

**Congreso Internacional sobre Contratación Pública
Influencia de las nuevas Directivas de la Unión Europea
Cuenca 2014**

El reparto del riesgo en la nueva Directiva de concesiones

**Ximena Lazo Vitoria
Universidad de Alcalá**



El reparto del riesgo nueva Directiva de concesiones

I. Concepto y régimen jurídico vigente de los contratos de concesión

- Derecho comunitario
- Derecho español

II. Propuesta nueva Directiva

- Regula Contratos de concesión de obras y de servicios

→ Riesgos clave de bóveda del sistema

El reparto del riesgo nueva Directiva de concesiones

III. Identificación y distribución de los riesgos

¿Qué riesgos, cómo y en qué medida deben ser transferidos?

- Distribución *ad casum*
- Parte sustancial de los riesgos pero no todos. Criterios:
 - “en función de las respectivas aptitudes para gestionar de la manera más eficiente...” (Comisión Europea)
 - Regla optimización de los riesgos (Economía)

El reparto del riesgo nueva Directiva de concesiones

III. Identificación y distribución de los riesgos

¿Qué riesgos, como y en qué medida deben ser transferidos?

- Riesgo de uso y riesgo de disponibilidad
 - Plan Extraordinario de Infraestructuras (Ministerio de Fomento- 2010)
 - Plan de Infraestructuras Transporte y Vivienda (Ministerio de Fomento 2012 – 2024) en curso de aprobación

El reparto del riesgo nueva Directiva de concesiones

IV. Identificación y distribución de los riesgos propuesta de Directiva de concesiones (versión previa enero 2014)

- Primer reconocimiento “riesgo y ventura” a nivel europeo
- Riesgo operacional sustancial (ROS)
- Implica la transferencia de (la parte sustancial) de los siguientes riesgos (sin matizaciones)
 - Uso (frecuentación)
 - Disponibilidad
- Ninguna mención al principio del equilibrio financiero del contrato de concesión

→ Reacciones

El reparto del riesgo nueva Directiva de concesiones

V. Regulación de los Riesgos: Propuesta de Directiva aprobada por el Parlamento 15/01/2014 (debate nada)

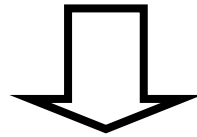
- Extensos considerandos (fundamentalmente 19, 20 y 21)
- Art. 1 párrafo final
- Lectura conjunta del preámbulo y de la parte normativa

Clarificación conceptual: concesión y contratos públicos

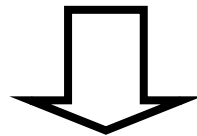
- Inseguridad jurídica continua
- Sentencias Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- Riesgos (único elemento que menciona)

El reparto del riesgo nueva Directiva de concesiones

La característica principal de un contrato de concesión



el derecho a explotar las obras o los servicios



siempre la transferencia de un **riesgo operacional**

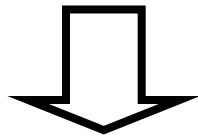
El reparto del riesgo nueva Directiva de concesiones

Qué rasgo caracteriza el RO?

Económico /Exposición a las incertidumbres del mercado

Cuántum? Hay que transferir todo o parte del RO?

- Se admite expresamente que parte del riesgo queda en manos de la Administración



“si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador” (aclaración nueva no incluida considerando)

El reparto del riesgo nueva Directiva de concesiones

Qué riesgos comprende el RO?

- «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato.
- «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.

El reparto del riesgo nueva Directiva de concesiones

Cuándo se entiende que hay o se produce la transferencia?

- El riesgo de demanda o el de suministro, o ambos
- Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando NO esté garantizado que:
 - recupere las **inversiones realizadas** ni
 - cubra los **costes** que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. Art. 5

→ En condiciones normales de funcionamiento

El reparto del riesgo nueva Directiva de concesiones

- **Cuándo se entiende que no hay transferencia?**
 - cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean **iguales o superiores** a las **inversiones** y los **costes** que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato (considerandos)
 - Cuando la reglamentación específica del sector **elimina el riesgo estableciendo** una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato.

El reparto del riesgo nueva Directiva de concesiones

- **Quién asume la retribución del concesionario?**

a) Usuarios

b) Poder adjudicador o entidad adjudicadora

→ Incluso se acepta que b) asuma **exclusivamente** la retribución pero a condición de que la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios **depende** de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios.

El reparto del riesgo nueva Directiva de concesiones

VI. Reflexiones finales

- La nueva configuración del riesgo operacional y la noción tradicional del “riesgo y ventura”.
- El mantenimiento / reequilibrio financiero del contrato de concesión
- La oportunidad de la transposición:
 - Avanzar en la clarificación de algunos conceptos (riesgo imprevisible/causa atípica de quiebra del equilibrio)
 - Importancia de la fase previa: identificación y análisis riguroso de los riesgos (controles del calidad; propuesta de Ministerio de Fomento).