas y comentarios que recibió, y tampoco se preocupó de intentar consen-

suar el texto con otras fuerza políticas, a pesar de que la ausencia de una mayoría absoluta del partido en el Gobierno hacía seguro que el texto sufriría cambios en el procedimiento legislativo. Así ha sucedido, claro está, mejorándose el texto en algunos extremos, pero agudizando su confusión y falta de coherencia y sistema en otros.

3. Desde la perspectiva conceptual, la nueva norma está en la línea de disolución de las categorías de nuestro Derecho público de la contratación iniciada con la Ley de 2007, lo que pone de manifiesto que sería injusto achacar a los plurales autores de esta norma problemas que vienen de atrás, y que derivan de una transposición conceptualmente acrítica de las Directivas de contratación pública.

El Derecho de la Unión es fruto de un continuo acuerdo entre (ahora) 28 Estados de tradiciones jurídicas y lenguas muy diversa, lo que hace de él un Derecho escasamente sistemático y conceptualmente pobre (por qué, si no, los larguísimos artículos de definiciones con que se inician buena parte de las normas comunitarias). La inclusión directa y no demasiado reflexiva de términos y reglas comunitarios en las normas internas de contratación ha socavado buena parte de lo que pudiera haber de sistemático y conceptualmente coherente en nuestro Derecho de los contratos públicos. Hasta el punto, por ejemplo, de que siendo el Derecho administrativo un Derecho estatutario (es decir, el Derecho común de determinados sujetos, las Administraciones públicas), desde 2007 hay un concepto de Administración pública a efectos de la normativa de contratos distinto del empleado en el resto de las grandes leyes administrativas, algo en lo que lógicamente abunda la nueva Ley. Es como si, en el Derecho mercantil, hubiera un concepto de sociedad mercantil a los efectos del Código de Comercio y otro a los del Texto Refundido de Sociedades de Capital, nada más y nada menos.

Si la nueva Ley es directamente tributaria de la del 2007 en cuanto a la definición de los sujetos a los que resulta de aplicación y, en concreto, en cuanto a la conceptualización de lo que deba entenderse por Administración pública a efectos de contratación, contiene elementos nuevos en este progresivo proceso de dilución conceptual de nuestro Derecho de la contratación. Aparte del ya mencionado desmantelamiento de la configuración del contrato de gestión de servicios públicos a través de tres subtipos perfectamente asentados y ampliamente utilizados (concesión, concierto y sociedad de economía mixta), la nueva Ley aborda con escaso rigor técnico un buen

número de situaciones, guiada por la innecesaria urgencia de dar respuesta tan solo en hipótesis a concretos problemas pasados (solo en hipótesis, porque al definirse la solución de corto alcance a futuro no es aplicable al concreto caso que la motivó).

La regulación que la Ley hace de las consecuencias de la resolución de los contratos de concesión cuando esa resolución no es imputable a la Administración es una válida piedra de toque para la reflexión que se está llevando a cabo.

La regulación de las causas de resolución y sus efectos en los contratos de concesión que lleva a cabo la nueva Ley y que, de hecho, se adelantó sorprendentemente en la disposición final 9.ª de la Ley 40/2015 (artículos 279 a 282 y 294 y 295), es, a mi modesto entender, uno de los más graves errores de la Ley y, como se expondrá en el apartado IV, en modo alguno viene impuesto por la Directiva de Concesiones. En ese apartado se hará referencia a algunos problemas que esta decisión legislativa plantea desde el punto de vista de la atracción de inversión privada hacia nuestras infraestructuras; se aborda ahora la reforma desde una perspectiva conceptual.

Esta regulación está, en la práctica, íntimamente ligada al modo en que la Administración ha percibido el fracaso de las concesiones comúnmente conocidas en los medios como las «radiales», aunque este grupo de concesiones actualmente en situación concursal y condenadas a la liquidación no incluyen tan solo las autopistas radiales de peaje que parten de Madrid, sino algunas otras aquejadas también, por lo general, de la frustración de unas excesivamente optimistas expectativas de tráfico y de enormes incrementos del coste de las expropiaciones.

Las vicisitudes por las que han atravesados estas concesiones y sus enseñanzas darían ellas solas para más de un artículo. Baste ahora tomar en consideración que, en medio del fragor concursal, de la presión mediática calificando impropriadamente de rescate millonario en favor de las concesionarias lo que no es sino un pago liquidativo de las concesiones en función del valor de las infraestructuras que han de revertir al Estado, la Ley ha pasado a considerar las concesiones en las que concurre una causa de resolución no imputable a la Administración como un «activo» que hay que monetizar para que ese resultado líquido sea el único pago recibido por el concesionario o sus acreedores. Y desde este particularísimo, parcial y limitado punto de vista ha construido buena para del régimen jurídico de las consecuencias de la resolución de las concesiones de obras y servicio. Veámoslo.

Como consecuencia de la naturaleza de dominio público de los bienes sobre los que recae tanto una concesión de obras como de servicio, a su terminación, y como regla general, dichos bienes, la infraestructura, deben revertir a la Administración en adecuadas condiciones de conservación y funcionamiento, recobrando aquélla su pleno dominio. Esta idea sigue presente en la actual regulación (artículos 283 y 291), pero alterada por esa obsesión de concebir la concesión como un activo con un valor de mercado resultante del *affair* «radiales». Así, si se produce una causa de resolución no imputable a la Administración, entre ellas (sorprendente e injustamente) la liquidación del concesionario como consecuencia de un concurso no culpable, la concesión tendrá que ser «relicitada», siendo el resultado de esta licitación (o su tipo si queda desierto) el único pago de terminación que reciba el concesionario. Todo ello con el fin de evitar pagar al concesionario (sin perjuicio de otros pagos que el concesionario debiera hacer en sentido opuesto a la Administración, como los derivados de la ejecución de la garantía contractual o el pago de daños y perjuicio) el valor que tiene la infraestructura que revierte en función de su grado de amortización, y de acuerdo con el valor inicial de la inversión que se fijó en el procedimiento de licitación al incluir los licitadores en sus ofertas ese valor (elemento siempre presente de uno u otro modo en las ofertas).

Es un error abordar una regulación general sobre los efectos de la resolución anticipada de las concesiones a partir de consideraciones accesorias y relativas a una concreta y muy peculiar situación práctica. Y hacerlo, además, forzando los conceptos. La regulación tradicional era plenamente consecuente con el funcionamiento del mecanismo liquidatorio de un contrato. La Administración recuperaba anticipadamente el pleno dominio de una infraestructura en buenas condiciones de uso, para explotarla directamente o indirectamente mediante una nueva concesión, y pagaba por ella una determinada cantidad referida al valor de las obras (que había quedado competitivamente fijado en el proceso de licitación) del que no había podido resarcirse el concesionario mediante su explotación, puesto que esa parte de las obras no las había aún retribuido la Administración, al consistir esa retribución precisamente en el derecho del concesionario a su explotación, que había resultado prematuramente extinguido. Por supuesto, este pago liquidatorio era compatible con los de naturaleza indemnizatoria que resultaran de la terminación anticipada del contrato, y si esa resolución era imputable al concesionario, este veía incautada su garantía y debía hacer frente a los

daños y perjuicios ocasionados a la Administración y al interés público que no quedaran suficientemente cubiertos por esa garantía.

La nueva regulación ignora que tras la resolución de la concesión ya no hay concesión, ya no hay «activo», y que lo que queda es una infraestructura que se construyó por decisión pública y que revierte en buenas condiciones de uso a la Administración concedente, para la cual, se trate o no de una obra apta para ser concesionada (por razones económicas o sociales), tiene un valor. Pero insiste en ver en la inexistente concesión un activo monetizable, y de esta equivocada conceptualización, se desprenden no pocas inconsistencias y problemas. Ahí van algunos de ellos.

El primero es que, al hacer girar la regulación de las consecuencias de la resolución sobre el intento de disminuir en lo posible los pagos liquidativos de la concesión, la Ley parece condenar a la Administración a licitar de nuevo una concesión que ha fracasado, en lugar de permitir a la Administración titular de la infraestructura, o del servicio que sobre ella se presta, decidir justificadamente el mejor modo de gestionarla en el futuro, directamente o de nuevo de modo indirecto a través de una concesión. El artículo 281.1 (aplicable también a las concesiones de servicios que impliquen expropiaciones, construcción de obras o adquisición de bienes reversibles por remisión del artículo 295.1) reza de modo concluyente que «[e]n el supuesto de resolución por causas no imputables a la Administración, el órgano de contratación deberá licitar nuevamente». Cabe preguntarse si tiene sentido que la Ley obligue a una Administración concedente que haya resuelto una concesión por un incumplimiento sustancial de su concesionario a insistir en la gestión indirecta de su infraestructura o servicio, solo porque la regulación no se haya elaborado desde la perspectiva de la razonable discrecionalidad de la Administración para elegir justificadamente el mecanismo más eficiente para gestionar sus servicios o infraestructuras, sino desde la concepción de la concesión como un activo (concurzal). Activo que, por cierto, no existe desde el momento en que la concesión se resuelve.

En segundo lugar, ¿qué se licita nuevamente? Resuelta la concesión inicial, esta no existe; no estamos, en rigor, ante una transmisión de un contrato que, resuelto, ya no existe. Sin embargo, la Ley insiste en que «el nuevo concesionario se subrogará en la posición del primitivo concesionario quedando obligado a la realización de las actuaciones vinculadas a las subvenciones de capital recibidas cuando no se haya

cumplido la finalidad para la que se concedió la subvención» (artículo 281.2 *in fine*). A mi juicio, el primer problema de esta solución es obligar a la Administración a reincidir en el error de licitar una concesión que ha fracasado. Con la nueva Ley, no sería posible la razonable tarea de redefinición de las concesiones sobre las radiales para hacerlas viables, en la que actualmente trabaja el Ministerio de Fomento², porque tendrían que licitarse las mismas concesiones que acabaron en sendos concursos. Cabe también preguntarse si la conceptualmente imposible subrogación en un contrato que ya no existe es sólo a los efectos de la realización de actuaciones subvencionadas o a todos los efectos: ¿cabe imponer al nuevo concesionario que entra a «salvar» la concesión penalidades por incumplimientos del anterior?, ¿qué ocurre si ya se han verificado incumplimientos que pueden dar lugar a una nueva resolución del contrato recientemente resuelto? Entrar en una concesión paradójicamente «existente si bien resuelta» será mucho menos apetecible para el mercado que una nueva concesión, lo que complicará la solución al problema que para la gestión de una infraestructura o un servicio públicos suponga que la concesión original haya fracasado.

4. Tampoco está ni mucho menos exenta la nueva Ley de ciertas incoherencias internas y con otras normas, problema siempre difícil de evitar, pero que quizás habría podido minimizarse si el largo período de gestación del nuevo texto hubiera sido un período de maduración.

Por poner un ejemplo de los que ya son identificables, antes de que la rica realidad de la contratación ponga de manifiesto más, el artículo 27.1 de la nueva Ley, en su letra c), pretende atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las cuestiones «relativas a la preparación y adjudicación de los contratos de entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores», que bien pueden ser sociedades mercantiles. En relación con estas decisiones no es posible interponer el recurso especial en materia de contratación, de modo que no existe posibilidad de que exista una decisión de una Administración pública previa al supuesto acceso a la vía contencioso-administrativa. La Ley responde a la loable intención de hacer efec-

² Cfr. la estipulación 5.^a del *Convenio de gestión directa con la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, S.M.E., S.A. por el que se regula la gestión de la explotación y la preparación de la licitación de autopistas de titularidad estatal*, BOE de 25 de agosto de 2017.

tivo el control de la aplicación de los principios y reglas de la contratación pública también a los sujetos del sector público que tienen naturaleza jurídico-privada. En la actualidad, el TRLCSP atribuye el control de la aplicación de estos principios y reglas por las sociedades mercantiles en mano pública a la jurisdicción civil (artículo 21.2 del TRLCSP). Una solución insatisfactoria, porque ni la actitud de los jueces de lo civil ni el tipo de acciones ejercitables en esta jurisdicción hacen razonablemente posible en la práctica ese control, lo que ha llevado en ocasiones a algunos órganos de lo contencioso-administrativo a afirmar sin fundamento legal su jurisdicción en este tipo de casos.

Pero esta razonable reforma habría requerido una modificación del ámbito subjetivo de la jurisdicción contencioso-administrativa definido en los artículos 1 y 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y, sobre todo, en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Sin carácter de orgánico, el artículo 27.1.d) de la nueva Ley habría de carecer de aplicabilidad en relación con las sociedad mercantiles de titularidad pública.

5. El encaje interno de las múltiples piezas de la Ley ha sufrido todavía un poco más a través de su tramitación parlamentaria. No es del todo fácil de comprender cómo una norma, cuya aprobación necesitaba de acuerdos entre distintos grupos parlamentarios a la vista de la composición de nuestras Cortes, no fue objeto de un mayor consenso previo. Ese consenso hubo de fabricarse en el seno de la Ponencia de la Comisión de Hacienda y Administraciones Públicas del Congreso de los Diputados. La labor de enmienda de cualquier proyecto de ley es consecuencia directa e irrenunciable de la función constitucional de las Cortes y de su legitimación democrática, pero en ocasiones produce desajustes técnicos. Valga un ejemplo de los varios que irán apareciendo con el estudio y aplicación de la Ley.

Una de las enmiendas que se incluyeron en la referida Ponencia ha dado lugar a la introducción en nuestro Derecho del habitualmente conocido en otros ordenamientos como derecho de *step in* de los financiadores de un contrato, normalmente de una concesión o un contrato semejante. Esa enmienda incluyó en la letra b) del artículo 214.2 de la Ley la previsión de que «el acreedor pignoraticio o el acreedor hipotecario podrá solicitar la cesión en aquellos supuestos en que los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios los pliegos prevean, mediante

cláusulas claras e inequívocas, la posibilidad de subrogación de un tercero en todos los derechos y obligaciones del concesionario en caso de concurrencia de algún indicio claro y predeterminado de la inviabilidad, presente o futura, de la concesión, con la finalidad de evitar su resolución anticipada». Este tipo de previsiones pueden ser útiles para salvaguardar la continuidad de este tipo de contratos y también para facilitar su financiabilidad. No obstante, esta previsión no vuelve aparecer en la Ley cuando esta regula el contrato de concesión de obras o de servicios, ni cuando se refiere a los derechos de los acreedores hipotecarios o pignoraticios en este tipo de contratos.

En cualquier caso, previsto en el artículo citado, habría que concluir la aplicación de este derecho de *step in*, cuya regulación legal introducida, quizás sin demasiada reflexión, arroja un buen número de dudas. ¿Estamos ante un supuesto de cesión obligatoria del contrato que pudiera imponerse al concesionario? No parece razonable pensar que así sea, pero la amplitud del texto legal no excluye posibles dudas. Como tampoco las excluyen, a la hora de pensar en la aplicación práctica del precepto, los conceptos jurídicos amplísimamente indeterminados que se emplean para definir su supuesto de hecho habilitante: «*concurrencia de algún indicio claro y predeterminado de la inviabilidad, presente o futura, de la concesión*». Habría que pensar que esa predeterminación se debe hacer en el contrato en cuestión, y aquí, como sucede en relación con otros aspectos de la Ley que se comentarán más adelante, una buena técnica contractual podría resolver los problemas de aplicación práctica de la nueva Ley.

6. No querría que las reflexiones que se acaban de exponer, necesariamente parciales y puntuales, dieran la impresión de que estamos ante una Ley cuya factura técnica está muy por debajo de otros textos legales más o menos recientes, y menos aún que se tomen como una crítica frívola a la labor de cuantos han puesto sus mejores esfuerzos en la redacción del nuevo texto. Legislar es una actividad extraordinariamente compleja. Precisamente por ello, cuando se trata de aprobar una ley medular en la práctica de nuestro sector público, el mayor de los esmeros es poco.

IV · LA NUEVA REGULACIÓN SOBRE CONCESIONES: OPORTUNIDADES PERDIDAS Y RIESGOS DE LA NUEVA REGULACIÓN

Aunque la aprobación de la nueva Ley responde principalmente a la necesidad de transposición de

las Directivas de Contratos y Concesiones, tenía todo el sentido que la reforma se empleara para afrontar algunos de los problemas que aquejaban a nuestra contratación pública e intentar mejorar con carácter general su funcionamiento.

Así se ha hecho en algunos aspectos, como el de la transparencia en la contratación pública. En este sentido, por ejemplo, la nueva regulación del perfil del contratante, contenida principalmente en el artículo 63, supone un incremento positivo de la transparencia a través de esta herramienta. Se ha avanzado también positivamente, por poner otro ejemplo entre los varios posibles, en el control de las modificaciones indebidas de los contratos, atribuyéndoselo a los órganos competente para conocer del recurso especial en materia de contratación (artículo 44.2.d), potenciando así aún más el papel de estos órganos, que han sido probablemente una de las novedades más exitosas de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007.

En cualquier caso, y no por destacar más las sombras que las luces de la nueva Ley, sino por hacer referencia a una materia en la que el modo en que se aplique la nueva regulación va a ser esencial para no causar efectos no queridos en el ámbito de nuestra contratación, y desde un espíritu constructivo, se va a hacer en las páginas que siguen una particular valoración de las novedades que la Ley incorpora en relación con las concesiones de obras y servicios, tal y como se anunció en la Introducción. Sin poder entrar en demasiado detalle habida cuenta de las limitaciones de espacio de esta colaboración, se expondrán en primer lugar algunas de las mejoras que la nueva Ley podría haber acometido en esta materia, para analizar después si realmente ha sido así y, por último, cómo la práctica contractual será la que determine en última instancia el éxito o fracaso de la reforma.

1 · Las mejoras que precisaba nuestro sistema concesional

La regulación que de las concesiones de obras y servicios hace la nueva Ley es en muchos puntos directamente tributaria del famoso asunto de «las radiales». Son bastantes las previsiones incluidas en la nueva Ley que responden a concretos problemas que la Administración ha percibido en ese asunto. De hecho, buena parte de la regulación sobre esta materia incorporada en la nueva Ley se avanzó ya, de manera atropellada, en la disposición final 9.^a de la Ley 40/2015. Actuación legislativa de difícil

comprensión, que respondía evidentemente a las circunstancias problemáticas de unas determinadas concesiones, pero a las que obviamente no se aplicaba por razones de Derecho transitorio (cfr. disposición transitoria 4.^a de la citada Ley).

Ya he comentado antes que no creo que sea riguroso legislar, con la necesaria vocación de generalidad que tiene esta actividad, a partir de un caso peculiar y concreto y de las soluciones coyunturales que habría deseado la Administración que promueve la legislación haber dado a ese caso. Pero, además, el problema de las «radiales» no es representativo de la situación general del marco legal concesional y de las concesiones en nuestro país, que, si se adopta un horizonte temporal mínimamente amplio, debe considerarse una historia de éxito. El episodio de las radiales ha puesto de manifiesto algunos de los problemas que tenía y tiene este régimen, como la poco detallada, equilibrada y cuidada distribución de riesgos (en este caso, el expropiatorio), el empleo de procedimientos demasiado expeditivos para adjudicar contratos complejos, que lleva a asumir atropelladamente expectativas de tráfico poco realistas, o la ausencia de un mecanismo ágil de resolución de controversias que habría evitado el largo penar de estas concesiones. Pero el concurso de una o varias concesiones no es un fracaso del sistema, sino una manifestación del riesgo propio del sistema concesional.

En cualquier caso, al margen de esta cuestión importante pero puntual, nuestro marco legal y práctica contractual relativa a las concesiones y demás contratos adecuados para la provisión de infraestructuras y servicios públicos eran perfectibles. Si se tiene en cuenta que somos un país con carencias aún importantes en materia de infraestructuras públicas³, y con un parque de este tipo de obras ya importante, pero que debe ser mantenido adecuadamente, y que las posibilidades de inversión presupuestaria son limitadas, la inversión privada a través de diferentes formas contractuales de colaboración público-privada, resultaba y resulta esencial. Para incentivar esa inversión era muy recomendable realizar ciertas modificaciones en nuestra normativa y práctica contractual. Si además

³ Muy ilustrativos sobre la necesidad de incrementar la inversión en infraestructuras y las prioridades de inversión en este campo son los siguiente documentos publicados por SEOPAN: *Contribución de las infraestructuras al desarrollo económico y social de España*, de septiembre de 2015 (elaborado por ATKearney) y *Análisis de la inversión en infraestructuras prioritarias en España*, de febrero de 2017 (elaborado por SENER).

esas reformas podían servir para canalizar las primeras iniciativas públicas de inversión relevantes tras años de terribles restricciones presupuestarias en la inversión en infraestructuras, como es el caso del recientemente anunciado por el Gobierno *Plan Extraordinario de Inversión en Carreteras*, por 5.000 millones de euros, mejor aún.

En este sentido, tuve la ocasión de participar en la elaboración del estudio *Hacia un modelo eficiente de colaboración público-privada*, publicado por SEOPAN y que elaboramos entre Uría Menéndez y Deloitte (febrero de 2017). En este estudio intentamos identificar las principales deficiencias y posibilidades de mejora de nuestro marco legal y práctica contractual en materia de infraestructuras a lo largo de las diferentes fases del ciclo de la contratación, porque todas ellas son relevantes para crear unas condiciones atractivas para el (abundante) capital privado dispuesto a invertir en infraestructuras públicas.

(i) En relación con la fase preparación de los contratos, en nuestro sistema hemos pecado tradicionalmente, en mi opinión, de una escasa maduración de los contratos de concesión y similares. Se trata de contratos complejos, que no pueden abordarse con unos pliegos de condiciones que se limiten a reproducir el clausulado de la ley en vigor, sino que deben hacer una aplicación reflexiva y eficiente de las disposiciones legales al caso concreto; por ejemplo, en la definición de la distribución de riesgos que mejor se adapte al proyecto en cuestión.

En el referido estudio se insistía en cómo era precisa una mayor participación del sector privado en esa fase de preparación; con las debidas precauciones, claro está, para no viciar la transparente concurrencia que debe regir la posterior licitación del contrato. Se insistía también en la conveniencia de la elaboración de guías o directrices que pudieran orientar a las Administraciones públicas, principalmente a las que cuentan con menores medios pero importantes competencias en materia de servicios e infraestructuras (como los entes locales), en la preparación de estos contratos.

(ii) En lo que respecta a la fase de adjudicación de los contratos, se insistía en aquel estudio en la necesidad de que se seleccionara el procedimiento de licitación más adecuado a las características y complejidad del proyecto en cuestión. Ese procedimiento debería permitir, en la medida de lo posible, una negociación del contrato entre las partes, que haría posible la aportación

de la experiencia privada al proceso y prepararía mejor al contrato para regular de forma eficiente la relación de colaboración entre la parte pública y la privada durante la larga vida del contrato. Contrato que, dentro de los límites del pliego y el marco de concurrencia del procedimiento de licitación, debería ser un verdadero documento contractual con un contenido suficiente y detallado, y no el habitualmente parco documento de formalización del contrato al que estamos tan habituados.

Por desgracia, aunque en nuestro sistema se preveía ya la posibilidad de utilizar el diálogo competitivo en este tipo de contratos, o procedimientos restringidos que al menos hicieran posible un razonable faseado del procedimiento, la utilización del procedimiento abierto, excesivamente rígido para este tipo de proyectos, había venido siempre la norma general. La consecuencia: contratos complejíssimos adjudicados en un tiempo récord, con ofertas realizadas en pocas semanas, y que pronto se ve que no funcionan, obligando a modificaciones que pueden distorsionar la publicidad y concurrencia o conduciendo a la frustración de un contrato que no sirve para satisfacer la necesidad pública que lo justificó.

(iii) También resultaba, a mi juicio y al de los demás autores del estudio, mejorable nuestra normativa y práctica contractual en cuanto a la fase de ejecución del contrato.

Nuestro sistema carecía y carece en la práctica de un sistema ágil y predecible de resolución de las controversias que se plantean en la ejecución de este tipo de contratos, sin que los recursos contencioso-administrativos, que pueden dilatarse durante años y en los que nuestros jueces pocas veces entran a examinar y resolver los complejos aspectos técnico-económicos de la relación contractual, constituyan una adecuada solución.

Tampoco la regulación contenida en el TRLCSP sobre el restablecimiento del equilibrio económico-financiero de estos contratos nos parecía la mejor, puesto que no llevaba a cabo en nuestra opinión una adecuada y clara distribución de riesgos, y dejaba múltiples espacios abiertos en relación con los métodos de determinación y el alcance de los reequilibrios, si bien pensábamos que estas cuestiones debían afrontarse también de modo detallado en los contratos en cuestión, que debían hacer una adaptación al proyecto concreto de las previsiones necesariamente genéricas de la ley.

Señalábamos también el margen de mejora de la regulación en cuanto a la transmisión de las participaciones en las sociedades concesionarias, y la conveniencia de adoptar medidas en este punto que dieran mayor seguridad jurídica a este tipo de operaciones en el mercado secundario, cuya mera existencia contribuye a incrementar el interés en las licitaciones (en la medida en que permite a los licitadores monetizar su inversión antes del fin de la concesión) y, con ello, la concurrencia que permite a la Administración acceder a mejores ofertas.

(iv) El estudio prestaba también atención a la fase de terminación de las concesiones y contratos semejantes, puesto que la seguridad jurídica sobre las causas, procedimientos y consecuencias de esa terminación constituye también un elemento incentivador de la inversión. Se abogaba por la vuelta al sistema tradicional de pago del valor patrimonial de la inversión no amortizado (tal y como fue fijado en la licitación) en todos casos de resolución anticipada. La mal pero comúnmente llamada «responsabilidad patrimonial de la administración», alrededor de la cual se habían organizado buena parte de las garantías que habían permitido la financiación de innumerables proyectos exitosos.

No es casualidad que el estudio, a pesar de tener como uno de sus objetivos la propuesta de modificaciones que contribuyeran a la financiabilidad de las concesiones en nuestro país, no dedicara demasiado espacio a propuestas concretas de mejora de la regulación directamente referida a la financiación de estos contratos. La razón es que la financiabilidad de uno de estos proyectos descansa en gran medida en la capacidad del contrato de producir determinados flujos suficientemente predecibles y en la posibilidad legal de constituir garantías al menos sobre algunos de ellos. Siendo así, la calidad de la regulación legal y contractual del contrato en todas sus fases es, en conjunto, más relevante que la atribución legal de un determinado derecho a un tipo de acreedores. No obstante, también se contenía en el estudio una clara defensa de la necesidad de incrementar la participación de los financiadores en este tipo de contratos, propuestas sobre la regulación de ciertas garantías, y se insistía sobre la necesidad de clarificar la naturaleza jurídica de los pagos recibidos por los concesionarios.

Como los autores del citado estudio no descubrimos ningún Mediterráneo, sino que en gran medida procuramos incluir en él las necesidades sentidas por

los diferentes agentes del sector, se puede decir con satisfacción que algunas de las propuestas del trabajo han encontrado un reflejo en la nueva Ley. Como era perfectamente esperable, otras muchas no.

En el siguiente apartado se hace una referencia (necesariamente personal) sobre algunas de las oportunidades que la nueva Ley ha perdido para mejorar sensiblemente la regulación de los contratos de concesión de obras y servicios (antes de gestión de servicios públicos), o al menos ha perdido parcialmente, porque ciertamente incorpora mejoras que habría sido deseable llevar algo más lejos. Posteriormente, se hace referencia a algunos de los riesgos que la nueva regulación puede plantear y, por último, a la posibilidad de que la práctica contractual que se desarrolle en su aplicación minimice al menos algunos de ellos.

2 · Oportunidades (parcialmente) perdidas en relación con la preparación y adjudicación de este tipo de contratos

2.1. En el ambiente que rodeaba la elaboración del Proyecto y la tramitación de la nueva Ley estaba la posibilidad de crear un organismo u órgano semejante a los que existen en otros Estados para el impulso y control de los proyectos de colaboración entre el sector público y el privado, que con la nueva Ley se instrumentarán a través de las concesiones de obras y servicios.

La previsión de la creación de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión («OIRS») de la Contratación, que integrará la Oficina Nacional de Evaluación («ONE») ya prevista por la disposición final 9.^a de la Ley 40/2015 (artículos 332 y 334), puede ser positiva desde la perspectiva de la mejor preparación del tipo de contratos al que me estoy refiriendo. La ONE realizará un análisis de la sostenibilidad financiera de este tipo de proyectos cuando sean licitados por la Administración estatal o local, si bien el carácter preceptivo de sus informes se limita a los casos en que exista una financiación pública siquiera parcial del proyecto. Por su parte, la nueva OIRS tiene entre sus numerosas funciones la de fijar pautas de interpretación y de aplicación de la legislación de contratos y dirigir recomendaciones a las entidades contratantes.

Confiamos en que estos órganos puedan introducir una mayor racionalidad en la preparación de contratos que requieren de una maduración y sofisticación que en ocasiones no han tenido. Sin embargo,

es difícil no tener la impresión de que las tareas que se pretenden hacer recaer sobre la OIRS son inabarcables para un mero órgano administrativo con cinco miembros y un escaso apoyo. Tampoco son menores las que recaen sobre la ONE, quizás excesivamente centrada en un aspecto clave pero parcial de la preparación de estos contratos, como es controlar la razonabilidad de los pagos y aportaciones públicas. No parece menor el riesgo de que la desproporción entre funciones y medios de estas oficinas minimice el efecto positivo que puede tener su creación.

2.2. El empleo casi general del procedimiento abierto en nuestro país para la adjudicación de complejos contratos de concesión es una anomalía, que, desde luego, tiene escaso parangón en otros ordenamientos dignos de atención, en los que este tipo de contratos se celebran tras largos procesos de negociación, normalmente con un número reducido de licitadores previamente seleccionados, que se vuelcan en el proceso de negociación y realizan aportaciones muy relevantes para la definición final del contrato. De poco vale adjudicar en cuatro o cinco meses un contrato a una oferta que se ha preparado en poco más de uno si tras la celebración del contrato este no es financiable o no es viable en el largo plazo.

La introducción por la nueva Ley del procedimiento de licitación con negociación (artículos 167 a 169) debe ser bienvenida. Tanto este procedimiento como el diálogo competitivo, que se mantiene (artículo 172 a 176), son procedimientos aptos para la adjudicación de las concesiones mínimamente complejas. El problema, a mi juicio, es que este último ya existía y se ha hecho de él una aplicación casi anecdótica, al amparo de su carácter de procedimiento subsidiario cuya utilización debía ser expresamente justificada a partir de la concurrencia de las circunstancias de especial complejidad previstas en el TRLCSP y ante la competencia de la engañosamente fácil alternativa del procedimiento abierto. El artículo 167 permite emplear cualquiera de estos dos procedimientos cuando concurren determinadas circunstancias relativas, en lo fundamental, a la complejidad del contrato, que se darán cita en la mayor parte de los proyectos concesionales mínimamente relevantes. El riesgo es que las Administraciones contratantes continúen dejándose llevar por la fácil inercia del procedimiento abierto y se repita de nuevo lo ocurrido con el diálogo competitivo.

La legislación tiene, junto con su carácter propiamente preceptivo, un carácter orientativo, y habría sido conveniente que en el caso de las concesiones se previera este tipo de procedimientos como la regla general, sin perjuicio de que la Administración pudiera recurrir a otros cuando la sencillez del proyecto lo justificase, alterando así la regla actual y «empujando» a las Administraciones a asumir desde el principio la complejidad de estos contratos y la conveniencia de afrontarla ya en su adjudicación.

3 · Los riesgos que la nueva Ley plantea en relación con los efectos y extinción de estos contratos

3.1. Como en otros muchos aspectos de la Ley, hay novedades relativas a la vida de los contratos de concesión que deben ser bienvenidas.

Así, por ejemplo, la Ley hace una oportuna llamada a que los pliegos regulen expresamente la cesión de participaciones en las sociedades concesionarias, se prevé un sistema de silencio positivo para la cesión de los contratos en general (lógicamente aplicable a las concesiones) y se incluye, también en la regulación de la cesión, la razonable previsión de que la valoración por la Administración de que el cesionario tiene la capacidad y solvencia necesaria se haga «en función de la fase de ejecución del contrato» (cfr. el artículo 214)⁴. Previsiones todas ellas que facilitan

4 Lógicamente, los pliegos de las concesiones de obras y gestión de servicios públicos que implican la ejecución de obras incluyen entre las condiciones de solvencia de los adjudicatarios las relativas a la construcción de esas obras. Establecidas así en los pliegos las condiciones de solvencia, la cesión de estos contratos o la entrada en las sociedades concesionarias de nuevos inversores tras la fase de ejecución de las obras que pueden no tener solvencia para su realización, pero que están perfectamente capacitados por sus medios y experiencia para una adecuada operación de la infraestructura (como los fondos de inversión), plantean en ocasiones problemas para su autorización por las Administraciones concedentes, si bien muchas de ellas están siendo flexibles a la hora de apreciar las condiciones de solvencia del nuevo entrante y aceptan referirlas al momento en que realmente se encuentra la ejecución del contrato. La previsión que se comenta en el texto respalda esta apreciación de la solvencia en relación con la fase de ejecución del contrato en cuestión, y debería servir para evitar estos problemas también en las concesiones ya existentes. Aunque a esas concesiones no se aplique en rigor la nueva Ley, la previsión del artículo 214.2.c) pone de manifiesto que la garantía de la solvencia del nuevo inversor requiere tomar en consideración las actuaciones que se demandan del concesionario en la fase en que el contrato se encuentre, y no tendría sentido discriminar a las concesiones existentes respecto de las nuevas exigiendo a un nuevo inversor en una concesión existente requisitos de solvencia que

las operaciones empresariales sobre concesiones existentes, algo positivo para un funcionamiento flexible del mercado concesional.

También resulta positiva, aunque puede plantear algunas dudas, la caracterización que la Ley hace de las retribuciones percibidas por los concesionarios, a las que denomina en general «tarifas», como «prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario»⁵. Con la TRLCSP podían existir dudas sobre la posible naturaleza tributaria de las retribuciones de algunos concesionarios de gestión de servicios públicos⁶, naturaleza tributaria que, de existir, podía complicar la gestión de esas retribuciones y la constitución de garantías sobre ellas para la financiación de las concesiones. La nueva Ley excluye esa naturaleza tributaria, aunque califica, a mi juicio injustificadamente con carácter general, las tarifas de los concesionarios como prestaciones patrimoniales de carácter público.

Este concepto tiene naturaleza constitucional e implica básicamente la aplicación de la reserva de ley prevista en el artículo 31.3 de la Constitución a la fijación de este tipo de prestaciones. Nuestro Tribunal Constitucional aplica este concepto, y sus implicaciones relativas y flexibles en cuanto a la reserva de ley, a las retribuciones recibidas por los prestadores de servicios «de solicitud o recepción obligatoria», prestados «por el poder público en monopolio

de hecho o de derecho» o que resulten «objetivamente indispensables para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida social o personal de los particulares de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar» (cfr., por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 102/2005, de 20 de abril). A mi juicio, cuando el concesionario que cobra la tarifa no preste uno de estos servicios,⁷ la nueva previsión legal que se comenta no puede otorgar a la tarifa una naturaleza constitucional como prestación patrimonial de carácter público que no tiene, extendiendo la reserva de ley prevista en el citado artículo 31.3 de la Constitución a situaciones que no la precisan de acuerdo con la jurisprudencia constitucional. En esos casos, a mi juicio, la tarifa tendrá naturaleza de precio privado como consecuencia precisamente de la aplicación de esa doctrina constitucional que la nueva Ley no puede desconocer.

3.2. Desgraciadamente, el juicio positivo que se acaba de exponer no puede predicarse del modo en que quedará la distribución legal de riesgos entre Administración concedente y concesionarios tras la entrada en vigor de la nueva Ley. El nuevo texto legal brindaba la oportunidad de mejorar esa distribución, estableciendo un régimen más equilibrado, que atribuyera los diferentes riesgos a la parte más apta para su gestión, y que difiriera claramente a los contratos la adaptación de unos principios o reglas generales de distribución de riesgos. Sin embargo, no ha sido así.

A pesar de las propuestas realizadas en este sentido, la nueva Ley no ha excluido la aplicación a las concesiones de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española. Esta exclusión no habría afectado al supuesto objetivo macroeconómico de esta Ley de controlar la inflación, ni tampoco esencialmente al menos explícito pero quizás más decisivo de servir a la contención del gasto público. Y habría resultado plenamente justificado. En efecto, resulta incuestionable la necesidad de atraer inversión privada a nuestros proyectos de infraestructuras, y si bien existen en los mercados internacionales capacidad y apetito inversor más que suficientes, uno de los requisitos esenciales que la mayor parte de esos inversores exigen a un proyecto de este tipo es que su estruc-

carecen de relevancia por referirse a una fase del contrato —la de ejecución de las obras principalmente— ya terminada.

5 Cfr. artículo 267.1 para las concesiones de obras y 289.2 para las de servicios.

6 Esas dudas se habían intentado resolver con la modificación del artículo 2.2.a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, llevada a cabo por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Tras esa reforma, a juicio de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda: «para aquellos supuestos en que la gestión de servicios se lleve a cabo por sociedades mercantiles en régimen de Derecho privado [como ocurre en el caso de un concesionario] (...) nada obsta a que, de forma consecuente con la naturaleza de dicho régimen jurídico, la Administración titular establezca un marco, en su caso intervenido, de precios privados por la prestación de tales servicios» (Resolución de 26 de julio de 2011). Sin embargo, con posterioridad han recaído sobre la cuestión pronunciamientos judiciales contradictorios sobre la posible naturaleza tributaria de las tarifas cobradas por los concesionarios de algunos servicios públicos (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2015 —rec. 2042/2013—, de 23 de noviembre de 2015 —rec. 4090/2013—, y de 24 de noviembre de 2015 —rec. 223/2014—) que han revivido las dudas sobre la cuestión, a pesar de lo cual la Subdirección General de Tributos ha continuado manteniendo con firmeza la naturaleza en todo caso de precios privados de las tarifas percibidas por los concesionarios de gestión de servicios públicos (cfr. Informe de 8 de abril de 2016 de la citada Subdirección General en contestación a la consulta del Presidente de la Asociación Española de Abastecimiento y Saneamiento).

7 Piénsese, por ejemplo, en el concesionario de una autopista de peaje cuyo uso por quienes desean desplazarse entre los lugares que esa vía de peaje comunica no es ni mucho menos obligatorio.

tura contractual garantice una protección de su inversión frente a la inflación⁸. Esa garantía la ofrecen la mayor parte de las jurisdicciones equivalentes a la nuestra, en la que la Ley 2/2015 lo impide, creando así una sustancial desventaja comparativa para España a la hora de captar esas inversiones.

Si la nueva Ley no ha servido para resolver este riesgo, ha incrementado otros, como el riesgo regulatorio que deben afrontar los concesionarios. La Ley regula el mantenimiento del equilibrio económico de las concesiones en los artículos 270 y 290, aplicables respectivamente a las de obras y servicios. En estos preceptos, junto al derecho al reequilibrio en los supuestos de ejercicio por la Administración contratante de su *ius variandi* y de fuerza mayor, que sigue concibiéndose a la restrictiva manera tradicional de nuestro Derecho (limitada a los extremos casos del artículo 239), la Ley reconoce ese derecho «[c]uando actuaciones de la Administración pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato». Se modifica así el tenor de los actuales 258.2.b) y 282.4.b) TRLCSP, que se refieren en general a «[a]ctuaciones de la Administración», y no solo de la concedente, dando así amparo al restablecimiento del equilibrio económico en los casos en que el *factum principis* es atribuible a una Administración distinta de la concedente que, por ejemplo mediante el ejercicio de sus facultades regulatorias, quiebre el equilibrio del contrato.

La protección contra el riesgo regulatorio creado por Administraciones distintas de la concedente (una realidad habitual en un ordenamiento tan descentralizado como el nuestro) pretende ofrecerla la nueva Ley, de modo absolutamente insuficiente, regulando el derecho del concesionario a desistir del contrato (sin derecho a indemnización) cuando las normas aprobadas por otra Administración o la aplicación de la conocida como cláusula de progreso «suponga un incremento neto actualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma» (cfr. artículos 270.4 y 290.6). Si, además, se tiene en cuenta que ese desistimiento es probable que no se considere por la Administración concedente a ella imputable,

⁸ Para algunos de los principales protagonistas del mercado global de las infraestructuras, como los grandes fondos de pensiones públicos o algunas compañías aseguradoras, la garantía contractual contra la inflación, es decir, precisamente la indexación del contrato, constituye un requisito *sine qua non* para su inversión.

lo que determinaría que el concesionario sólo recibiese como «valor de terminación» la cantidad que un nuevo concesionario pague en la nueva licitación de la misma concesión desistida por inviable (cfr. artículo 281), parece que hay que concluir que la Ley ha creado un riesgo regulatorio difícilmente asumible. Al menos si los nuevos preceptos se interpretan literalmente y este riesgo regulatorio no se mitiga por vía contractual.

3.3. Tampoco contribuye a un adecuado equilibrio de los riesgos en nuestro régimen concesional la regulación del «valor de terminación» de las concesiones que introdujo la disposición final 9.^a de la Ley 40/2015 y que han hecho suya los artículos 279 a 282 y 294 y 295 de la nueva Ley, y al que ya se ha hecho referencia. Esta regulación, destinada a acabar con la «responsabilidad patrimonial de la Administración», excluye el pago del valor de las obras no amortizadas al concesionario en aquellos casos en que la Ley considera que la resolución no es imputable a la Administración, entre los que se incluye, por ejemplo, el concurso no culpable del concesionario. En esos casos, el concesionario recibirá, en principio, el valor de «readjudicación» de una concesión que en realidad está resuelta y no existe, y cuya resolución se ha debido a que la concesión en que se insiste ha fracasado de uno u otro modo⁹.

⁹ Hay que tener en cuenta que, habiendo fracasado la concesión inicialmente, hasta el punto de tener que ser resuelta, si se licita en las mismas condiciones no hay que descartar que esa licitación quede desierta. En ese caso, la Administración hará suyo el pleno dominio de la infraestructura, para explotarla directamente o indirectamente mediante una nueva concesión configurada de modo diferente a la inicial. En ese caso, la Administración abonará al concesionario el 50% del tipo inicial de la licitación, esto es, la mitad del flujo de caja neto que se obtendría mediante la explotación de la concesión hasta su finalización teniendo en cuenta su histórico de explotación y con un tipo de descuento equivalente al interés de las obligaciones del Tesoro a 10 años más 300 puntos básicos (cfr. Artículo 282). Ese pago puede ser irrisorio, o inexistente, si la concesión ha tenido graves pérdidas. En ese caso, la Administración obtendrá un evidente enriquecimiento injusto claramente cuestionable. El que una obra o infraestructura no funcione explotada a través de una concesión (porque, por ejemplo, el pago por su uso sea claramente rechazado por los potenciales usuarios por razones sociales, o porque por las circunstancias de los usuarios los pagos que se les pudieran imponer sean necesariamente insuficiente), no significa que no tenga un valor social y que, por ejemplo, explotada directamente no pueda servir adecuadamente a los intereses públicos. De hecho, en la decisión de base de la adjudicación de una concesión siempre hay una decisión pública de que la obra o infraestructura es socialmente deseable. Si es así, y se va finalmente a explotar directamente, no parece razonable que la reversión se produzca con un coste sustancialmente inferior al valor de las obras no amortizadas.

Se pretende acabar así con un crédito futuro del concesionario sobre el valor patrimonial de las obras no amortizadas cuya pignoración ha servido como elemento básico del paquete de garantías que ha permitido financiar una buena parte de las concesiones adjudicadas en nuestro país en las últimas décadas. Y esta decisión, de difícil justificación objetiva, no viene en modo alguno impuesta por la Directiva de Concesiones y por el riesgo operacional que según aquélla deben asumir los concesionarios. Ello es así porque la tradicional «responsabilidad patrimonial de la Administración» es, a mi juicio, perfectamente compatible con la mencionada Directiva y con el riesgo operacional¹⁰. En efecto, ese pago de terminación, que no se refiere por supuesto a todos los gastos afrontados por el concesionario para construir la infraestructura que revierte en buenas condiciones de no uso (piénsese en la mayoría de los elevadísimos costes financiero), no excluye que el concesionario no pueda perder una parte sustancial de su inversión si la concesión fracasa por una causa a él imputable, en cuyo caso recibía ese pago, que le retribuía de parte de lo invertido, sí, pero solo de parte de esa inversión, y perdía además una garantía que perfectamente podía ascender a la mitad del capital de la concesionaria, al tiempo que debía hacer frente a la indemnización de cualquier perjuicio adicional causado a la Administración. La pignoración de esa responsabilidad patrimonial de la Administración podía permitir a los financiadores recuperar su crédito y no tener las pérdidas sustanciales a las que se refiere el riesgo operacional, pero es que ese concepto se predica en la Directiva de Concesiones del concesionario, no de cualquier tercero que pueda intervenir en la financiación de la concesión.

4 · Más contrato y menos Ley, el papel de la autonomía de la voluntad en la contratación pública

A lo largo de esta colaboración se ha puesto de manifiesto que, sin perjuicio de sus aciertos, la nueva Ley contiene decisiones de no fácil justificación y crea (o mantiene) riesgos preocupantes para nuestro régimen concesional, que compite con otros en busca de un objetivo que pocos cuestionarán: atraer inversiones privadas que permitan mejorar nuestras infraestructuras públicas en beneficio de todos.

Que la nueva Ley no sea portadora de las mejores noticias debería conducir a la reflexión de que la Ley de contratos no es la totalidad del régimen contractual. Junto con las previsiones legales, necesariamente generales y lógicamente despegadas de las necesidades públicas concretas a que un contrato pretende servir, está el régimen contractual fijado fundamentalmente en los correspondientes pliegos.

Se olvida con mucha frecuencia que nuestras leyes de contratación han incluido tradicionalmente, y esta también lo hace, el principio de libertad de pactos o autonomía de la voluntad de las partes (artículo 34). Libertad que la Administración ejerce en una medida fundamental con la elaboración y aprobación de los pliegos. Esa labor está limitada, por supuesto, por las disposiciones de *ius cogens* contenidas en la Ley, pero, aunque muchas veces se ignore en la práctica y nuestra jurisprudencia nunca haya afrontado con un mínimo de profundidad y alcance la tarea de determinar qué previsiones son dispositivas y cuáles imperativas en nuestra normativa de contratos, nunca ha afirmado que toda esa normativa sea Derecho imperativo¹¹. Ante una Ley mejorable, mejores contratos que la completen, adapten al caso y excepcionen cuando sea necesario sus previsiones dispositivas, determinarán una mejor práctica contractual, que es lo importante.

¹⁰ Ya se ha comentado en el texto la vinculación de esta solución legislativa con el asunto de las «radiales». Pero esta es una motivación difícilmente justificable en términos objetivos. En primer lugar, porque la regulación que se introdujo con la Ley 40/2015 y se mantiene en la nueva Ley no es lógicamente aplicable a concesiones otorgadas con anterioridad. En segundo lugar, porque entre las muchas lecciones extraíbles de ese asunto no puede estar la de que la *responsabilidad patrimonial de la Administración* no sea compatible con el riesgo operacional de las concesionarias (que es de las que se predica): ¿alguien puede dudar de que, incluso con las actuaciones gubernativas para reducir la responsabilidad patrimonial de la Administración, los adjudicatarios y las concesionarias ni han recuperado sus inversiones ni han recuperado sus costes incurriendo en pérdidas que van más allá de lo nominal o desdeñable?

¹¹ Lo más lejos que ha ido el Tribunal Supremo en este sentido ha sido a afirmar, en su Sentencia de 25 de julio de 1989 (rec. 115/1986), que «como regla general las normas sobre el contenido de los contratos administrativos son de derecho necesario y no contractual, a diferencia de lo que ocurre en la contratación civil en que la regla es exactamente la contraria». Pero ni este criterio puede considerarse una jurisprudencia, y menos actual, ni la citada sentencia afirmaba que toda y cada una de las disposiciones sobre el contenido de los contratos administrativos sea derecho necesario.