



Los «nuevos» contratos de concesión: influencia sobre los tipos contractuales clásicos y elementos característicos.

Ximena Lazo Vitoria

Universidad de Alcalá

Formigal 17 de septiembre 2015

Ximena.lazo@uah.es



Los «nuevos» contratos de concesión:
influencia sobre los tipos contractuales clásicos y
elementos característicos.

Introducción

- Pertinencia de la definición conceptual (justificación D 2014/23)
- Conflictividad (TJUE y Tribunales nacionales)
- Reconocimiento de la libertad de los Estados miembros para organizar la ejecución de obras y servicios.



Los «nuevos» contratos de concesión:
influencia sobre los tipos contractuales clásicos y
elementos característicos.

Concepto comunitario de concesión y su traslación al Derecho nacional

- a. Quiénes? Sujetos que pueden adjudicar concesiones
- b. Objeto: qué obras y qué servicios?
- c. Elemento caracterizador: riesgo operacional



Los «nuevos» contratos de concesión:
influencia sobre los tipos contractuales clásicos y
elementos característicos.

Nuevos y clásicos tipos contractuales

Clásicos	D. 2014/23	Anteproyecto LCSP
Contrato concesión de obras públicas	Contrato de concesión de obra	Contrato de concesión de obra
	Contrato de concesión de servicios	Contrato de concesión de servicios
Contrato de gestión de servicios públicos		Eliminado
Contrato de Colaboración Público/ Privada		Eliminado



Los «nuevos» contratos de concesión:
influencia sobre los tipos contractuales clásicos y
elementos característicos.

Transposición del nuevo paquete de Directivas

- España: ALCSP y ALCSE
- Alemania: Proyecto de Ley Concesiones
- UK:
 - (draft) Concession Contracts Regulations 2016
 - The Public Contracts Regulations 2015



Los «nuevos» contratos de concesión:
influencia sobre los tipos contractuales clásicos y
elementos característicos.

▪ **Concepto (primera parte)**

“Contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más **poderes o entidades adjudicadoras** confían la ejecución de obras a uno o mas operadores económicos, cuya **contrapartida** es bien el **derecho a explotar** las obras objeto de la contrato únicamente, o este mismo **derecho en conjunción con un pago**” [Contratos de Concesión de obras: art. 5. 1. a) D 2014/23].



Los «nuevos» contratos de concesión: influencia sobre los tipos contractuales clásicos y elementos característicos.

■ **Concepto (primera parte)**

“Contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más **poderes o entidades adjudicadoras** confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya **contrapartida** es bien el **derecho a explotar** los servicios objeto de la contrato únicamente, o este mismo **derecho en conjunción con un pago**” [Contratos de Concesión de servicios, art. 5. 1. b) D 2014/23].



Los «nuevos» contratos de concesión:
influencia sobre los tipos contractuales clásicos y
elementos característicos.

Sujetos que pueden adjudicar concesiones - ¿Quiénes?

- **Poderes adjudicadores**, distintos de aquellos que desarrollen actividades Anexo II y adjudiquen una concesión para la realización de una de esas actividades (Art. 6 D 2014/23)

Art. 1. 1), 2), 3) y 4) D 2014/24
Art. 3 D 2014/25



Los «nuevos» contratos de concesión:
influencia sobre los tipos contractuales clásicos y
elementos característicos.

Sujetos que pueden adjudicar concesiones - ¿Quiénes?

- **Entidades adjudicadoras**, siempre que desarrollen una actividad del Anexo II y adjudiquen una concesión para la realización de esa actividad (Art. 7 D. 2014/23)

Art. 4 D 2014/25



Los «nuevos» contratos de concesión:
influencia sobre los tipos contractuales clásicos y
elementos característicos.

Tipos contractuales LCSP

- Concesión de obras: se define por referencia al objeto
- Contrato de gestión de servicio público
 - Administraciones Públicas
 - Mutuas de Accidentes Trabajo



Los «nuevos» contratos de concesión:
influencia sobre los tipos contractuales clásicos y
elementos característicos.

Anteproyecto de LCSP

- Concesión de obras (por objeto)
- Concesión de servicios: poderes adjudicadores

Anteproyecto de LCSE

- = D 2014/23 salvo Administración Pública



Los «nuevos» contratos de concesión: influencia sobre los tipos contractuales clásicos y elementos característicos.

Objeto - ¿qué servicios?

- Servicios indiferenciadamente (régimen simplificado servicios de las personas Anexo IV D. 2014/23)
- Salvo:
 - Excepciones específicas
 - Servicios **no económicos** de interés general (considerandos 6 y 53)

LF de Navarra: contrato de asistencia y contrato de concesión de servicios “se reparten el objeto” (Exposición de Motivos)



Los «nuevos» contratos de concesión:
influencia sobre los tipos contractuales clásicos y
elementos característicos.

Elemento esencial: Transferencia riesgos (art. 5. 1. in fine D 2014/23)

“La adjudicación de las concesiones de obras o servicios **implicará** la transferencia al concesionario de un **riesgo operacional** en la **explotación** de dichas obras o servicios....”



Los «nuevos» contratos de concesión: influencia sobre los tipos contractuales clásicos y elementos característicos.

- ✓ Se considerará que el concesionario asume RO 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
- *En condiciones normales de funcionamiento*
(importancia de esta disposición)



Los «nuevos» contratos de concesión: influencia sobre los tipos contractuales clásicos y elementos característicos.

- ✓ La transferencia supone:
 - “Una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”

Positivización de la doctrina TJUE (Parking Brixen 2007; **Eurwasser** 2009; Norma-A y Dekom 2011; Privater 2011; etc

Doctrina Tribunales Contratación RC y Juntas Consultivas:
JCCA 23/2010, 23 de julio; Recomendación
1/2011JCCAAragón



Los «nuevos» contratos de concesión:
influencia sobre los tipos contractuales clásicos y
elementos característicos.

Cuándo NO hay transferencia del RO?

- 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.
- 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.



Los «nuevos» contratos de concesión:
influencia sobre los tipos contractuales clásicos y
elementos característicos.

Cuándo NO hay transferencia del RO?

Servicio público de limpieza urbana, recogida y transportes residuos sólidos y gestión de punto limpio. Ayuntamiento de Riveira (Cruña) Res 703/2015 (TACRC 24/07/2015).

➤ Prestación fija mensual (“compensatoria de la Administración”)



Los «nuevos» contratos de concesión:
influencia sobre los tipos contractuales clásicos y
elementos característicos.

Cuándo NO hay transferencia del RO?

Gestión integral del Hogar y Centro de Día de mayores Luis Aula de Zaragoza. Acuerdo 52/2013 (TARCAragón 1/10/2013).

➤ Cantidad fija (La Administración completa las cantidades pagadas por los usuarios –cualquiera sea su importe- hasta alcanzar el total de la oferta y subsiguiente adjudicación)



Los «nuevos» contratos de concesión: influencia sobre los tipos contractuales clásicos y elementos característicos.

Todos los riesgos?

- Se admite expresamente que parte del riesgo queda en manos de la Administración (C. 18): “si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador”

Positivización de la doctrina TJUE:
Sentencia TJUE de 10 de marzo de 2011, Asunto C 274/09,
Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler

Quien paga?

- Usuarios
- La entidad concedente



Los «nuevos» contratos de concesión:
influencia sobre los tipos contractuales clásicos y
elementos característicos.

Tipología de riesgos (art. 5.1 in fine):

- Riesgo de **demanda**
- Riesgo de **suministro**
- **Ambos**



Los «nuevos» contratos de concesión: influencia sobre los tipos contractuales clásicos y elementos característicos.

- Riesgo de **demanda**: el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato (C. 20)
- Riesgo de **suministro o 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 (C. 20)



Los «nuevos» contratos de concesión: influencia sobre los tipos contractuales clásicos y elementos característicos.

Comentarios:

- Crítica enunciado
- Versión anterior: Riesgo de **demanda (uso, frecuentación) y disponibilidad**
- Tendencia Estados miembros: disponibilidad (UK, España)



Los «nuevos» contratos de concesión:
influencia sobre los tipos contractuales clásicos y
elementos característicos.

Anteproyecto de LCSP

Art. 14 (concesión de obras)

Art. 15 (concesión de servicios)

Transposición literal



Los «nuevos» contratos de concesión:
influencia sobre los tipos contractuales clásicos y
elementos característicos.

Anteproyecto de LCSP

Art. 265.4 Retribución por la utilización de las obras
(vigente 255 TRLCSP).

- Retribución por uso
- Retribución por disponibilidad



Los «nuevos» contratos de concesión:
influencia sobre los tipos contractuales clásicos y
elementos característicos.

Anteproyecto de LCSP

Art. 287.1 Prestaciones económicas (vigente 281
TRLCSF).

“El concesionario tiene derecho...una retribución fijada
en función de su propia **utilización** que se percibirá
directamente de los usuarios o de la propia
Administración”.

Los «nuevos» contratos de concesión:
influencia sobre los tipos contractuales clásicos y
elementos característicos.

Tipificación jurídica y aspectos contables

- Directiva 2014/23 y Reglamento UE 549/2013

¿juntos o separados?





Los «nuevos» contratos de concesión:
influencia sobre los tipos contractuales clásicos y
elementos característicos.

Directiva 2014/23	Reglamento UE 549/2013
	Riesgo de construcción (siempre)
Riesgo de demanda	Riesgo de demanda
Riesgo de suministro	Riesgos de disponibilidad
	Otros (Riesgo de valor residual; riesgo de obsolescencia)