

REIVINDICACIÓN DE UNA CULTURA DE GESTIÓN CONCESIONAL.**APUNTES CRÍTICOS SOBRE EL PROYECTO DE LEY BÁSICA**THE MERITS OF A CONCESSIONAL ADMINISTRATION CULTURE.  
CRITICAL REVIEW OF THE DRAFT REGULATORY LAW  
FOR PUBLIC WORKS CONCESSIONS

ALBERTO RUIZ OJEDA.

*Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga*

**RESUMEN:** La concesión de obra pública es una técnica de regulación para la provisión y gestión de ciertos bienes y recursos denominados infraestructuras. Consiste, precisamente, en una regulación mediante contrato. Sin una adecuada cultura de gestión concesional, plasmada en instancias y sin mecanismos reguladores adecuados, cualquier legislación sobre la concesión es inoperante: la administración de los contratos concesionales requiere aptitudes específicas y técnicas de organización de las que, hoy por hoy, carecemos en España. De un modo u otro, la ubicación más correcta del régimen legal de la concesión de obra pública es la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Dicho régimen legal debe salvaguardar a toda costa el principio de asignación efectiva de riesgos al concesionario, del que la retribución que obtiene es su justa compensación. Esto es particularmente importante en materia de garantías públicas a los proyectos: quien las quiera, que las pague.

**PALABRAS CLAVE:** CONCESIÓN, RIESGOS, GARANTÍAS, REGULACIÓN

**ABSTRACT:** The concession of public works is a legal means of providing and administering certain assets and resources deemed as infrastructures. The method consists of establishing control by means of contract. All legislation regarding concessions will be totally ineffective if there is an inadequate culture of concessional administration as established by law and if there are unsuitable regulatory mechanisms, as the administration of concessional contracts requires specific attributes and organizational techniques which are not available in Spain at the present. The legal system of public works concessions would be more fittingly placed within Public Contract Law. The said legal system should endeavour to safeguard the principle of effective risk allocation to the concessionaire and ensure that these, in turn, receive due and fair retribution for the same. This is particularly important in terms of public guarantees for works, regardless of who is paying for the same.

**KEYWORDS:** CONCESSION, RISKS, GUARANTEES, REGULATION

Agradezco la oportunidad que se me brinda para expresar con brevedad algunas de mis opiniones sobre el Anteproyecto de un texto legal como es la llamada Ley Básica Reguladora de la Concesión de Obras Públicas, cuya elaboración y tramitación, están dando lugar a un fructífero debate y al siempre saludable contraste de pareceres en los que se ven implicados, tanto los agentes públicos y privados como los sectores profesional y doctrinal. Puedo asegurar que si el interés o curiosidad del lector no quedan satisfechas con este parco ensayo, habrá dedicado una pequeña parte de su precioso tiempo a comprobarlo.

### **1. UNA PREGUNTA INTRODUCTORIA: ¿LEGISLAS O TRABAJAS?**

Me cuento entre los que piensan que hay pocas leyes que puedan ser consideradas realmente necesarias. Cada vez estoy más convencido de que la Ley Reguladora de la Concesión de Obras públicas no se encuentra dentro de ese selecto grupo, y creo sinceramente que esto queda acreditado por el progresivo deterioro de su contenido a lo largo de un tortuoso proceso de elaboración. Lo que empezó siendo un texto ambicioso y plagado de errores subsanables, puede terminar en

desecho de tintera como resulta de todas las lidias a las que se está viendo sometido, la penúltima de ellas –se supone que la última será su tramitación parlamentaria iniciada con la publicación del Proyecto en el Boletín Oficial de las Cortes (Congreso de los Diputados) del 21 de junio de 2002–, el preceptivo trámite de informe por el Consejo de Estado. La idea inicial parece que era la de sustituir un fósil normativo como la Ley General de Obras Públicas, de 13 de mayo de 1877, todavía formalmente en vigor, por un marco legal actualizado que sirva de cobertura a una nueva época de aplicación masiva de la concesión, pensando sobre todo en el Plan de Infraestructuras 2000-2007. Estamos ya con el 2002 prácticamente vencido y la Ley Concesional está todavía en fase de Proyecto. Es sabido que se han adjudicado ya importantes volúmenes de obras públicas en concesión: ¿cambiará algo la aparición de la nueva Ley?

Habría que recordar dos cosas que tal vez no se hayan tenido suficientemente en cuenta. La primera es que no estamos en el siglo XIX y los imperativos codificadores ya no son

El Proyecto de Ley Concesional arrancó desde la lógica de las autopistas de peaje, nuestro último fracaso generalizado de gestión en régimen de concesión y fue, además, promovido por el entorno empresarial curtido en tan nobles lides

tan categóricos. La segunda, que la experiencia de establecer una norma con vocación de generalidad, como fue la de Obras Públicas, y, por tanto, con pretensiones de referencia vinculante para los diferentes sectores de obras y servicios fue un estrepitoso fracaso, y esa es una lección que debería quedar bien aprendida. Cada ámbito sectorial fue realmente independiente: los ferrocarriles siguieron su orientación propia o, por mejor decirlo, su errática desorientación, y posteriormente, ya a finales del siglo XX, con las autopistas de peaje sucedió casi otro tanto. Contar con una Ley General de Obras Públicas

durante este último siglo y medio está resultando incluso elegante: nadie se preocupa de derogar expresamente una norma que no se aplica, por eso el Proyecto de Ley Concesional tampoco lo hace. Ha sido la legislación de contratos de las Administraciones Públicas la que, progresivamente, ha ido ocupando ese terreno de difícil delimitación que es la legislación de aplicación general, hasta adquirir el formato codificado que actualmente tiene y resultar de aplicación común a los diferentes ámbitos sectoriales. Los fósiles son un objeto necesario de estudio, pero eso no debe llevarnos a ejercicios legislativos de reposición jurásica.

El Proyecto de Ley Concesional arrancó desde la lógica de las autopistas de peaje, nuestro último fracaso generalizado de gestión en régimen de concesión y fue, además, promovido por el entorno empresarial curtido en tan nobles lides. Objetivo: la seguridad jurídica para atraer inversiones del sector privado. Medios: beneficios fiscales y garantías

públicas. Por fortuna, la oposición frontal de los Ministerios de Economía y Hacienda ha hecho que casi nada de eso quede en las últimas versiones del texto del Proyecto. Sí se mantiene, en buena medida, la intención de regular con carácter general la institución concesional, con expresa exclusión de otras figuras más o menos afines a la concesión, lo cual va en franca contradicción con esa teórica vocación de generalidad.

Demos un repaso a lo que la Administración ha hecho consigo misma, es decir, con su propia organización y sus modos de actuación mientras se tramita la Ley Concesional. En el ámbito organizativo nos encontramos con lo de siempre: entidades instrumentales concebidas para eludir controles presupuestarios y camuflar endeudamiento, y poco más. En el de la licitación y adjudicación de concesiones, *more of the same*: reparto de la tarta como buenos hermanos y con la música de la competencia a otra parte. Aquí es donde, precisamente, hay que empezar a cambiar las cosas, y para eso no se necesita una cobertura normativa con rango de ley. Los Ministerios con gran capacidad de inversión, básicamente Fomento y Medio Ambiente, no han movido un solo músculo para dotarse de equipos de trabajo capaces de hacer frente a una aplicación masiva de la técnica concesional, que es lo que, según el Plan de Infraestructuras 2000-2007, se le está viniendo encima. Para tramitar con dignidad proyectos de concesiones se requieren capacidades analíticas especiales e independencia en relación con la línea de decisión jerárquica, de la que carecen por completo todos y cada uno de los órganos de contratación de la Administración Pública. Este trabajo es políticamente desagradecido pero de una enorme utilidad social. Mi propuesta es la siguiente: establecer una desvinculación jerárquica entre las instancias planificadoras, las de adjudicación y las de configuración de los expedientes y pliegos de contratación. En lugar de intentar trazar un modelo unitario mediante legislación básica, el Estado debería valerse de la influencia mimética que su organización todavía tiene sobre las demás Administraciones Públicas para establecer una referencia fiable en este aspecto tan decisivo.

Y qué decir de constructoras y banqueros. Con alguna honrosa excepción, los sectores industrial y financiero han visto casi siempre en los proyectos concesionales el origen de quebraderos de cabeza sólo asumibles a cambio del engorde de sus negocios tradicionales: cartera de obras y servicios públicos, comisiones y pasivo con bajo riesgo. Eso de que el futuro de las concesiones de obra pública pasa por las operaciones de titulación de derechos de cobro es algo que quien conozca medianamente bien la historia reciente de esas operaciones no puede aceptar: no titula quien quiere, sino quien puede, y si el proyecto no está bien armado es imposible colocar el papel en el mercado. No soy yo al primero al que se le ha ocurrido que sería buena idea exigir a los miembros de los consorcios adjudici-

catarios experiencia en gestión de concesiones y no en contratos de obra, con el fin de estimular la creación de un tejido empresarial distinto: el de operador y explotador de infraestructuras. Aquí sí que vendría bien desarrollar legalmente la obligación de que el concesionario licite, en régimen de publicidad e igualdad de trato, las obras que deban llevarse a cabo, en lugar de permitir que las constructoras integradas en el consorcio o sus subsidiarias se queden directamente con ellas.

Leyes ha habido y seguirá habiendo muchas, unas buenas y otras no tanto. Aunque el Proyecto de Ley concesional deja mucho que desear, puedo asegurarles que existen en vigor normas mucho peores. Regular no se identifica con legislar. El difícil arte de regular tiene más que ver con gestionar que con legiferar. El que sabe algo lo hace, lo gestiona, el que no, dicta leyes. Puede regularse sin leyes, pero no se puede regular sin instancias regulatorias (soporte organizativo de la regulación) y sin técnicas e instituciones regulatorias (instrumentos de gestión de la regulación). El ejemplo más claro de regulación sin legislación es la concesión, que consiste, como dice entre otros muchos COLLINS, en una *regulación mediante contrato (regulation by contract)* (1). La concesión constituye, en realidad, la técnica de regulación más sencilla y, por tal razón, la primera que fue utilizada: basta con hacer un contrato que, como *lex inter partes* organice el intercambio de recursos y los procesos productivos. La concesión moderna es el origen de casi todas las formas y técnicas de regulación que hoy día conocemos. Regular es una suerte de asistencia e implementación, que consiste en suplir a los intercambios basados en relaciones voluntarias por las externalidades y costes de transacción a ellas asociadas, pero de manera tal que dichas relaciones voluntarias queden, al menos potencialmente, presentes. Un contrato regulatorio como es la concesión pretende suplir un conjunto de contratos voluntarios cuyo funcionamiento es imposible, por tanto, sustituye la competencia en el mercado (*competition within the market*) por la competencia para hacerse con el mercado (*competition for the market*). Como ya he hecho notar en otro lugar, los contratos concesionales requieren instancias regulatorias que sean capaces de gestionar un contrato incompleto, y esa misión reguladora no puede quedar cubierta por la Administración que adjudica el contrato concesional (2). Y cuando los problemas reales desbordan ampliamente lo

#### **1º NIVEL**

##### ÓRGANOS DE PLANIFICACIÓN:

- >Coordinación general del sistema.
- >Integración de proyectos asimétricos en las redes.
- >Definen los proyectos.

#### **2º NIVEL**

##### ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN:

- >Tramitan los expedientes.
- >Adjudican los contratos.
- >Ejercen "*Ius Variandi*".

#### **3º NIVEL**

##### INSTANCIAS REGULADORAS:

- >Emiten orientaciones ("*Guidelines*").
- >Definen Pliegos Grales. ("*Standard Forms*").
- >Ejercen control tarifario y valoran incidencias.
- >"*Ius Variandi*": consultas preceptivas y vinculantes.

que el legislador puede hacer, es mejor dedicar esfuerzos a gestionarlos directamente.

Esto me obliga a hacer una propuesta de organización de instancias reguladoras en materia de concesiones. Me atrevo a formularla mediante el esquema adjunto.

## **2. EL DEFECTUOSO POSICIONAMIENTO DE LA FUTURA LEY CONCESIONAL EN EL CONJUNTO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO: ALGO SOBRE EL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO**

Suscribo plenamente el criterio del Consejo de Estado de que el Anteproyecto de Ley Concesional eligió erróneamente, al menos en gran parte, su posición en el conjunto de nuestro ordenamiento jurídico. No parecía ser consciente de su vocación de ley general y, una vez incorporada esa percepción incorrecta, perdía la oportunidad que le brindaba limitarse a modificar la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y desarrollar con mayores pormenores en esa sede el parco tratamiento de la concesión de obra pública (3), para ganar un vigor regulador y una capacidad de incidencia sobre los ámbitos sectoriales que el Anteproyecto pretendía ganarse a golpe de derogación expresa. Esto pone de manifiesto una lección mal aprendida: *donde las dan las toman*, el que juega a derogar puede ser también derogado. La fortaleza y perdurabilidad demostradas por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas dotaría a la futura Ley Concesional de una fuerza normativa mucho mayor de la que puede tener en solitario, por lo que una nueva autorización al Gobierno de la Nación para incluir mediante Real Decreto Le-

(1) Cfr. H. COLLINS, *Regulating Contracts*, Oxford University Press, Oxford 1999, especialmente en relación con la concesión, pp. 243 y ss.

(2) Cfr. A. RUIZ OJEDA, *El futuro marco legal de la financiación privada de infraestructuras: algunas propuestas*, en *La nueva era de la gestión privada de las infraestructuras de carreteras en el mundo*, Asociación Española de la Carretera, Madrid 2000, pp. 448-450, y *Análisis jurídico del futuro marco regulador de la concesión de obra pública. Algunas propuestas para el sector de carreteras*, Contratación, construcción y explotación de carreteras en España, Asociación Española de la Carretera, Madrid 2001, pp. 105-107.

(3) Véase, a este respecto, el apartado V.1 del Dictamen evacuado en relación con el Anteproyecto de Ley Concesional, con fecha 5 de diciembre de 2001 y n° de Expediente 3375/2001.

gislativo en el Texto Refundido de la Ley de Contratos el contenido de la Ley Concesional me parece una solución muy inteligente para extender, tanto material como temporalmente, su capacidad reguladora aunque, claro está, a costa de prescindir de la existencia separada de la Ley Concesional.

Pero el Dictamen del Consejo de Estado se equivoca, siempre según mi parecer, a la hora de respaldar lo que considero el punto más débil de toda la operación de puesta en escena de la Ley Concesional. Dice el Consejo que "se incorpora a la Memoria justificativa un documento que, a modo de 'memoria económica', señala que las medidas contenidas en el Anteproyecto no afectarán a los ingresos y gastos de la Administración General del Estado, en la medida en que se limita a regular una figura contractual plenamente actualizada y enriquecida en sus posibilidades, *sin exigir reformas organizativas*, creación de estructuras burocráticas o establecimiento de ayudas

El que diga que sólo con garantías públicas se logrará la implicación del capital privado en la financiación de infraestructuras se equivoca rotundamente

o beneficios económicos de cualquier índole que graven los presupuestos de gasto de las Administraciones Públicas interesadas" (4).

Como ya he dicho, la creación de nuevas estructuras de regulación y gestión de los contratos concesionales es, precisamente, lo esencial. Pero tampoco es del todo cierto que el Anteproyecto de Ley Concesional informado por el Consejo de Estado supusiera una neutralidad presupues-

taria para las Administraciones Públicas concedentes, no sólo porque previa expresamente las concesiones en régimen de *peaje-sombra* (art. 31.4), es decir, con pagos por la Administración en función de los flujos o volúmenes de uso, sino porque introducía fórmulas de asistencia financiera pública a los proyectos de la más variada índole, bajo la forma de aportaciones (art. 32: anticipos reintegrables, subvenciones) y créditos participativos (art. 44.3), sin contar con la posibilidad, siempre presente, de otorgamiento de avales u otro tipo de garantías colaterales.

Quiero decir con esto, en definitiva, que el impacto de la futura Ley Concesional es mucho mayor del que en principio cabría prever y que dicho impacto supera con creces lo que un análisis pegado al texto del Anteproyecto —como el que, por ser su obligación, hace el Consejo de Estado— es capaz de percibir. Por eso me parecía importante dedicar el último epígrafe de mi trabajo a un tratamiento, no tan profundo como tal vez fuera necesario, de las garantías públicas en los proyectos concesionales en relación con el principio de verdadera asignación de riesgos al concesionario.

### 3. OBSTÁCULOS Y ESTÍMULOS PARA UNA GENUINA CULTURA DE GESTIÓN CONCESIONAL: LAS GARANTÍAS PÚBLICAS Y EL RIESGO DEL CONCESIONARIO

La pregunta que debemos responder para saber si hay una verdadera asignación de riesgos al concesionario es, desde mi punto de vista, la siguiente: ¿qué pasa si las cosas salen mal?, es decir, ¿quién paga? Sólo hay dos opciones: por una parte la Administración y, por otra, los acreedores y accionistas de la empresa concesionaria. Así se condensa el juego de incentivos en que, como diría BLACKMON (5), toda técnica de regulación consiste.

Se trata de un interrogante cuya formulación suscita no ya miedo, sino pavor, especialmente entre las entidades financieras, primero, y, en segundo lugar, entre las constructoras y su prolongación natural que son las empresas concesionarias. La idea que tenemos en nuestro país es que el sector privado sólo aportará capitales a la financiación de infraestructuras si hay garantías adecuadas de rentabilidad. Ya sabemos lo que eso significa: que la Administración es la que, de un modo u otro, debe asegurar el buen fin de los proyectos. No hablo de conjeturas: las autopistas españolas son el mejor antídoto contra la elucubración. Y quien garantiza, paga. El Estado garantizó, y fue él quien pagó, y sigue pagando: otorgó seguros de cambio y avales, rescató concesionarias en quiebra, confirió privilegios fiscales, entre otras cosas. El que diga que sólo con garantías públicas se logrará la implicación del capital privado en la financiación de infraestructuras se equivoca rotundamente. Con garantías públicas de tal guisa lo que se consigue es dar un largo rodeo, con un resultado injusto e ineficiente, y todo para camuflar lo que desde el principio era claro como la luz del día: que la Administración respondía íntegramente, o sea, el *riesgo y ventura de la entidad pública concedente*. Para este viaje no se necesitan tales alforjas.

La cobertura del proyecto por la Administración ha tenido entre nosotros, además de las ya aludidas, una manifestación bien conocida: el derecho del concesionario al mantenimiento del equilibrio económico-financiero. En nuestra tradición concesional esto significa que el empresario tiene asegurados unos beneficios, pero a cambio de aceptar un control sobre su cuantía para que no resulten excesivos. En la práctica, esta técnica viene haciendo patente que el régimen de cobertura no sólo supone una garantía última o extrema de la Administración, sino que atraviesa toda la estructura y la vida entera de la concesión, concretamente en su fase de explotación. Voy a tomarme sólo por esta vez una licencia discursiva: no sólo los trapezistas actúan con una red que les evita dar en el

(4) Antecedente Segundo, letra a), del citado Dictamen, la cursiva es mía.

(5) Cfr. G. BLACKMON, *Incentive Regulation and the Regulation of Incentives*, Kluwer Academic Publishers, Boston 1994, p. 1.

duro suelo con sus huesos, sino que el dueño del circo les permite que tomen café mientras actúan en el trapecio.

Pero todo esto no quiere decir que conferir ciertas garantías públicas equivalga a una ruptura frontal del principio de *asignación sustancial de riesgos* al concesionario; es más, pueden hacerse compatibles. Pretendo sugerir algunas ideas en esta dirección, pero que pueden resumirse así: quien quiera garantías públicas que las pague.

### 3.1. El equilibrio económico-financiero de la concesión sólo debe asegurarse cuando se dan causas estrictamente tasadas

El derecho del concesionario al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión quedaba expresamente establecido por el art. 27.b) del Anteproyecto de Ley Concesional, que se remite a los términos del art. 33 para su desarrollo. Es de justicia decir que la versión del Anteproyecto de Ley que manejo para redactar este artículo (6) ha supuesto un avance muy significativo en este punto en relación con versiones anteriores, hasta incorporar una orientación digna de elogio. En la Memoria del Anteproyecto se decía que "La tradición de nuestro derecho positivo (...) ha consagrado, llamativamente en algunos casos, una interpretación del principio [de equilibrio económico de la concesión] siempre favorable al concesionario, hasta conseguir incluso que el riesgo del contratista desapareciera en ocasiones" (7). Me parece fundamental que el legislador reconozca, como punto de partida, la situación real, porque es la única forma de poder arreglarla. El articulado del Anteproyecto respondía a esta preocupación en el ya citado art. 33 que, según la Memoria, sienta "un principio que define la esencia misma del contrato de concesión: *la necesidad de mantener el equilibrio económico del contrato en los mismos términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario*" (8).

En consonancia con esto, el art. 33.2 limita el derecho del concesionario al equilibrio económico del contrato a tres supuestos:

- a) Modificación de las condiciones de explotación de la obra por la Administración.
- b) Fuerza mayor o actuaciones de la Administración ajenas a la relación contractual que alteren la economía de la concesión.

(6) Tiene fecha de 4 de julio de 2001.  
(7) Cfr. Parte Primera, apartado 3.3.c.)

(8) Cfr. Parte Segunda, apartado 4.4, cursivas en el original, así como el propio texto del art. 33.1 del Proyecto.

No deja de sorprenderme que el legislador sea incapaz de darse cuenta de que ese empeño, que él mismo dice asumir, por impedir que el derecho al equilibrio económico conlleve la conculcación del principio de asignación sustancial de riesgos al concesionario exige un cambio en las técnicas de administración del contrato concesional

- c) Otras circunstancias expresadas en el contrato.

Por emplear expresiones más técnicas, acuñadas en la jerga jurídica, los supuestos son, además de los específicamente establecidos en el contrato: el ejercicio de la *potestas variandi*, la *vis maior* y el *factum Principis*.

Para restablecer el equilibrio perturbado, el art. 33.3 preveía tres medidas: modificación de tarifas, ampliación o reducción —esta última difícilmente comprensible— del plazo concesional y "cualquier otra modificación de las cláusulas de contenido económico incluídas en el contrato".

Hasta aquí, pues, nada esencialmente nuevo. Pero el problema no está en la proclamación, sino en cómo se interpreta y se aplica lo proclamado. El art. 34 del Anteproyecto optaba por lo que ya tenemos: es la Administración concedente la que, en el ejercicio de sus prerrogativas, determina si concurren los supuestos del art. 33.2 y cómo y en qué medida se restablece el equilibrio económico de la concesión. No deja de sorprenderme que el legislador sea incapaz de darse cuenta de que ese empeño, que él mismo dice asumir, por impedir que el derecho al equilibrio económico conlleve la conculcación del principio de asignación sustancial de riesgos al concesionario exige un cambio en las técnicas de administración del contrato concesional.

### 3.2. Cada proyecto debe aislarse financieramente de otros

Para mantener la estructura de asignación de riesgos en el contrato concesional es necesario defender el *particularismo* como nota esencial de la concesión. Y lo es por un doble motivo: para asegurar la correcta identificación y evaluación de los riesgos tanto en la fase de diseño del proyecto como en la de licitación y, en segundo lugar, para evitar que, una vez adjudicada la concesión, la ejecución de las obras o su explotación reciban incidencias no previstas de otros proyectos. De aquí se sigue, entre otras cosas, la regla *una concesión, una empresa concesionaria*, que regía originariamente en materia de autopistas de peaje en España. La regla puede mantenerse si se permite que una misma empresa gestione varias concesiones en régimen de contabilidad separada, aunque con bastante más dificultad, ya que los criterios de imputación de costes se mueven siempre en un terreno escuadrado que dificulta el conocimiento exacto de la situación financiera de cada proyecto concedido, lo cual es esencial cuando, como acabamos de ver, se quiere adoptar decisiones correctas en lo que al equilibrio económico de las concesiones se refiere.

Para ahorrar tiempo, voy a decirlo con toda claridad: la concesión no es un instrumento de inversión masiva en obras públicas, no sirve para gestionar redes porque no tolera la imbricación de proyectos con diferentes soportes financieros y distintas estructuras de costes. Pero esto no significa que los proyectos concedidos no puedan quedar integrados en una red, es más, tendrán que estarlo y tendrán que interactuar con los elementos multimodales que conforman la red, pero financieramente el aislamiento ha de ser real, por eso hay que evitar flujos de fondos entre proyectos distintos, estén gestionados o no mediante concesión, también cuando coinciden, en todo o en parte, las empresas concesionarias o sus socios en la construcción y explotación de diferentes infraestructuras. Estoy diciendo, en suma, que la utilización de la concesión impone un modelo de red financieramente no uniforme y, de paso, una pluralidad de instrumentos de gestión e integración de la red. En definitiva, nada que ver con sistemas *estables, uniformes o duraderos* de provisión y mantenimiento de infraestructuras. Considero que, desde el punto de vista de la concepción y desarrollo de redes, debe mantenerse un criterio de diversidad o pluralidad de técnicas de gestión; esto puede ser difícil de aceptar por los que tienen responsabilidades de planificación, pero empeñarse en la búsqueda de un sistema integral y resistente al paso del tiempo es, a estas alturas, una *fatal arrogancia* porque la evidencia histórica demuestra con toda contundencia que tal cosa es imposible.

En relación con esto último, debo llamar la atención sobre la importancia de la idea de *infraestructuras competidoras*, expresamente defendida por el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre "Tarifas justas por el uso de infraestructuras: Estrategia gradual para un marco común de tarificación de infraestructuras de transporte en la UE", de 22 de julio de 1998 (9), que lleva ínsita la exigencia de que los usuarios tomen decisiones en un marco plurimodal en el que se parte del principio básico de que es él quien paga y, por tanto, es él quien elige.

Hay ejemplos muy claros de cómo la concesión puede emplearse eficazmente como elemento dinamizador de redes de transporte, tanto en el ámbito unimodal (carreteras) como el plurimodal, al tiempo que se emplea la integración de las infraestructuras concedidas en el sistema o en la trama reticular como elemento decisivo para afinar o reforzar las previsiones de flujos de uso. Los casos que mejor conozco están en el Reino Unido: en el ámbito unimodal están los puentes sobre río Severn y los puentes y túneles de Dartford-Thurrock en el Támesis (10); en el plurimodal el de Eurotúnel (11).

En definitiva, la autoridad o autoridades públicas planificadoras deben definir la red, tomar las decisiones pertinentes pa-

ra determinar las diversas herramientas de provisión y explotación que hayan de emplearse y mantener un constante esfuerzo por salvaguardar el equilibrio entre la pluralidad de técnicas y los mecanismos de interrelación entre ellos. La concesión no tolera una dirección centralizada de las empresas concesionarias y sus negocios y, cuando se vulnera ese imperativo, las consecuencias son desastrosas, por injustas. No menos importante resulta implementar con sabiduría los mecanismos de transición entre un modo de gestión y otro, sobre todo cuando estamos ante proyectos concesionales, ya que la concesión de obra pública debe ser concebida y empleada como una técnica transitoria, estrictamente sometida al plazo concesional y, por tanto, liquidada, para dar paso, bien a una nueva concesión, bien a otro modo de gestión. Vista desde las potencialidades que le son inherentes, la concesión es una técnica selectiva y transitoria, vocada al agotamiento, no a su perpetuación. El panorama que nos ofrece el modelo de *concesión globalizada* es el de peajes eternos, expansivos y, normalmente, altos, donde los usuarios son objeto de un permanente ensañamiento impositivo que responde a los designios arcanos de las negociaciones periódicas entre la Administración concedente y las empresas concesionarias. Nada más contrario a los principios constitucionales de igualdad ante las cargas públicas y de legalidad tributaria. Todo empezó con la conculcación del particularismo esencial a las concesiones.

### **3.3. La Administración debe ser retribuida por las garantías que presta a los recursos aportados por terceros y dichas garantías han de otorgarse con criterios selectivos, rigurosos y debidamente justificados**

El Anteproyecto de Ley Concesional hacía de "la diversificación de las fuentes de financiación" la condición básica para que las concesiones de obra pública se desarrollen en régimen de "apertura a los mercados financieros" (12). Además de los créditos y préstamos participativos que, a tenor del art. 44.2 del Anteproyecto, pueda la Administración otorgar "excepcionalmente" al concesionario, son los avales y otros tipos asimilados de garantías colaterales públicas las que, a la luz de la experiencia concesional española, presentan unos problemas más severos para mantener el principio de *asignación sustancial de riesgos*. Es un sarcasmo decir que hay financiación privada verdadera y propia cuando la totalidad o gran parte del endeudamiento del concesionario cuenta con el respaldo de la Administración concedente en condiciones de garantía abstracta o a primera demanda del acreedor (13). Estoy de acuerdo con

(9) COM [1998] 466 final, cfr. nn. 20 y 21.

(10) Puede encontrarse abundante información sobre estos dos proyectos concesionales en los siguientes sitios web: <http://b-t.com/projects/severn2.htm> y <http://www.dartfordrivercrossing.co.uk/>.

(11) He tratado con detalle el caso del enlace ferroviario del Canal de La Mancha en mi artículo: "El Eurotúnel: La provisión y financiación de infraestructuras públicas en régimen de concesión", *Revista de Administración Pública*, n. 132 [1993], pp. 469 y ss.

(12) Cfr. el apartado 3.3.d) de la Memoria.

(13) Considero fundamental, para el entendimiento del régimen jurídico de este tipo de aseguramientos crediticios, el trabajo de M. CERDÁ OLMEDO, *Garantía independiente. (Nueva forma de garantía personal realizable mediante simple reclamación del acreedor, surgida de la praxis del comercio internacional)*, Comares, Granada 1991, 241 pp.

que lo que se pretende es mejorar la calificación crediticia del concesionario y de la deuda que emite en los mercados de capitales y, en consecuencia, captar recursos ajenos con menores costes financieros. Pero lo que me parece rechazable es que se oculten dos cosas: a) que, en tal caso, la deuda del concesionario es, desde el punto de vista financiero, deuda de la Administración concedente; b) que el afianzamiento le sale gratis al concesionario, ya que consigue una reducción de costes financieros sin pagar nada a cambio.

La Comisión Europea viene llamando la atención, desde hace años, tanto sobre la necesidad de limitar con arreglo a criterios estrictos las garantías financieras prestadas por las entidades públicas como sobre la importancia de repercutir sobre la estructura de costes de la concesión una contraprestación por su otorgamiento, normalmente mediante el pago de una prima por parte del concesionario (14). Si el concesionario sale al mercado de capitales a captar recursos con arreglo al criterio de diversificación de fuentes de financiación pero se ofrece una cobertura pública indiscriminada al proyecto en su conjunto, tal diversificación no existe. En definitiva, dicha diversificación demanda una ordenación del pasivo (que contablemente es la parte del balance que da razón de los orígenes de fondos) en función de los riesgos que los potenciales inversores van a adquirir, riesgos que, justamente, determinan la retribución que se obtiene: a mayor riesgo, mayor retribución. Ya sé que esto es absolutamente elemental, pero no acabo de entender porqué no se aplica cuando hablamos de la estructura financiera de un proyecto concesional. Como he puesto de manifiesto en otra ocasión al comentar algunas de las experiencias más recientes de adjudicación de autopistas de peaje en nuestro país, el régimen de garantías públicas indiscriminadas provoca lo siguiente: todos, sean accionistas o acreedores de un tipo u otro, son retribuidos siempre y con total independencia de cuál sea su posición en la estructuración financiera del proyecto, menos la Administración concedente, que es la que garantiza (15).

Hay un aspecto importante en materia de asignación de riesgos de explotación al concesionario que depende directamente de las garantías ofrecidas por la Administra-

La pluralidad de orígenes de los recursos financieros debe corresponderse, en consecuencia, con una pluralidad de riesgos y una pluralidad de coberturas del riesgo de desatención del servicio del endeudamiento por parte del concesionario

ción que ha sido destacado por MODY y KUMAR PATRO: cuando son indiscriminadas o globales, los incentivos de los acreedores para presionar al concesionario en orden a gestionar mejor "se ven diluidos o incluso eliminados" (16). Es lógico, porque, si la Administración avala, los acreedores saben que cobrarán, tanto si el concesionario gestiona bien como si gestiona mal. Todos sabemos el poderoso estímulo que ejerce sobre la diligencia empresarial la presión de los acreedores.

La cuantificación del precio de la garantía pública puede hacerse sin dificultades. Habría, en principio, tres métodos básicos:

- a) La *rule of thumb*: la prima de caución se calcula como la diferencia entre el valor de mercado de la deuda emitida y el valor de mercado de esa misma deuda que se considera libre de riesgo crediticio como consecuencia de la garantía prestada por la Administración.
- b) El criterio del *market valuation*, que se basa en la comparación del valor de mercado de similares títulos de deuda con y sin garantías públicas.
- c) El *option pricing*, basado en el cálculo del precio de las opciones sobre tipos de interés, es decir, de la valoración de las reclamaciones potenciales inherentes al riesgo de incumplimiento.

La pluralidad de orígenes de los recursos financieros debe corresponderse, en consecuencia, con una pluralidad de riesgos y una pluralidad de coberturas del riesgo de desatención del servicio del endeudamiento por parte del concesionario. Es más justo y más eficaz que, cuando se otorga una garantía, se pague por ella ya que las garantías son un bienpreciado en el mercado financiero. Olvidamos con demasiada frecuencia el daño que el otorgamiento de garantías públicas origina en los mercados de capitales, hasta hacer imposible su maduración por la merma de los incentivos en los operadores, intermediarios y emisores.

#### 4. BREVE CONCLUSIÓN

Vayan por delante mis disculpas por el tratamiento desigual y, puede que por esa razón, insatisfactorio, que he hecho de cuestiones enjundiosas, así como por alguna valoración que requeriría de explicaciones más prolijas. Por si sirve de enmienda, me permito terminar con el ofreci-

(14) Hay un Informe de la Comisión Europea que me parece de gran importante, aunque todavía se mantenga como simple documento de trabajo: S. GRIFFITH-JONES, *Garantías de préstamos para grandes proyectos de infraestructura: problemas y posibles enseñanzas con miras a un mecanismo de garantía europeo*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo 1993, 88 pp.

(15) Cfr. "Aplicaciones recientes en materia de financiación privada de infraestructuras en España: entre la financiación presupuestaria diferida y las fórmulas concesionales", en *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España. (Elementos comparativos para un debate)*, Civitas-Instituto de Estudios Económicos, Madrid 2000, especialmente, pp. 179 y ss.

(16) Cfr. "Methods of Loan Guarantee Valuation and Accounting", en *Infrastructure Delivery. Private Initiative and the Public Good*, Economic Development Institute of the World Bank, Washington 1996, p. 195.

miento de algunas conclusiones que resuman las posiciones que aquí mantengo.

La primera es que queda mucho por hacer y por trabajar y que los ímprobos esfuerzos desarrollados para sacar adelante la Ley Concesional van a servir de poco. La reforma de las estructuras administrativas, hecha en clave de regulación, es la tarea más perentoria. Sin esto la realidad de la concesión de obra pública seguirá siendo un espectro de sí misma.

La segunda conclusión que propondría es que habría que retocar en profundidad la posición de la futura Ley en el conjunto del ordenamiento jurídico e incluir su contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Esto haría de la Ley Concesional algo menos vistoso, pero más efectivo desde el punto de vista normativo que es, en definitiva, de lo que se trata. Es una muestra de sensatez que, finalmente y cuando este artículo ya estaba en prensa, el Consejo de Ministros, en su sesión

del 7 de junio de 2002, haya decidido aprobar un texto definitivo de la Ley Concesional para su remisión a Las Cortes que integra en el cuerpo normativo de la Ley de Contratos todo el contenido de aquella.

En tercer lugar, me parece importante pensar con detenimiento sobre la potencial implicación de la Administración en los riesgos de los proyectos concesionales mediante el otorgamiento de garantías o la puesta en práctica de técnicas de atenuación de los riesgos constructivos y comerciales de los concesionarios de obra pública. Para eso no hay nada más justo y eficiente que evaluar financieramente esas garantías y ponerles un precio.

Por último, decir que no estamos hablando de hormigón, ladrillos, asfalto, bonos de titulización y demás artilugios, sino de riesgos y hombres, del reto apasionante que una sociedad grande, libre y abierta, como parece que quiere ser la nuestra, tiene por delante. ■