

**EN TORNO A LA CONTROVERTIDA COMPATIBILIDAD DEL CONCEPTO DE
CONCESIÓN CON LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA
ADMINISTRACIÓN EN CASO DE RESOLUCIÓN¹**

Prof. Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO²

INDEX

1. INTRODUCCIÓN

2. CLAVES DE LA TÉCNICA CONCESIONAL

2.1. Derecho de explotación y transferencia de riesgos

*2.2. Breve consideración del concepto de riesgo operacional y sus límites en la
Directiva de concesiones y en la LCSP que la transpone*

**3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN
(RPA) EN CASOS DE RESOLUCIÓN CONCESIONAL**

4. BIBLIOGRAFÍA

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación titulado: “El tiempo de las reformas administrativas: hacia la excelencia en la contratación pública (*Smart Procurement*) a través de compras eficaces, estratégicas y transnacionales”, (Ref: DER2015-67102-C2-2-P).

² Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Vigo, ravedo@uvigo.es

RESUMEN

El presente trabajo analiza la regulación española del deber de indemnizar al concesionario en los supuestos de extinción anticipada o resolución de la concesión, conocido como responsabilidad patrimonial de la Administración (RPA), y su compatibilidad con la exigencia comunitaria de que toda concesión, como fórmula que conlleva la atribución al concesionario del derecho a explotar la obra o servicio, debe trasladar el riesgo operacional al concesionario.

Palabras clave: Concesión, riesgo operacional, resolución, responsabilidad patrimonial de la Administración

ABSTRACT

This paper analyses the Spanish regulation of the duty to indemnify the concessionaire in the event of early termination of the concession, known as patrimonial liability of the Administration (RPA), and its compatibility with the community requirement that any concession, as a formula that entails the concessionaire's attribution of the right to exploit the work or service, must transfer the operating risk to the concessionaire.

Keywords: Concession, operating risk, termination of concessions, patrimonial liability of the Administration.

1. INTRODUCCIÓN

Por razones diversas, el recurso del sector público a técnicas de colaboración público-privada (CPP)³, tanto para la provisión de servicios como de infraestructuras, se ha acentuado notablemente en las últimas décadas⁴, al punto de considerarse como estratégico para fomentar las inversiones y reactivar la economía⁵. Las razones manejadas para justificar su utilización han sido diversas, pero destacan dos por su importancia y reiteración. De un lado, el hecho de que la CPP permita atender la demanda de servicios y obras sin afectar a las cuentas públicas, al denominado “*perímetro de endeudamiento*”⁶, resulta decisivo en un escenario de fuertes restricciones presupuestarias y estrictos límites al déficit público impuestos por Bruselas. De otro, se afirma que el sector privado es más eficaz⁷ y eficiente que el sector público y que este puede beneficiarse de los mayores conocimientos y de los métodos de funcionamiento de aquel; la CPP sería, en este sentido,

³ Sobre el auge de las fórmulas de CPP, VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2012: 442-450).

⁴ Como último ejemplo, el pasado mes de julio de 2017, el Gobierno español ha anunciado la puesta en marcha de un Plan Extraordinario de Inversiones en Carreteras (PIC) mediante colaboración público-privada, dotado con 5.000 millones de euros para actuar sobre 2.000 km. de carreteras en cuatro años (2017-2021).

⁵ GIMENO FELIÚ (2014b: 139); igualmente en (2014a: 1-2).

⁶ GIMENO FELIÚ (2014a: 21).

⁷ “*La CPP -afirma el Comité Económico y Social Europeo- permite beneficiarse de la eficacia del sector privado y aplicar mecanismos apropiados de repartición de riesgos entre el sector público y el privado*”. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “El papel del BEI en el ámbito de la colaboración público-privada (CPP) y el impacto en la problemática del crecimiento” (2005/C 234/12), DOUE de 22 de mayo de 2005.

un buen instrumento para que el sector privado aporte su *know how* en el diseño, construcción y gestión de la infraestructura o servicio de que se trate⁸.

Pero este tipo de fórmulas presenta también notables peligros o inconvenientes como los derivados de su mayor coste⁹, necesario para hacer atractivo al sector privado la asunción de un cometido sin duda arduo, de larga duración y grandes riesgos.

De ahí que el primer y fundamental análisis que deba efectuarse antes de lanzar un contrato de CPP tenga por objeto la optimización de la relación coste-beneficio. De este modo, solo estará justificado acudir a estas técnicas cuando la realización del proyecto por el sector privado proporcione un valor añadido tal que aporte una mayor eficiencia que la que alcanzaría la Administración si lo ejecutase por sí misma; esto es, cuando el proyecto proporciona *Value for Money* (relación calidad-precio)¹⁰.

2. CLAVES DE LA TÉCNICA CONCESIONAL

⁸ MARTÍN PERROTTO y VÁZQUEZ LÓPEZ (2010: 504).

⁹ BERNAL BLAY (2010: 32).

¹⁰ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2012: 457). La propia autora concluye que “a la celebración de contratos de CPP solo debería acudirse tras un estudio pormenorizado de las circunstancias de cada proyecto que arroja que la realización del mismo por el sector público es ineficiente porque no está en disposición de afrontarlo de la forma que se entiende necesaria. Por tal razón, el mayor coste que reportará la asunción del mismo por los particulares, está compensado por la plusvalía real que se obtiene en términos de eficacia, respecto al resto de alternativas, en la atención del cometido público perseguido. No valen, por consiguiente, respuestas globales, amplias o genéricas, sino que para decidir lo que en cada caso proceda hay que tener un amplio y profundo conocimiento de las capacidades y eficiencia del sector público o de otros métodos contractuales distintos de este tipo de mecanismos de colaboración” (pág. 459). Asimismo, HERNANDO RYDINGS (2012: 87-88 y *passim*).

2.1. Derecho de explotación y transferencia de riesgos

Uno de los modelos de CPP más utilizados en España, sino prácticamente el único, es el concesional¹¹, sistema caracterizado, en palabras del Libro Verde, por dos notas principales: a) crear un vínculo directo entre el socio privado y el usuario final: aquel presta un servicio a la población “<en lugar de> el socio público”, pero bajo su control; y b) remunerar al contratista mediante “cánones” abonados por los usuarios del servicio (o de la infraestructura), que se completan, en su caso, con subvenciones concedidas por los poderes públicos¹². Se otorga, pues, el derecho de explotación de la obra o del servicio al concesionario, derecho que implica también la transferencia de la responsabilidad de la explotación, que engloba los aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra o servicio, y permite trasladarle todo o la mayor parte del riesgo inherente a la explotación, en la medida que su beneficio y la recuperación de la inversión dependen de la demanda y pago por los usuarios de los citados “cánones” (riesgo de demanda). Sin explotación no cabe hablar de concesión, tampoco de asunción del riesgo por el empresario¹³. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea así lo ha venido subrayando en numerosas ocasiones, de modo particular para distinguir entre contratos y concesiones¹⁴.

Debe matizarse, con todo, que la traslación de este riesgo de demanda al concesionario no exige siempre que su retribución provenga de las cantidades abonadas por

¹¹ Un análisis histórico-jurídico de la figura en España puede encontrarse en MENÉNDEZ GARCÍA y FERNÁNDEZ ACEVEDO (2010: *in totum*).

¹² Afirma MIGUEZ MACHO (2015: 399), que “estas dos características son justamente las que diferenciarían las concesiones de otras modalidades de colaboración público-privada también contractual”.

¹³ VILLAR ROJAS (2007: 158).

¹⁴ Así, por ejemplo, la STJ 605/2005, de 13 de octubre, As. C-458/03, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen y Stadtwerke Brixen AG*, ECLI:EU:C:2005:605, apartados 39 a 41.

los usuarios. En efecto, la traslación del riesgo al concesionario no desaparece, o no lo hace por completo, por el hecho de que este no reciba el pago de los usuarios de la infraestructura o del servicio, sino de la entidad concedente, siempre que dicho pago dependa del número de usuarios de la obra o servicio en proporción suficiente como para que no quede garantizada la recuperación de las inversiones y costes de explotación. Basta, pues, con que la retribución percibida por el concesionario esté vinculada a la demanda de los usuarios¹⁵.

Por otra parte, el peligro constatado y cierto de que estas figuras se utilicen con el propósito de eludir controles sobre los gastos públicos, Eurostat¹⁶ aprobó la Decisión 18/2004, de 11 de febrero. Conforme a la misma, para que los activos incluidos en una asociación público-privada puedan contabilizarse fuera del balance de las Administraciones públicas es preciso que se cumplan dos condiciones acumulativas: que el socio privado se haga cargo del riesgo de construcción y que, además, asuma al menos, bien el riesgo de disponibilidad o bien el de demanda. Sin perjuicio de otros matices, se subraya, una vez más, la transferencia del riesgo como elemento clave también desde el punto de vista financiero y contable. Nótese que conforme a esta Decisión debía transferirse en todo caso el riesgo de construcción, bastando con que además se transfiriera el riesgo de demanda o el de disponibilidad (o ambos, naturalmente)¹⁷.

¹⁵ MIGUEZ MACHO (2015: 405); VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2016: 121); VILLAR ROJAS (2016: 297). La Directiva 2014/23/UE, en su considerando 18, lo admite sin ambages: “*Hay que aclarar que ciertos regímenes en los que la remuneración procede exclusivamente del poder adjudicador o la entidad adjudicadora pueden considerarse concesiones si 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*”.

¹⁶ Oficina Estadística de la Unión Europea.

¹⁷ Por lo que se refiere al riesgo de disponibilidad, concepto importante por cuanto más adelante se dirá, la Decisión citada en el texto entendió que consiste en “*no ser capaz de suministrar la cantidad contractualmente pactada o alcanzar la seguridad o niveles certificados públicamente, correspondientes a la prestación de servicios*”.

Por su parte, el Sistema de Cuentas Europeo, SEC-95¹⁸, ha venido exigiendo, para que los activos vinculados a una operación de CPP puedan tener la consideración de privados y no computen como déficit y deuda públicos, que el ente público traslade todos los riesgos al privado. Sin embargo, la práctica demuestra que siempre se produce una suerte de reparto de los riesgos entre el socio privado y el público¹⁹. De ahí que, posteriormente, el Sistema de Cuentas Europeo revisado 2010 (“SEC-2010”)²⁰ haya establecido que para determinar si los activos derivados de una CPP pertenecen al socio

a los usuarios finales, definidos en el contrato. También se aplica al caso en el que el socio no alcanza los estándares de calidad relativos al suministro del servicio, determinados en el contrato, y se produce un evidente fallo del servicio por su parte. La Administración no estará obligada a asumir tal riesgo si está legitimada para reducir significativamente (como una clase de deducción o penalización) sus pagos periódicos, como cualquier ‘cliente normal’ (consumidor) podría solicitar en un contrato comercial. Los pagos de la Administración deben depender del nivel efectivo de disponibilidad suministrada por el socio durante un concreto periodo de tiempo. La aplicación de las penalizaciones cuando el socio incumple sus obligaciones de servicio debe ser automática y también debe tener un efecto significativo sobre los ingresos/beneficios del socio, y no debe ser puramente cosmética o simbólica”.

¹⁸ Reglamento (CE) n° 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, relativo al sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad. Este Reglamento estableció un sistema de cuentas nacionales que cumplía los requisitos de la política económica, social y regional de la entonces Comunidad europea y era coherente con el entonces nuevo Sistema de Cuentas Nacionales que adoptado por la Comisión de Estadística de las Naciones Unidas en febrero de 1993 (1993 SCN) con el fin de que los resultados en todos los países miembros de las Naciones Unidas fueran internacionalmente comparables.

¹⁹ MACHO PÉREZ y MARCO PEÑAS (2014: 447).

²⁰ Reglamento (UE) N° 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (Texto pertinente a efectos del EEE), DOUE de 26 de junio de 2013, L 174. Mediante este Reglamento se revisa el Sistema Europeo de Cuentas establecido por el citado Reglamento (CE) n° 2223/96 (SEC-95) con el fin de tener en cuenta los cambios introducidos en el 1993 SCN por el SCN 2008 aprobado por la Comisión de Estadística de las Naciones Unidas en febrero de 2009. El objetivo se cifra en aproximar las cuentas nacionales al nuevo entorno económico, los avances en la investigación metodológica y las necesidades de los usuarios con el objetivo de que los datos de la Unión Europea sean comparables con los recopilados por sus principales socios internacionales.

público o al privado es preciso averiguar quién asume “*la mayor parte de los riesgos*”, no todos, por consiguiente, así como quién se espera que reciba la mayor parte de los beneficios. Entre los que deben evaluarse cita una vez más los de construcción, disponibilidad y demanda.

Por su parte, la Directiva de concesiones²¹, al abordar por vez primera la regulación de las concesiones en el Derecho europeo, define tanto las de obras, como las de servicios en el artículo 5.1), letras a) y b), respectivamente. Ambos tipos concesionales se configuran como contratos a título oneroso celebrados por escrito por uno o más poderes o entidades adjudicadores con uno o más operadores económicos. Con la primera se confía la ejecución de obras y su contrapartida consiste bien en el derecho a explotar las obras únicamente, o en ese mismo derecho en conjunción con un pago [letra a)]; la segunda tiene por objeto la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a), y su contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago. Así pues, las dos concesiones presentan como elemento esencial común el que la remuneración del concesionario consiste en el derecho a explotar las obras o los servicios objeto de la concesión o, en su caso, en dicho derecho acompañado de un precio²².

Este primer elemento se completa de inmediato por el propio artículo 5.1) de la Directiva con un segundo, también esencial y derivado del anterior, que consiste en la exigencia de que toda concesión implique “*la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda*”

²¹ Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (Texto pertinente a efectos del EEE), DOUE de 28 de marzo de 2014, L 94.

²² BERNAL BLAY (2010: 33).

o el de suministro [al que denomina también como “riesgo de oferta”²³], o ambos”. El considerando 18 de la propia Directiva recoge alguna aclaración: “*La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados...*”²⁴.

En suma, la Directiva de concesiones, tomando como punto de partida los contratos de obras y de servicios, califica de concesiones únicamente aquellos contratos en los que la forma de remuneración consiste en la explotación de las obras o los servicios (sola o acompañada de un pago), y siempre que dicha explotación conlleve la transferencia

²³ Sostiene LAZO VITORIA (2015: 428), que el precepto carece de la adecuada claridad. Nótese que no incluye referencia expresa alguna al riesgo de disponibilidad, suscitándose la duda de si el riesgo de suministro (o de oferta) equivale al riesgo de disponibilidad, o, por el contrario, se trata de dos riesgos distintos. Sobre el particular y el problema que plantearía para muchas concesiones españolas la eliminación del riesgo de disponibilidad, véase LAZO VITORIA (2015: 428-430). La misma autora, (2013: 155), ya había puesto de relieve que “*en los últimos años la remuneración del concesionario ha dejado de estar vinculada al uso de la infraestructura para basarse principal, sino exclusivamente, en su disponibilidad. En España, por ejemplo, el Plan Extraordinario de Infraestructuras del Ministerio de Fomento de 7 de abril de 2010 estableció que «para que sea financiable, el Plan está diseñado para que las entidades financieras puedan asumir los riesgos asociados a los proyectos y estos proporcionen, a su vez, una rentabilidad adecuada. Se ha optado por el riesgo de disponibilidad y no por el de demanda, ligado a la coyuntura del tráfico, y, por tanto, a los avatares del ciclo económico, porque dificultaría el acceso a los mercados financieros, añadiéndose además que «la rentabilidad del concesionario dependerá del nivel de disponibilidad de la infraestructura, lo que reforzará su compromiso con la conservación y el mantenimiento de la misma»*” (subrayado de la autora). Resuelve la duda planteada en sentido negativo, es decir, que entiende que el riesgo de suministro o de oferta no se corresponde con el riesgo de disponibilidad, VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2016: 122-125).

²⁴ La directa vinculación del riesgo operacional con la explotación ha sido destacada también por la jurisprudencia europea. Véase, por ejemplo, la STJ 540/2009, de 10 de septiembre, As. C-206/08, *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha)* y *Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:2009:540, apartados 66 a 68.

del riesgo operacional al contratista, ahora concesionario²⁵. Se erige, así pues, el riesgo operacional en elemento esencial de toda concesión y en criterio delimitador entre la concesión y el contrato de servicios.

En esta misma línea, la Ley de Contratos del Sector Público recientemente promulgada (LCSP)²⁶, asume ya desde su propio Preámbulo la exigencia de que en toda concesión “*necesariamente debe haber una transferencia del riesgo operacional de la Administración al concesionario*”. La exigencia, los tipos de riesgo y su definición, así como los requisitos que deben cumplirse para que se estime que el concesionario asume dicho riesgo concesional, se incluyen en un apartado, el cuarto, añadido al artículo 14 que contiene la definición del contrato de concesión de obras²⁷; apartado al que remite el artículo 15 referido a la noción de contrato de concesión de servicios, con lo que se igualan, como no podía ser de otro modo, ambos tipos concesionales en este aspecto nuclear y definitorio de las mismas. Así, la concesión, como fórmula en la que la contraprestación consiste en atribuir al concesionario el derecho a explotar la obra o servicio objeto del contrato (solo o acompañado del de percibir un precio), trasladan siempre y necesariamente el riesgo operacional de dicha explotación de la Administración al concesionario (artículos 14.1 y 15.1 del LCSP).

²⁵ Para la distinción entre contratos y concesiones, véase GIMENO FELIÚ (2012: 19-39).

²⁶ Ley de Contratos del Sector Público de 2017, 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.

²⁷ El Derecho español ha considerado siempre las concesiones como un tipo más de contrato, de ahí que las diversas leyes vigentes a lo largo del siglo pasado siempre hayan regulado las concesiones de servicios públicos (como una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos), concesiones que, por cierto, englobaban las originarias concesiones de obras públicas como consecuencia de la absorción de la obra pública dentro del concepto de servicio público; *vid.* MENÉNDEZ GARCÍA y FERNÁNDEZ ACEVEDO (2010: 99-104). Hoy la tipología de contratos del sector público está compuesta por los contratos de obras, de servicios, de suministros, de concesión de obras y de concesión de servicios (artículo 12.1 de la LCSP).

2.2. Breve consideración del concepto de riesgo operacional y sus límites en la Directiva de concesiones y en la LCSP que la transpone

La Directiva de concesiones, tras enfatizar la transferencia del riesgo como nota definitoria de la concesión, aclara en el citado artículo 5.1), que para que se considere que el concesionario asume un riesgo operacional es preciso que, en condiciones normales de funcionamiento, no esté garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes contraídos con ocasión de la explotación de las obras o los servicios objeto de la concesión. A su vez, la parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra no es meramente nominal o desdeñable. Falta de garantía de recuperación de inversiones y costes y exposición real a las incertidumbres del mercado son los criterios que deben presidir el análisis de los riesgos transferidos en cada contrato al objeto de determinar si cumple o no el requisito de implicar la transferencia al contratista de un riesgo operacional en la explotación, es decir, si cabe o no calificar el contrato de concesión con todas las implicaciones de régimen jurídico que dicha calificación conlleva.

En la misma línea, el artículo 14.4, pfo. 2º, de la LCSP para considerar que el concesionario asume un riesgo operacional pone el acento en la falta de garantía de que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que haya incurrido en la explotación de las obras o servicios. *“La parte de los riesgos transferidos al concesionario -continúa el precepto- debe suponer 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 desdeñable”*.

La jurisprudencia lo había resaltado con anterioridad afirmando que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede traducirse en el riesgo derivado de enfrentarse a la competencia de otros operadores, de que se produzca un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, de la eventual insolvencia de los deudores de los precios por los

servicios prestados, de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso en el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio²⁸.

Por su parte, la Directiva, en su considerando 20, trata de aclarar qué tipos de riesgos considera operacionales, cuáles no por ser comunes a cualquier tipo contractual, y en qué consiste el riesgo significativo. El punto de partida común a todos los supuestos lo constituye la exigencia de que el riesgo derive de factores que escapen al control de las partes. Así, *“un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro”*. Por riesgo de demanda entiende el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato, y por 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 demanda²⁹. *“A efectos de la evaluación del riesgo operacional -continúa diciendo la Directiva-, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario”*³⁰.

Desde un punto de vista negativo considera expresamente la Directiva, en coherencia con el mencionado requisito de que el riesgo derive de factores que escapen al control de las partes, que los riesgos vinculados a la mala gestión o a los incumplimientos

²⁸ STJ 130/2011, de 10 de marzo, As. C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler y Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*, ECLI:EU:C:2011:130, apartado 37.

²⁹ Las definiciones de riesgo de demanda y de riesgo de suministro se recogen literalmente y sin aclaración añadida alguna en el artículo 14.4, pfo. 1º, 2º inciso, de la LCSP: *“Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro 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”*.

³⁰ GIMENO FELIÚ (2014a: 5-6).

del contrato por parte del operador económico “*no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión*”. Por esta última razón se descartan, asimismo, los riesgos asociados a situaciones de fuerza mayor, situaciones que obviamente sí escapan al control de las partes.

Así las cosas no será fácil que la transferencia del riesgo de disponibilidad, tal y como se define en el citado SEC-2010, pueda considerarse por sí solo suficiente como para entender que hay verdadera transferencia de un riesgo operacional en la explotación derivado de factores ajenos al contratista en el sentido de la Directiva de concesiones³¹. Construir, gestionar y explotar una obra o servicio con mayores o menores estándares o requisitos de calidad es algo que el contratista sí puede controlar³², y es, a su vez, un elemento inherente a cualquier contrato público³³.

Con todo, la LCSP sí admite el riesgo de disponibilidad expresamente para las concesiones de obras. En efecto, conforme a su artículo 267.4, la retribución por la utilización de la obra puede abonarse por la Administración “*teniendo en cuenta el grado de disponibilidad ofrecido por el concesionario y/o su utilización por los usuarios*”; y para

³¹ LAZO VITORIA (2015: 428-430).

³² Afirma VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2016: 123), que “*la disponibilidad alude a los estándares o requisitos de la calidad en la infraestructura o de los respectivos servicios que son exigibles al concesionario de acuerdo con lo establecido en los términos del contrato. Estándares que, por tanto, se derivan del propio contrato y están relacionados con su adecuado cumplimiento. Siendo esto así, parece lógico que en la Directiva se haya entendido que los mismos no deben formar parte del riesgo operacional característico de los contratos de concesión. No en vano el cumplimiento adecuado del contrato de acuerdo con las estipulaciones contractuales es un aspecto cuyo control tiene totalmente en su mano el contratista*”.

³³ MIGUEZ MACHO (2015: 403); “*de hecho -afirma este autor-, en cualquier contrato público, al menos en Derecho español, es posible penalizar económicamente al contratista por los incumplimientos del contrato, incluyendo las deficiencias en la calidad de las prestaciones ejecutadas, si así se prevé en los pliegos y en el propio documento contractual*”.

el supuesto de que la retribución se realice “*mediante pagos por disponibilidad deberá preverse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la inclusión de índices de corrección automáticos por nivel de disponibilidad independientes de las posibles penalidades en que pueda incurrir el concesionario en la prestación del servicio*”. Nótese que el precepto, dado el uso alternativo de las conjunciones y/o, permite excluir por completo el criterio de utilización por los usuarios lo que no se admite para las concesiones de servicios. Si bien las normas previstas para las concesiones de obras son de aplicación supletoria a las de servicios (artículo 297 de la LCSP), en estas no parece posible que la retribución del concesionario se realice únicamente bajo criterios de disponibilidad por cuanto el artículo 289 de la LCSP, al regular las contraprestaciones económicas a que tiene derecho el concesionario de servicios dispone que para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio una de ellas debe ser “*una retribución fijada en función de su utilización*” por los usuarios, que se percibirá directamente de estos o de la propia Administración.

Como afirma GIMENO FELIÚ, es preciso averiguar si el modo de remuneración acordado en el contrato consiste en el derecho del concesionario a explotar un servicio o una obra e implica, al propio tiempo, que asume el riesgo de explotación del referido servicio u obra en los términos expresados³⁴. Y es entonces cuando surge la pregunta de en qué medida deben transferirse al concesionario los repetidos riesgos de explotación.

Ya se ha dicho que la transferencia no será normalmente absoluta pero que, en todo caso, debe ser significativa; es decir, que no es requisito imprescindible que alcance a todos los riesgos³⁵ pero debe tener un nivel tal que cumpla los requisitos exigidos por el artículo 5.1 de la Directiva: que la recuperación de las inversiones y costes no quede garantizada y que suponga una exposición real a las incertidumbres del mercado. Además,

³⁴ GIMENO FELIÚ (2014a: 7).

³⁵ BERNAL BLAY (2010: 258).

desde un punto de vista económico, la atribución de todos los riesgos a los concesionarios puede resultar contraproducente si se quiere que el sector privado se interese por este tipo de proyectos y que lo haga presentando ofertas aceptables desde el punto de vista del interés general. Y es que la distribución de los riesgos condiciona significativamente el funcionamiento práctico del mercado concesional³⁶. En efecto, un elevado riesgo puede conllevar un encarecimiento excesivo del precio exigido por el sector privado para retribuir el riesgo asumido³⁷. Y a la inversa, la asignación de un nivel de riesgo escaso puede contribuir a la realización de proyectos de poca o nula rentabilidad social, los conocidos como “elefantes blancos”³⁸. Solo si el concesionario asume efectivamente una parte significativa del riesgo de la concesión, las empresas tendrán incentivos para usar o adquirir información fiable sobre la rentabilidad de la concesión, y descartarán licitar y ejecutar proyectos concesionales con valor social negativo³⁹.

En cualquier caso, si la transferencia de todos los riesgos no se produce tendrá lugar un reparto de los mismos entre concedente y concesionario. En el bien entendido de que dicho reparto debe suponer que el concesionario asume una parte sustancial o relevante del riesgo de explotación⁴⁰. Así lo expresan los artículos 250.1.m) y 285.1.c) de la LCSP

³⁶ LAZO VITORIA (2013: 154).

³⁷ VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA (2012: 59).

³⁸ Refieren GANUZA FERNÁNDEZ y GÓMEZ AVILÉS-CASCO (2005: 111), que las obras públicas innecesarias o faraónicas, lamentablemente tan frecuentes en España (aeropuertos sin pasajeros, autopistas de peaje sin vehículos que las transiten), reciben el nombre de “elefantes blancos” porque “*antiguamente, los reyes de Siam, cuando no tenían demasiado aprecio por un súbdito le regalaban un elefante blanco. Como los elefantes blancos eran sagrados en la antigua Tailandia, el regalo no se podía rechazar y el súbdito estaba obligado a alimentar al elefante blanco y permitir que el pueblo acudiese a venerarle, lo que muchas veces terminaba arruinando al presunto beneficiario del favor real*”.

³⁹ GANUZA FERNÁNDEZ y GÓMEZ AVILÉS-CASCO (2015: 112).

⁴⁰ GÓMEZ-FERRER MORANT (2004: 1107-1108).

cuando exigen que los pliegos de cláusulas administrativas particulares hagan referencia, entre otros aspectos, a la distribución entre la Administración y el concesionario de los riesgos relevantes en función de las características del contrato, si bien en todo caso, advierten expresamente, el riesgo operacional corresponde a este último.

Cuestión más compleja es la relativa a los criterios con arreglo a los cuales realizar el referido reparto de los riesgos. No caben aquí fórmulas generales sino que habrá de realizarse caso por caso, en cada contrato, atendiendo a las peculiaridades propias de cada uno, tales como su objeto, duración e importe, la capacidad económica y financiera del concesionario y cualquier otro elemento que permita determinar que es este quien asume realmente el riesgo⁴¹. Sin perjuicio de recordar una directriz general en su día anticipada también por la Comisión: el reparto de los riesgos entre concedente y concesionario se realiza en cada caso en función de las respectivas aptitudes para gestionar de manera más eficaz los riesgos en cuestión⁴², de modo que cada una de las partes asuma aquellos riesgos que está más preparada para atender.

En todo caso, la individualización y apropiada distribución de los riesgos concesionales presenta un componente más de naturaleza económico-técnica que estrictamente jurídica, por lo que habrá de estarse a la interpretación que efectúen instituciones tales como la citada Eurostat⁴³.

⁴¹ LAZO VITORIA (2013: 153).

⁴² *Vid.*, el ya citado Libro Verde sobre “La colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones” y Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario (2000/C 121/02), DOCE de 29 de abril de 2000.

⁴³ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2016: 128).

3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN (RPA) EN CASOS DE RESOLUCIÓN CONCESIONAL

La concesión, como todas las fórmulas de colaboración público-privada, encuentra su sentido más evidente en la atracción de capitales privados a la tarea de abordar la provisión de infraestructuras y servicios públicos. Y bien puede afirmarse que dicha atracción es inversamente proporcional al nivel de riesgo que el proyecto quiera trasladar al concesionario, lo que implica que si se quiere captar al sector privado el diseño de la traslación de riesgos ha de hacerse con cierta mesura. En otro caso, dicho capital o no se mostrará dispuesto a “colaborar” o lo hará presentando ofertas mucho más onerosas para los intereses públicos.

En este sentido, uno de los principales atractivos del sistema concesional español ha venido estando en la regulación legal de la denominada responsabilidad patrimonial de la Administración (conocida en este ámbito por sus siglas RPA)⁴⁴. En efecto, la RPA, esto es, la obligación de la Administración de indemnizar al concesionario por la extinción anticipada o resolución de la concesión, desempeña un papel fundamental en el reparto de riesgos y, con ello, en los incentivos de una empresa para decidir participar en la licitación de un contrato, así como en el tipo de oferta que eventualmente formule⁴⁵. Desde otro punto de vista la RPA constituye un elemento de seguridad de primer orden para el sector privado, dado que funciona a modo de garantía de parte del negocio más allá del riesgo inherente a toda concesión, o por qué no decirlo, eliminando buena parte de dicho riesgo.

⁴⁴ Pese a la identidad terminológica, ciertamente no muy afortunada, no debe confundir esta RPA con la responsabilidad patrimonial de la Administración de carácter extracontractual, también denominada responsabilidad aquiliana, cuyo régimen jurídico habrá que buscar en las nuevas Leyes 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

⁴⁵ GANUZA FERNÁNDEZ y GÓMEZ AVILÉS-CASCO (2015: 113-114).

De ahí que haya merecido el calificativo de sistema legal de seguro frente a determinados riesgos⁴⁶.

La RPA no es en sí misma contraria al principio de riesgo y ventura; es su concreta configuración legal la que, si se rebasan ciertos límites, puede eliminar o disminuir enormemente el riesgo, y con ello impedir que pueda hablarse de traslación de un riesgo operacional significativo al concesionario.

Las consecuencias son conocidas por demás. Unas de régimen jurídico, pues para el Derecho europeo no sería una concesión sino un contrato, lo que determina un distinto régimen al entrar en la esfera de la Directiva de contratos públicos en lugar de la Directiva de concesiones; y otras de carácter contable, pues asumido el riesgo por el sector público la operación computa a efectos de déficit público.

Hasta finales de 2015 el Derecho español contenía un régimen de RPA ciertamente muy generoso para los concesionarios. En efecto, a la hora de regular las consecuencias de la resolución, cualquiera que fuera la causa que la motivara y con independencia de quién fuera el responsable de la misma, se imponía a la Administración la obligación de abonar al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de tres elementos: expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de los bienes necesarios para la explotación de la concesión. A tal efecto, debía tenerse en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que restara hasta el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero⁴⁷. Esto era así con total independencia de que la resolución hubiera tenido lugar o no como consecuencia del abandono, la renuncia unilateral o el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales

⁴⁶ GIMENO FELIÚ (2014a: 14).

⁴⁷ Pueden verse los artículos 170.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 (LCAP/1995), 266.1 del Texto Refundido de la LCAP de 2000 (TRLCAP/2000), 247.1 y 264.1 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 (LCSP/2007) ó 271.1 y 288.1 del Texto Refundido de la LCSP de 2011 (TRLCSP/2011).

esenciales. También en los supuestos de declaración de concurso o de declaración de insolvencia del concesionario, por ejemplo, por falta de rentabilidad de la propia concesión.

Obviamente, en los supuestos en los que la resolución del contrato tuviera lugar por causa imputable al concesionario se producía la incautación de la garantía, así como la obligación de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados en lo que, en su caso, excediera del importe de la garantía incautada. Pero dicha culpabilidad no permitía imponer al concesionario la obligación de soportar las cargas de las inversiones realizadas y aún no amortizadas, las cuales debían ser abonadas a aquel por la Administración.

Por otro lado, si la causa de la resolución fuera imputable a la Administración, esta debía indemnizar además al concesionario por los daños y perjuicios que se le hubieren irrogado; esto es, la indemnización debía alcanzar no solo el daño emergente, sino también el lucro cesante. A tal efecto, los beneficios futuros dejados de percibir por el concesionario como consecuencia de la resolución se calculaban atendiendo a los resultados de explotación del último quinquenio, y a la pérdida de valor de las obras e instalaciones que no debieran revertir a la Administración, considerando su grado de amortización.

Así pues, el fracaso de la concesión y su consiguiente resolución conllevaba para el concesionario el derecho a una compensación a cargo de la Administración contratante por el importe de todas las inversiones realizadas en ejecución del proyecto (expropiaciones, obras, activos), con los límites expuestos (amortización, plazo concesional restante y plan económico-financiero). A su vez, como se permitía a los contratistas con derecho al cobro frente a la Administración la cesión de dicho derecho, la RPA era objeto de pignoración en los contratos financieros, sirviendo como garantía pública para las entidades financiadoras.

En definitiva, el nivel real de riesgo que asumía el concesionario en relación con el éxito o fracaso del proyecto era bastante limitado, pues en caso de falta de rentabilidad de la concesión, las inversiones no amortizadas quedaban sustancialmente cubiertas por la RPA. Y nótese que el citado fracaso del proyecto, en principio, no tiene por qué derivarse de una

causa imputable al concesionario, pues podría deberse, por ejemplo, a un nivel de demanda muy inferior al inicialmente previsto, por lo que no era posible la incautación de la garantía ni la indemnización a la Administración antes aludidos. Por contra, en caso de éxito del proyecto los beneficios pertenecían en todo caso al concesionario. Dicho de otro modo, aprovechamiento privado de los beneficios y socialización de las pérdidas⁴⁸.

Sin perjuicio de otro tipo de consideraciones, cabe cuestionarse si un sistema tal puede considerarse compatible o no con el Sistema de Cuentas Europeo revisado 2010 (“SEC-2010”)⁴⁹ si lo que se quiere es eludir las restricciones europeas sobre el déficit y la deuda públicos. Y ello porque, como se dijo, el análisis de la distribución de riesgos es determinante a la hora de calificar los activos y pasivos concesionales como públicos o como privados, de modo que si son calificados como públicos se producirá un incremento de los niveles de déficit y deuda públicos afectando al cumplimiento de los criterios establecidos en el artículo 126 del TFUE⁵⁰ y en el artículo 135⁵¹ de la Constitución española⁵².

⁴⁸ GANUZA FERNÁNDEZ y GÓMEZ AVILÉS-CASCO (2015: 114-115).

⁴⁹ Reglamento (UE) N° 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (Texto pertinente a efectos del EEE), DOUE de 26 de junio de 2013, L 174. Mediante este Reglamento se revisa el Sistema Europeo de Cuentas establecido por el citado Reglamento (CE) n° 2223/96 (SEC-95) con el fin de tener en cuenta los cambios introducidos en el 1993 SCN por el SCN 2008 aprobado por la Comisión de Estadística de las Naciones Unidas en febrero de 2009. El objetivo se cifra en aproximar las cuentas nacionales al nuevo entorno económico, los avances en la investigación metodológica y las necesidades de los usuarios con el objetivo de que los datos de la Unión Europea sean comparables con los recopilados por sus principales socios internacionales.

⁵⁰ El citado artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea exige evitar los déficits públicos excesivos y atribuye a la Comisión la potestad de supervisar la evolución de la situación presupuestaria y el nivel de endeudamiento público de los Estados miembros y para, en su caso, iniciar un procedimiento que puede concluir, entre otras medidas, con la imposición de multas por el Consejo.

A tal efecto, el SEC-2010 aprobado por el Reglamento (UE) N° 549/2013 identifica cuáles son los principales elementos de riesgo y beneficio que deben ser objeto de evaluación:

“a) Riesgo de construcción, que incluye los rebasamientos en los costes, la posibilidad de costes adicionales derivados de retrasos en la entrega, el incumplimiento de condiciones o códigos de construcción, y los riesgos ambientales y de otros tipos que exijan pagos a terceros.

b) Riesgo de disponibilidad, que incluye la posibilidad de costes adicionales, como los de mantenimiento y financiación, y las sanciones soportadas porque el volumen o la calidad de los servicios no cumple las normas especificadas en el contrato.

c) Riesgo de demanda, que incluye la posibilidad de que la demanda de los servicios sea mayor o menor de la esperada.

d) El riesgo de valor residual y obsolescencia, que incluye el riesgo de que el activo sea inferior a su valor esperado al final del contrato y el grado en que las Administraciones públicas tienen opción a adquirir los activos.

e) La existencia de financiación del garante o de concesión de garantías, o de cláusulas de rescisión ventajosas sobre todo en caso de rescisión a iniciativa del operador.”

⁵¹ Precepto que, tras la reforma constitucional de 2011, exige a todas las Administraciones públicas adecuar su actuación al principio de estabilidad presupuestaria, prohíbe al Estado y a las Comunidades autónomas incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos por la Unión Europea e impone a los Entes locales presentar equilibrio presupuestario.

⁵² MACHO PÉREZ y MARCO PEÑAS (2014: 459).

En consecuencia, SEC-2010, para determinar el reparto de los riesgos y, por consiguiente, si estamos ante una verdadera concesión que, como se ha repetido, exige que haya riesgo operacional, no solo requiere examinar los riesgos de construcción, demanda y disponibilidad (riesgo que la Directiva de concesiones sustituye por el de oferta o suministro), sino también el riesgo de valor residual y obsolescencia, así como la existencia de financiación del garante o de concesión de garantías, o de cláusulas de rescisión ventajosas sobre todo en casos de rescisión a iniciativa del operador. Ello determina que, especialmente en los casos de resolución por causa imputable al concesionario, sea aconsejable limitar de algún modo la RPA, pues en otro caso podría interpretarse que se ha eliminado o reducido en exceso la transferencia de riesgos y, en consecuencia, los activos ya no estarían excluidos del perímetro de endeudamiento⁵³. Limitar la RPA, sin embargo, no debe suponer que en todos los supuestos deba eliminarse; significa únicamente que la RPA no debe servir para reducir indebidamente la exposición al riesgo operacional quebrantando los principios de transparencia e igualdad de trato inherentes a toda contratación pública. No debe olvidarse que la RPA bien dimensionada constituye un instrumento válido para favorecer las inversiones privadas mediante concesiones al introducir en el sistema un elemento de seguridad⁵⁴ que elimina incertidumbres excesivas que sin duda ahuyentan aquellas inversiones y que puede servir como fuente de financiación privada del concesionario⁵⁵.

⁵³ MACHO PÉREZ y MARCO PEÑAS (2014: 463).

⁵⁴ GIMENO FELIÚ (2014a: 15 y 21-22).

⁵⁵ La reforma efectuada en 2015 del TRLCSP/2011 admitió expresamente la posibilidad de pignorar los derechos derivados de la resolución de un contrato de concesión de obra pública o de gestión de servicio público siempre que la pignoración lo sea en garantía de obligaciones que guarden relación con la concesión o el contrato y que exista previa autorización del órgano de contratación, publicada en el BOE o en los diarios oficiales autonómicos o provinciales (artículo 261.3 del TRLCSP/2011; recogido ahora en el artículo 273.3 de la LCSP sin más que sustituir la referencia al contrato de gestión de servicios públicos que desaparece por el contrato de concesión de servicios que le sustituye-). Al propio tiempo, la modificación alcanzó asimismo al artículo 90.1.6º de la Ley Concursal para dejar claro que la prenda de créditos futuros atribuye a su titular un privilegio especial en caso de

Justamente por ello la LCSP limita la RPA con la intención de situarla dentro del margen de los criterios del Sistema de Cuentas Europeo, SEC-2010, de modo que resulte más respetuosa con la atribución del riesgo concesional y la deuda de las concesionarias no entre en el perímetro de endeudamiento público y compute como déficit. La principal novedad radica en que cuando la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración, incluidos los supuestos de insolvencia o concurso de acreedores, la indemnización se determinará no por el valor patrimonial de la inversión, sino por el valor de mercado de la concesión, lo que por hipótesis podría llegar a suponer incluso un importe igual o próximo a cero (artículos 280.1, pfo. 2º, y 281.2 de la LCSP)⁵⁶.

Nihil novum sub sole: se trata en realidad de una vuelta al siglo XIX, a previsiones contenidas ya en la Ley General de Caminos de Hierro de 3 de junio de 1855, norma que preveía, para el caso de resolución (a la que denomina caducidad) tanto de las concesiones de construcción, como de las de explotación de ferrocarriles, su salida a subasta (artículo 25) y la compensación al concesionario con el valor obtenido (artículo 28)⁵⁷.

Desde otro punto de vista, puede razonablemente esperarse que este nuevo régimen suponga un importante incentivo para la elaboración de cálculos más rigurosos de las inversiones necesarias en las concesiones. En efecto, el hecho de que el concesionario ya no tenga garantizada la recuperación en cualquier caso de todas sus inversiones, evitará

concurso cuando, antes de la declaración, concurren las circunstancias siguientes: a) Que los créditos nazcan de contratos o relaciones jurídicas ya existentes; b) que la prenda esté constituida en documento público o, si es prenda sin desplazamiento, se haya inscrito; c) que, en el caso de prenda de la RPA, se cumpla con el requisito de haber obtenido autorización administrativa al tiempo de la constitución de la prenda. Se reconoce, pues, la posibilidad de pignorar créditos futuros (sin necesidad de inscribir la prenda en el Registro), siempre que nazcan de relaciones jurídicas constituidas antes de la declaración de concurso [*vid.* ZAMARRO (2015: 2)].

⁵⁶ GIMENO FELIÚ (2014a: 14-15).

⁵⁷ GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ (2015: 13).

o al menos dificultará, los ya referidos “elefantes blancos”, así como también debería redundar en una gestión más diligente y mejor⁵⁸.

Acaso movido por este objetivo, y porque probablemente ha servido de acicate la crisis creada por ciertas autopistas de peaje cuyas concesionarias han atravesado una larga agonía⁵⁹, lo cierto es que el legislador español, sin esperar a tramitación parlamentaria del anteproyecto y aprobación de la nueva LCSP que transpone al ordenamiento español las Directivas de contratos públicos y de concesiones⁶⁰, decidió anticipar esta parte de dicho anteproyecto modificando por completo el régimen de la RPA recogido en el TRLCSP/2011, previsiones que recoge ahora la LCSP pues no han sido apenas objeto de modificación a su paso por las Cortes Generales. En consecuencia, la nueva regulación de la RPA, que se considera transposición de las Directivas⁶¹, entró en vigor con más de dos años de antelación respecto la LCSP que acaba de promulgarse⁶².

⁵⁸ GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ (2015: 12). Al margen de ello, este autor denuncia que esta medida pone de manifiesto la “evidente incapacidad del sistema para, a través de los estudios de viabilidad correspondientes, ejecutar únicamente aquellas obras públicas cuya función social y sentido económico estén debidamente acreditados” (pág. 13).

⁵⁹ Finalmente, las autopistas de peaje quebradas y revertidas al Estado, serán objeto de explotación y posterior licitación pública por la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, S.M.E., S.A. (SEITTSA), de conformidad con el Convenio de gestión directa entre la Administración General del Estado y SEITTSA, publicado en el Boletín Oficial del Estado del 25 de agosto de 2017, a partir de enero de 2018, debiendo proceder a la nueva licitación a más tardar el 31 de diciembre de 2018.

⁶⁰ Aprobación largamente demorada entre otras razones por la inestabilidad política y consiguiente falta de Gobierno tras el apretado desenlace de las elecciones de diciembre de 2015 que hubieron de repetirse en junio de 2016.

⁶¹ Así lo comunicó el Gobierno español a la Comisión europea.

⁶² La entrada en vigor de la nueva LCSP tendrá lugar a los cuatro meses de su publicación en el BOE (disposición final 16ª).

Pero la mencionada modificación legal se llevó a cabo a toda prisa, aprovechando la tramitación parlamentaria de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, a pesar de la poca relación que la misma guarda con la contratación pública, introduciendo en ella una nueva disposición adicional, la novena, que reformó numerosos preceptos del TRLCSP/2011 que ahora se deroga⁶³. Resulta ciertamente criticable, por poco ajustado a los criterios de buena regulación proclamados por la normativa más reciente⁶⁴, que tan importante reforma legislativa se haya realizado mediante una simple enmienda presentada en el Congreso sin justificación alguna, más allá de la clásica “mejora técnica”, y que, además, fuera aprobada sin apenas suscitar debate. En cualquier caso, como digo, la regulación de este concreto aspecto introducida en el TRLCSP/2011 coincide de forma prácticamente literal con la que ahora contiene la nueva LCSP.

El punto de partida de la regulación de la RPA está en la distinción básica entre las causas de resolución que se imputan a la Administración y las que no, pues dicha distinción determina un distinto régimen jurídico aplicable⁶⁵. Nótese, a estos efectos, que la culpabilidad o no del concesionario no se tiene en consideración para determinar la RPA; se regulan dos regímenes bien diversos, uno para los supuestos de resolución por causas imputables a la Administración y otro por causas no imputables a la Administración, siendo

⁶³ La nueva regulación de la RPA no tiene alcance retroactivo por cuanto es aplicable únicamente a los expedientes de contratación de concesiones de obras públicas y de servicios iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de la disposición adicional novena de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público que tuvo lugar a los veinte días de su publicación, es decir, el 21 de octubre de 2015. Se entiende que los expedientes de contratación han sido iniciados si se ha publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. Si se trata de un procedimiento negociado, para determinar el momento de iniciación se toma en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos (disposición transitoria cuarta de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público). En consecuencia, el régimen de RPA derogado seguirá siendo de aplicación durante mucho tiempo habida cuenta de la larga duración de las concesiones.

⁶⁴ Así, artículo 128 de la citada Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

⁶⁵ LOZANO CUTANDA (2015: 2).

este último de aplicación tanto si el concesionario es culpable de la resolución como si no lo es (como pudiera suceder en supuestos de insolvencia no culpable).

En consecuencia, lo primero es fijar qué causas se imputan a la Administración y cuáles no. A tal efecto, se establecen las causas que, “*en todo caso*”, no se imputan a la Administración. Ello significa, por un lado, que en estos supuestos, por determinación legal, no será posible imputar la culpabilidad a la Administración bajo ninguna circunstancia; se trata de una presunción *iuris et de iure*; y, por otro, que la relación de causas no imputables a la Administración no constituye *numerus clausus*, es un simple elenco mínimo que no agota todos los supuestos posibles.

Así, no son imputables a la Administración las siguientes causas de resolución concesional⁶⁶:

- La muerte o incapacidad sobrevenida del concesionario individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad concesionaria, sin perjuicio de la posible continuidad del contrato en los supuestos de sucesión del concesionario: fusión de empresas, escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas.
- La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.
- El incumplimiento de la obligación principal de la concesión, así como el de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes: que las mismas respeten los límites de libertad de pactos (que estos no contravengan el interés público, el ordenamiento jurídico ni los principios de buena administración) y que figuren

⁶⁶ Artículo 280.1, pfo. 3º de la LCSP para la concesión de obras y artículo 295.1, pfo. 3º de la LCSP para la concesión de servicios, con idéntico contenido.

enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general.

- La ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos en que así procediera.

- El secuestro o intervención de la concesión por un plazo superior al establecido por el órgano de contratación (que no puede exceder, incluidas las posibles prórrogas, de tres años), sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones.

Hecha esta distinción, importa subrayar que cuando se produce la resolución de una concesión, la Administración debe compensar, en todo caso, al contratista por los tres elementos que ya se han indicado: expropiaciones de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes. Es esta una regla general de compensación⁶⁷, si bien ahora la LCSP cuando se refiere a la resolución por causas no imputables a la Administración ha sustituido la referencia expresa a los tres elementos mencionados que se contenía en el TRLCSP/2011 por la frase “*cualquiera de las causas posibles*”. Se abre, así, la puerta a que a los elementos a tomar en consideración para el cálculo de la indemnización puedan añadirse otros, como se desprende de la enmienda 403 del GP Ciudadanos que propuso la modificación⁶⁸. Como ejemplo de otro elemento a tomar en consideración, las enmiendas 707 y 730 del GP Socialista, que mantenían los tres referidos, añadían expresamente el canon que el pliego de cláusulas administrativas particulares hubiera exigido abonar, en su caso, a la Administración concedente por el concesionario.

⁶⁷ GANUZA FERNÁNDEZ y GÓMEZ AVILÉS-CASCO (2015: 114).

⁶⁸ En la justificación de dicha enmienda el GP mencionado afirma expresamente que el importe a abonar al concesionario en los supuestos de resolución no imputable a la Administración lo ha de ser por cualquier causa posible, “*no solo por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes que deban revertir a la Administración*”.

Con todo, la diferencia fundamental radica en cómo se determina o cuantifica la indemnización, es decir, cómo se valoran tales elementos. Entre otras fórmulas posibles, el legislador español ha ideado dos, de modo que la valoración puede realizarse bien atendiendo a lo que en su momento le costaron al concesionario o bien a lo que un tercero esté dispuesto a pagar por ellos, es decir, a su valor de mercado al tiempo de la resolución.

Suele afirmarse que las cosas valen lo que alguien está dispuesto a pagar por ellas; por tanto, la concesión valdrá lo que un tercero esté dispuesto a pagar y la forma de determinarlo es poniéndola en el mercado. De ahí que cuando la resolución no es imputable a la Administración, esta cumpla con pagar por lo que recibe y por su valor en el momento en que lo recibe. Ello justifica que se establezca como cuantía a abonar al concesionario, por cualquiera de los elementos arriba mencionados, el valor obtenido de la adjudicación de la concesión en pública subasta, calculándose el tipo de licitación atendiendo a los flujos futuros de caja que se prevea obtener por la explotación de la concesión, y con un mínimo garantizado por la Administración del 50% de dicho tipo de licitación, en el caso de que el sistema de subasta fracase.

En definitiva, en caso de fracaso del proyecto, y subrayadamente en los supuestos de declaración de concurso o de insolvencia, el concesionario no será compensado por el coste invertido sino por el valor actual de la concesión, asumiendo de este modo el riesgo del proyecto, toda vez que no va a recibir más de lo que percibiría de haber continuado explotando la concesión, sin perjuicio de posibles ganancias de eficiencia que pueda aportar el nuevo titular de la explotación salido de la subasta de la concesión⁶⁹.

En cambio, cuando la causa es imputable a la Administración este valor no es suficiente pues no alcanza a cubrir el daño emergente causado al concesionario con la resolución y al que tiene derecho, sin perjuicio, como luego se dirá, del derecho también al lucro cesante. Como fórmula para calcular dicho daño emergente el legislador ha decidido

⁶⁹ GANUZA FERNÁNDEZ y GÓMEZ AVILÉS-CASCO (2015: 114).

mantener la regulación hasta ahora existente que determina la indemnización atendiendo a los gastos efectivamente realizados por el concesionario, es decir, al importe de sus inversiones; descontando naturalmente las amortizaciones, para cuya determinación se utilizará un criterio de amortización lineal de la inversión.

Descendiendo a los detalles del régimen jurídico de la RPA, cuando la concesión se resuelve por causa no imputable a la Administración, el órgano de contratación debe licitarla de nuevo para hallar su valor de mercado. A tal fin se utiliza el sistema de la subasta, que de este modo revive por sorpresa en nuestro ordenamiento tras su eliminación en 2007 (sin perjuicio, claro está, de las subastas electrónicas)⁷⁰.

El objeto de la subasta es la concesión resuelta permaneciendo inalteradas todas sus cláusulas, incluso el plazo de duración que será el que reste hasta su cumplimiento o completa extinción, esto es, hasta el momento en que se hubiera previsto su rescate. A su vez, el nuevo concesionario se subrogará en la posición del primitivo y queda incluso obligado a la realización de las actuaciones vinculadas a las subvenciones de capital percibidas por el antiguo concesionario cuando no se haya cumplido la finalidad para la que se concedió la subvención.

Toda vez que la resolución de la concesión, como la de cualquier otra modalidad contractual, da lugar a su extinción (artículo 209 de la LCSP) y que el artículo 281.3 de la LCSP se refiere expresamente al “*contrato resultante de la licitación*” y a que dicho contrato resultante tiene “*en todo caso la naturaleza de contrato de concesión*”, podría afirmarse que se trata de un nuevo contrato y no de una simple continuación del anterior. Sin embargo, la concesión permanece inalterada, sin que quepa introducir en ella modificación alguna en su contenido, en los derechos y obligaciones, en el equilibrio económico y financiero que sirvió de base para su adjudicación; en definitiva, los pliegos

⁷⁰ Para una crítica de la eliminación de los términos subasta y concurso por la LCSP, véase FERNÁNDEZ ACEVEDO (2014: 26-27).

de cláusulas no se modifican. La única variación que se produce es la relativa a la persona del concesionario por lo que sería más correcto calificar jurídicamente la operación diseñada por el legislador como una novación subjetiva, o como dice LOZANO CUTANDA, “una especie de ‘subrogación sobrevenida’”⁷¹.

Sea como fuere, y aunque se considere que se trata de un nuevo contrato, ello no autoriza a las partes a introducir en él modificación alguna, sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de modificación de los contratos y del derecho al restablecimiento del equilibrio económico cuando se produzcan las circunstancias que lo habilitan.

Por otro lado, la determinación del tipo de licitación se realiza según las reglas, ciertamente complejas, previstas en el artículo 282 de la LCSP:

a) El tipo se determina en función de los flujos futuros de caja que se prevea obtener por la sociedad concesionaria, por la explotación de la concesión, en el periodo que resta desde la resolución del contrato hasta su reversión, actualizados al tipo de descuento del interés de las obligaciones del Tesoro a diez años incrementado en 300 puntos básicos.

b) Los flujos netos de caja futuros se cuantifican en la media aritmética de los flujos de caja obtenidos por la entidad durante un período de tiempo equivalente a la menor de las dos cantidades siguientes: tiempo que reste hasta la extinción del contrato o tiempo transcurrido desde su adjudicación. No se incorporará ninguna actualización de precios en función de la inflación futura estimada.

c) El valor de los flujos de caja será el que el Plan General de Contabilidad establece en el Estado de Flujos de Efectivo como Flujos de Efectivo de las Actividades de Explotación sin computar en ningún caso los pagos y cobros de intereses, los cobros de dividendos y los cobros o pagos por impuesto sobre beneficios.

⁷¹ LOZANO CUTANDA (2015: 1).

d) Si al momento de la resolución las obras estuvieran aún en construcción, el tipo de la licitación será el 70% del importe equivalente a la inversión ejecutada. A estos efectos se entenderá por inversión ejecutada el importe que figure en las últimas cuentas anuales aprobadas incrementadas en la cantidad resultante de las certificaciones cursadas desde el cierre del ejercicio de las últimas cuentas aprobadas hasta el momento de la resolución. De dicho importe se deducirá el correspondiente a las subvenciones de capital percibidas por el beneficiario, cuya finalidad no se haya cumplido.

La convocatoria de la licitación puede realizarse antes de que tenga lugar la resolución pero siempre una vez iniciado el procedimiento administrativo para declararla. Con todo, el acto de adjudicación no puede dictarse hasta que dicho procedimiento haya concluido. Además, desde dicha conclusión hasta la apertura de las ofertas de la primera licitación no podrá transcurrir un plazo superior a tres meses.

A la licitación puede presentarse cualquier empresario que comunique previamente al órgano de contratación su voluntad de participar en la licitación para obtener la oportuna autorización administrativa que debe notificarse al interesado en el plazo máximo de 15 días (naturales). Dicha autorización tiene carácter reglado y debe otorgarse siempre que el peticionario cumpla los mismos requisitos de capacidad y solvencia exigidos en su día al concesionario.

Nada se prevé acerca del anuncio y plazos de presentación de proposiciones, por lo que serán de aplicación las normas generales dirigidas a adjudicar un contrato con un único criterio de valoración de las ofertas que será el precio, siendo de aplicación los artículos 131 y siguientes de la LCSP⁷².

Si el procedimiento licitatorio tiene éxito y la concesión se adjudica, el beneficiario debe abonar a la Administración el importe de la adjudicación en el plazo de

⁷² Cfr. GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ (2016: 4).

dos meses desde la misma, quedando en otro caso sin efecto la adjudicación, lo que dará lugar a una nueva adjudicación al siguiente licitador por orden, si lo hubiere. Por su parte, la Administración debe abonar al primitivo concesionario el valor obtenido en la licitación en el plazo máximo de tres meses desde la adjudicación.

Si por el contrario la subasta fracasara, bien por quedar desierta o bien por no abonarse por el adjudicatario el importe de la adjudicación y no haber más licitadores, se convocará una segunda, en el plazo máximo de un mes, en la que el tipo de licitación será el 50% de la primera. Si esta segunda subasta también quedara desierta, el valor de la concesión será el tipo de esta, es decir, el 50% del tipo de licitación de la primera subasta. Este es el único valor que en todo caso tiene garantizado el concesionario.

Con todo, producido el doble fracaso de las subastas, el primitivo concesionario o los acreedores que sean titulares al menos de un 5% del pasivo exigible de la concesionaria, pueden presentar un nuevo comprador que abone al menos el citado tipo de licitación (es decir, el 50% del tipo de la primera subasta). Podrá presentarse dicho comprador en el plazo máximo de tres meses a contar desde el momento en que la segunda subasta quedó desierta.

Por supuesto, cuando la resolución del contrato tenga lugar por una causa imputable al concesionario, se le incauta la fianza y si no alcanza para cubrir todos los daños y perjuicios realmente ocasionados se le impone la obligación de indemnizar por el exceso no cubierto por la garantía incautada.

Cuando la resolución de la concesión se produce por una causa imputable a la Administración, esta debe abonar al concesionario, como se dijo, el importe de las inversiones que hubiere efectivamente realizado por razón de expropiaciones, obras y adquisición de bienes necesarios para la explotación de la obra o servicio de que se trate, atendiendo a su grado de amortización.

Además, en los supuestos de rescate y supresión de la explotación de la obra o del servicio, de imposibilidad de la explotación de la obra o del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato, así como en casos de demora superior a seis meses en la entrega por el órgano de contratación

de la contraprestación, de los terrenos o de los medios auxiliares a que el órgano de contratación se obligó según el contrato, a aquella obligación se le añade el deber de indemnizar los daños y perjuicios irrogados al concesionario.

Se plantean en este punto dos cuestiones principales. La primera, si fuera de estos cuatro supuestos previstos de modo expreso, es decir, cuando la resolución del contrato se produce por otras causas también imputables a la Administración, el concesionario tiene o no derecho a la reparación de los daños y perjuicios. Y la segunda, cuáles son los criterios para determinar la cuantía de esta indemnización.

Por lo que se refiere a la primera, la regla constitucional de indemnidad frente a toda lesión consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos que los particulares sufran en sus bienes y derechos, salvo casos de fuerza mayor (artículo 106.2 de la CE), impone la obligación de resarcir los daños y perjuicios y, por ende, la aplicación de las reglas que inmediatamente se verán. Así se prevé expresamente en los artículos 280.3 y 295.4 de la LCSP, cuando tras referir los cuatro supuestos aludidos (demora, rescate, supresión de la explotación o imposibilidad de la misma), añaden “*y en general en los casos en que la resolución del contrato se produjera por causas imputables a la Administración*”.

En cuanto a la segunda, los criterios para determinar la cuantía de la indemnización son los siguientes:

1º) El lucro cesante. Los beneficios futuros que el primitivo concesionario de obras o de servicios dejará de percibir se cuantifican sobre la base de la media aritmética de los beneficios antes de impuestos obtenidos durante un período de tiempo equivalente al menor de los siguientes lapsos de tiempo: el número de años que restan hasta la terminación de la concesión o el tiempo transcurrido desde su adjudicación. Asimismo, se aplicará una tasa de descuento en base al coste de capital medio ponderado correspondiente a las últimas cuentas anuales del concesionario.

2º) El daño emergente. Para determinar su cuantía se toma en consideración la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a la Administración, teniendo en cuenta su grado de amortización.

Esta nueva regulación ha sido objeto de crítica por suponer un drástico recorte de las garantías del concesionario que, sin justificación, altera el sistema de protección de los inversores en los supuestos de resolución de las concesiones, especialmente cuando no es imputable a la Administración pero tampoco al concesionario (insolvencias no culpables)⁷³. Sin embargo, la nueva regulación, como se ha visto, no elimina la RPA sino que más bien la limita de tal modo que cuando la resolución no es imputable a la Administración el riesgo lo asuma el concesionario. Así lo exige la Directiva 2014/23/UE para que pueda hablarse de concesión y, por ende, aplicar su régimen jurídico y no el de los contratos contenido en la Directiva 2014/24/UE. Así lo requiere también el sistema europeo de cuentas SEC-2010 para que la operación no se incluya en el perímetro de deuda pública. Y lo imponen, además, los principios de eficacia y eficiencia de la contratación pública, pues la asunción del riesgo operacional resulta imprescindible para que las empresas tengan incentivos para, primero, proponer proyectos y ofertas realistas y, segundo, llevar a cabo la más diligente gestión.

En todo caso, como ha puesto de relieve el Profesor GIMENO FELIÚ⁷⁴ es indispensable que los aspectos económico-financieros de los pliegos de la licitación se ajusten a la realidad y complejidad de la prestación pues una inadecuada planificación financiera implica una mayor exposición al fracaso de la concesión lo que perjudica a la empresa concesionaria y a la propia Administración, es decir, al interés público. El diseño del pliego con prudencia y realismo es el mejor instrumento para preservar las reglas de la

⁷³ LOZANO CUTANDA (2015: 2 y 5).

⁷⁴ GIMENO FELIÚ (2014a: 22).

contratación pública y, añadido yo, para evitar la realización de proyectos con baja o nula rentabilidad social, los denominados “elefantes blancos”.

4. BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL BLAY, MIGUEL ÁNGEL (2010): *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas <paraconcesionales>*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, RAFAEL (2014): “Los criterios para adjudicar los contratos y el nuevo derecho europeo de la contratación pública”, en *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 131, mayo-junio, págs. 26-46.
- GANUZA FERNÁNDEZ, JUAN JOSÉ y GÓMEZ AVILÉS-CASCO, FERNANDO (2015): “El reparto óptimo de riesgos en las relaciones público-privadas”, en *Economía industrial* núm. 398, págs. 111-115.
- GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (2014a): “Concesiones y colaboración con el sector privado. El sistema de aseguramiento de riesgos mediante RPA y su incidencia en la competencia”, en las *VII Jornadas Nacionales de Derecho de la Competencia*, Barcelona 16 de julio, págs. 1-25.
- , 2014b): *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).
- , (2012): “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 156, octubre-diciembre, págs. 17-57.

- GÓMEZ-FERRER MORANT, RAFAEL (2004): “El contrato de concesión de obras públicas: disposiciones generales”, en la obra colectiva dirigida por el propio autor, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Civitas-Thomson, Madrid, págs. 1085-1120.
- GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, NICOLÁS (2016). “La nueva responsabilidad patrimonial de la Administración de las concesiones de acuerdo con la Ley 40/2015”, en *Actualidad Administrativa* núm. 4, Sección Actividad Económica de la Administración, La Ley, abril, págs. 1-5.
- , (2015): “Cuestiones de actualidad acerca de la Actividad Económica de la Administración”, en *Actualidad Administrativa* núm. 6, Sección Actividad Económica de la Administración, La Ley, junio, págs. 10-16.
- HERNANDO RYDINGS, MARÍA (2012): *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).
- LAZO VITORIA, XIMENA (2015): “Contratos públicos, concesiones y contratos mixtos. Novedades en las nuevas directivas de contratación pública”, en la obra colectiva *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico especial. Las nuevas Directivas de contratación pública. (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española de Derecho Administrativo)*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), págs. 423-435.
- , (2013): “El futuro del mercado concesional en Europa”, en *Revista CEFEGAL. CEF* núm. 154, noviembre, págs. 137-174.
- LOZANO CUTANDA, BLANCA (2015): “Nuevo régimen de resolución de las concesiones de obras públicas y drástica reducción de la RPA del concesionario en el Proyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”, en *Análisis GA&P*, septiembre, págs. 1-5; accesible en (último acceso 09/06/2016):

<http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/nuevo-regimen-de-resolucion-de-las-concesiones-de-obras-publicas-y-drastica-reduccion-de-la-rpa-del-concesionario-en-el-proyecto-de-ley-de-regimen-juridico-del-sector-publico.pdf>.

- MACHO PÉREZ, ANA BELÉN y MARCO PEÑAS, ESTER (2014): “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda públicos: análisis de los criterios de Eurostat”, en *Revista de Administración Pública* núm. 194, mayo-agosto, págs. 437-474.
- MARTÍN PERROTTO, JUAN y VÁZQUEZ LÓPEZ, JOSÉ LUIS (2010): “Los contratos detrás de los contratos de concesión de obras públicas: la estructuración contractual de la financiación de proyectos”, en la obra colectiva dirigida por Adolfo Menéndez Menéndez, *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), págs. 501-566.
- MENÉNDEZ GARCÍA, PABLO y FERNÁNDEZ ACEVEDO, RAFAEL (2010): “Análisis histórico-jurídico de la concesión de obra pública”, en la obra colectiva dirigida por Adolfo Menéndez Menéndez, *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), págs. 51-102.
- MIGUEZ MACHO, LUIS (2015): “La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la directiva 2014/23/UE: repercusiones para el Derecho español”, en la obra colectiva *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico especial. Las nuevas Directivas de contratación pública. (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española de Derecho Administrativo)*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), págs. 395-409.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA (2016): “La Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de Servicios de Interés General”, en el libro colectivo,

Servicios de Interés General, colaboración público-privada y sectores específicos, Giappichelli, Turín, 2016, págs. 77-128.

-, (2012): “Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos”, en la obra colectiva dirigida por José María Gimeno Feliú, *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), págs. 435-462.

-VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, RAMÓN (2012): “Proyecto de Directiva de Concesiones”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* núm. 32, págs. 55-65.

-VILLAR ROJAS, FRANCISCO (2016): “La resiliencia del contrato de gestión de servicio público frente a las normas europeas de contratación pública”, en la obra colectiva dirigida por Francisco L. Hernández González, *El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), págs. 285-306.

-, (2007): “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, en *Revista de Administración Pública* núm. 172, enero-abril, págs. 141-188.

-ZAMARRO, JOSÉ LUIS (2015): “Se acelera y ajusta la modificación del régimen de la RPA en concesiones y la prenda de derechos de crédito futuros”, *Clifford Chance*, julio; accesible en (último acceso 09/06/2016): [HTTPS://WWW.CLIFFORDCHANCE.COM/BRIEFINGS/2015/07/SE ACELE RA Y AJUSTA LAMODIFICACIONDELREGIME.HTML](https://www.cliffordchance.com/briefings/2015/07/se_acele_ra_y_ajusta_la_modificacion_del_regime.html).