

Reparto de riesgos en concesiones de infraestructuras ante la crisis económica

María de los Ángeles Baeza Muñoz

Profesora Contratada Doctora, Universidad de Granada, España

Alejandro Ortega Hortelano

Investigador, Universidad Politécnica de Madrid, España

José Manuel Vassallo Magro

Profesor Titular, Universidad Politécnica de Madrid, España

RESUMEN

Los contratos de concesión se basan en el principio de riesgo y ventura del concesionario. Tradicionalmente, los riesgos de construcción y demanda han sido asignados íntegramente a las sociedades concesionarias. Sin embargo, la realidad ha demostrado que los costes de construcción se subestiman mucho y los niveles de tráfico suelen ser inferiores a lo inicialmente planificado.

La situación económica actual ha incrementado aún más las desviaciones que ya existían entre los niveles de tráfico previsto y real. Esta situación, unida a los sobrecostes por expropiaciones a los que tienen que hacer frente muchas de las últimas concesiones adjudicadas por la Administración estatal, las ha puesto al borde del concurso.

La Administración se ha visto obligada a adoptar medidas para tratar de evitar que las sociedades concesionarias entren en concurso porque, entre otros motivos, esa situación repercutiría directamente en un incremento del déficit público en un momento en el que los poderes públicos se centran en reducirlo.

La crisis económica ha venido a reabrir el debate sobre cuál es el reparto de riesgos más adecuado para garantizar el éxito de los contratos de concesión. Este trabajo tiene por objeto reflexionar sobre nuevas fórmulas de asignación de riesgos en los contratos de infraestructuras que contribuyan a que éstos lleguen a desarrollarse con éxito.

1. INTRODUCCIÓN

Entre los años 1996 y 2006 la Administración estatal adjudicó diecisiete tramos de autopistas de peaje. La finalidad era impulsar la inversión en infraestructuras para mejorar la red de carreteras y la competitividad del país. Para ello, se optó por acudir al sector privado mediante la fórmula jurídica de la concesión. En todos los casos los riesgos de expropiación, construcción y operación se atribuyeron a los concesionarios.

La crisis económica iniciada en 2008 está produciendo efectos devastadores sobre las sociedades concesionarias, encontrándose algunas de ellas al borde del concurso. La Administración tiene que enfrentarse a este problema adoptando medidas que no incrementen el déficit público.

Por otro lado, la Comisión Europea ha elaborado una Directiva sobre contratos de concesión para intentar mejorar el desarrollo de los mismos. Entre otras cuestiones, establece cómo deben repartirse los riesgos y cuándo se debe proceder a la modificación de los contratos.

2. ASIGNACIÓN TRADICIONAL DE RIESGOS EN CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURAS

La teoría clásica de asignación de riesgos indica que éstos deben recaer en el agente que mejor pueda controlarlos. Esto no implica que dicho agente sea capaz de tener un dominio absoluto sobre el mismo, puesto que en ese caso el riesgo se eliminaría y no tendría sentido hablar de él.

La transmisión por completo de un determinado riesgo supone atribuir a un agente la responsabilidad absoluta sobre la evolución de la variable, aún cuando esa evolución no dependa íntegramente de su acción. Esto tiene la ventaja de que el agente tendrá que asumir los costes derivados de su mala planificación, operación, etc. Así, uno de los motivos principales por los que se debe realizar un adecuado reparto de riesgos en los contratos de concesiones de infraestructuras y en concreto, en las concesiones de autopistas de peaje, es que permite la generación de eficiencias que repercuten finalmente de forma positiva en la sociedad.

La correcta asignación de riesgos varía según el autor que se consulte (Vassallo e Izquierdo, 2010; OCDE, 2008), pero todos están de acuerdo en que siempre se debe atender a cada caso concreto. Así, la clasificación que Vassallo e Izquierdo (2010) consideran óptima puede verse en la tabla 1. En dicha tabla se clasifican los riesgos atendiendo a tres criterios. En primer lugar, dependiendo del componente del flujo de caja se puede distinguir entre los que afectan a la inversión inicial, los que afectan a los ingresos o a los costes de operación, y los flujos de caja financieros de la concesión. En segundo lugar, atendiendo a su origen se puede diferenciar entre los riesgos de mercado, los riesgos de fuerza mayor o causados por circunstancias imprevisibles y por último, los riesgos políticos y legislativos. En tercer lugar, atendiendo al agente que asume el control o la mitigación de los riesgos, se puede diferenciar entre riesgos asumidos por el propio proyecto, riesgos asegurables, riesgos asumidos o mitigados por el concedente y por último, riesgos mitigados por los propios socios.

Afección del riesgo	Riesgo de mercado	Fuerza mayor o circunstancias impredecibles	Riesgos políticos o legislativos
Inversión	Proyecto Socios	Concedente Asegurable en parte	Concedente Asegurable en parte
Ingresos	Proyecto Socios	Concedente Proyecto	Concedente Proyecto
Costes de operación y financieros	Concedente Proyecto Socios	Concedente Proyecto Asegurable en parte	Concedente Proyecto

Tabla 1. Clasificación óptima de riesgos según Vassallo e Izquierdo (2010)

Existen varias formas de asignar los distintos tipos de riesgos. Por ejemplo, en Reino Unido el proceso de adjudicación que se utiliza es el negociado, lo que implica elevados costes y tiempo de licitación. Al repartirse los riesgos durante la licitación, la probabilidad de una renegociación posterior es baja. Por el contrario, en España el proceso de adjudicación es abierto tras una precalificación, lo que permite reducir los costes y tiempo de licitación. Los pliegos del concurso indican cómo se deben repartir los riesgos. Todos los ofertantes tienen que aceptar esas condiciones, lo que aumenta el riesgo de renegociación, pero con la indudable ventaja de que el número de ofertas presentadas al concurso se incrementa.

2.1. Reparto de riesgos en el sector de autopistas de peaje

Respecto a cómo se han asignado los riesgos tradicionalmente en los contratos de concesiones de autopistas de peaje en nuestro país, se puede indicar que el riesgo técnico o de diseño ha recaído sobre el sector privado, que ha sido el encargado de definir casi por completo los proyectos definitivos. Los riesgos de expropiación, construcción, permisos, operación y fraude se han asignado siempre a los concesionarios.

Por el contrario, el riesgo de demanda se ha mitigado en algunas concesiones mediante la ampliación de los plazos de concesión bajo determinados criterios (Ávila-Villacastín, Segovia-El Espinar, Eje Aeropuerto, Ocaña-La Roda, Madrid-Toledo, Cartagena-Vera, Circunvalación de Alicante y Alto de las Pedrizas-Málaga). También se ha mitigado en algunos casos el riesgo financiero mediante el otorgamiento de préstamos participativos (Alicante-Cartagena, Santiago-Alto de Santo Domingo, León-Astorga, Circunvalación de Alicante).

Los riesgos de disponibilidad y de fuerza mayor se han asignado íntegramente a la Administración concedente. Sin embargo, el riesgo político se ha repartido entre la Administración y el concesionario por el reconocimiento en todos los casos de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Por último, los riesgos medioambiental, legislativo y tecnológico han pasado a transferirse a

los concesionarios desde que se introdujo la cláusula de progreso (Eje Aeropuerto, Ocaña-La Roda, Madrid-Toledo, Cartagena-Vera, Circunvalación de Alicante y Alto de las Pedrizas-Málaga).

3. SITUACIÓN ACTUAL DE LAS CONCESIONES ANTE LA CRISIS ECONÓMICA

Las concesiones de autopistas no han escapado de las consecuencias devastadoras que la crisis económica está produciendo en nuestro país. Por un lado, los niveles de tráfico se han desplomado; por otro, los requerimientos de las entidades financieras para el acceso a la financiación se han endurecido.

Si la economía de un país crece, las concesiones de autopistas greenfield tienden a mejorar su tráfico a lo largo de los años. Las últimas autopistas de peaje españolas tendrían que haber visto incrementar sus niveles de tráfico y sin embargo, éste se ha ido reduciendo drásticamente cuando, teóricamente, se encontraban en su período de mayor crecimiento de tráfico (Vassallo et al., 2012).

Algunas de las autopistas de peaje que compiten con carreteras alternativas libres, como por ejemplo los accesos a Madrid, han visto agravado el problema del tráfico con el sobrecoste de las expropiaciones. Los propietarios de los terrenos expropiados para la construcción de las autopistas acudieron a juicio, ante lo que el Tribunal Supremo entendió en 2008 que las autopistas son sistemas generales viarios que “no cabe duda” están destinados a crear ciudad debido a la existencia de evidentes expectativas urbanísticas y la notoriedad de la escasez de suelo en la Comunidad de Madrid (Ortega et al., 2011).

Los Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 recogieron la necesidad de instrumentar medidas para reequilibrar las concesiones en crisis debido a que los sobrecostes de expropiación y los bajos niveles de tráfico comenzaban a poner en peligro la viabilidad de la colaboración del sector privado en la financiación de infraestructuras. La medida aprobada fue el otorgamiento de préstamos participativos cuya devolución dependía de los ingresos generados. Para que las sociedades concesionarias generasen ingresos que permitiesen devolver el principal y los intereses, se previeron ampliaciones del plazo concesional o elevaciones en las tarifas (Baeza y Vassallo, 2011).

Así, se procedió a la modificación de los términos de la concesión R-2, ampliándose su plazo en más de 14 años e incrementando las tarifas. La concesión R-3 y R-5 también tiene autorización para aplicar un incremento extraordinario de tarifas. Se pretendía que las sociedades concesionarias Henarsa y Accesos de Madrid generasen ingresos suficientes para compensar el importe por obras adicionales y que pudieran atender los préstamos participativos otorgados por expropiaciones. El incremento de las tarifas de la concesión Alicante-Cartagena se dirigió exclusivamente a que la sociedad concesionaria Ausur pueda atender el préstamo participativo otorgado por expropiaciones.

Se prorrogó el plazo concesional en 17 meses a la autopista Alto de las Pedrizas-Málaga. También se autorizó un aumento extraordinario de tarifas para compensar por las modificaciones introducidas en los proyectos de construcción y los gastos que ese mayor volumen de obra implicó.

Posteriormente, los Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 recogieron en su disposición adicional 47ª la posibilidad de fijar los mecanismos necesarios para compensar a las sociedades concesionarias de autopistas por la reducción de peajes que se estableciesen en los entornos urbanos y periurbanos en razón a la mejora de la movilidad y seguridad vial.

La disposición adicional 8ª de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal estableció la posibilidad de que se crease una cuenta de compensación por la cual el Estado pagaría a las sociedades concesionarias la diferencia entre el 80% de los ingresos previstos y los ingresos reales durante los tres años siguientes. Estas aportaciones deberían devolverse a la Administración a un tipo de interés equivalente al de los préstamos participativos hasta ese momento concedidos. Para el ejercicio 2011 el límite de esta medida ascendió a 80,1 millones de euros y las sociedades que podían acogerse a ella eran las titulares de las concesiones administrativas de las autopistas adjudicadas más recientemente: las radiales de Madrid, el acceso a la T-4 del aeropuerto de Barajas, Madrid-Toledo, Cartagena-Vera, Ocaña-La Roda, circunvalación de Alicante, Alicante-Cartagena y Alto de las Pedrizas-Málaga.

A pesar de las medidas adoptadas por la Administración, las sociedades concesionarias anuncian periódicamente la difícil situación en la que se encuentran y advierten de que si la Administración no toma más medidas, se verán obligadas a declararse en concurso. Una de las soluciones que proponen es la creación de una empresa pública que asuma la titularidad de sus autopistas.

Si la Administración optase por el rescate, tendría que abonar al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación, la ejecución de obras y adquisición de bienes necesarios para la explotación de la concesión. Ese importe se tendría que establecer teniendo en cuenta el grado de amortización de las inversiones en función del tiempo que restase para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero. Además, la Administración concedente indemnizaría al concesionario por los daños y perjuicios que se le irrogasen. Para ello, se tendrían en cuenta los beneficios futuros que el concesionario dejaría de percibir, atendiendo a los resultados de explotación en el último quinquenio cuando resultase posible, y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no se tuviesen que entregar a la Administración, considerando su grado de amortización.

La opción del rescate de las concesiones está claro que incrementaría directamente el déficit

público en un momento en que nuestro país se ha propuesto firmemente reducirlo.

4. PROPUESTAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONCESIONES

Actualmente las cuestiones más debatidas en relación con los contratos de concesión son dos: por un lado, redefinir y reasignar los riesgos para que las modificaciones de dichos contratos tengan lugar solamente en determinados supuestos y por otro lado, cuáles deben ser esos supuestos. La Comisión Europea ha elaborado una propuesta de Directiva sobre contratos de concesión que da respuesta a esas dos cuestiones.

Los objetivos generales de esta propuesta de Directiva son dos: por un lado, generar más seguridad jurídica en la adjudicación de los contratos de concesión; por otro lado, garantizar el acceso de las empresas europeas a los mercados de concesiones. De esta forma, los ciudadanos podrán disfrutar de servicios públicos de calidad a buen precio.

En la propuesta de Directiva se define el contrato de concesión (art. 2.1) en relación con el concepto de riesgo operacional (art. 2.2). Además, se determina en qué consiste el riesgo operacional sustancial.

“El derecho a explotar obras o servicios, ..., implica la transferencia al concesionario del riesgo operacional sustancial. Se considerará que el concesionario asume el riesgo operacional sustancial cuando no esté garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión.”

En ese mismo artículo 2.2 establece los dos tipos de riesgo económico:

- “a) riesgo relacionado con la utilización de las obras o la demanda de prestación del servicio;
- b) riesgo relacionado con la disponibilidad de las infraestructuras proporcionadas por el concesionario o utilizadas para la prestación de servicios a los usuarios.”

También se establecen indicaciones respecto a la duración máxima de las concesiones (art. 16):

“La duración de la concesión estará limitada al tiempo que se calcule que es necesario para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para explotar las obras o los servicios, junto con un rendimiento razonable sobre el capital invertido.”

La propuesta de Directiva establece expresamente que se debe mantener un margen de flexibilidad en el proceso de adjudicación, permitiendo la negociación del contenido del

contrato con los candidatos (art.35). Esta medida, como se expuso en el apartado 2, favorecerá la reducción del número de modificaciones posteriores de los contratos de concesión.

Se aclara qué condiciones deben darse para que las modificaciones de una concesión den lugar a un nuevo proceso de adjudicación (art. 42). Es necesario que se introduzcan cambios sustanciales en la concesión original. En concreto, una modificación será considerada sustancial cuando se cumpla una de las condiciones siguientes (art. 42.2):

- “(a) que la modificación imponga condiciones que, si hubiera figurado en el procedimiento original de adjudicación de la concesión, hubieran dado lugar a una selección distinta de solicitudes de participación, o hubieran dado lugar a la adjudicación de la concesión a otro candidato o licitador;
- (b) que la modificación cambie el balance económico de la concesión a favor del concesionario;
- (c) que la modificación amplíe considerablemente el ámbito de la concesión, cubriendo suministros, servicios u obras no previstos originalmente.”

La propuesta de Directiva recoge un supuesto de ampliación del plazo concesional que califica como excepcional porque no daría lugar a un nuevo proceso de adjudicación. Es el caso de ampliación temporal del contrato con la única finalidad de garantizar la continuidad de la prestación del servicio hasta la adjudicación de una nueva concesión.

Tampoco daría lugar a un nuevo proceso de adjudicación la concurrencia de circunstancias exteriores que las entidades no pudieron prever cuando adjudicaron la concesión, aún actuando con diligencia (art. 42.6). En este caso procedería la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias. En la calificación del grado de diligencia del poder adjudicador se tendrían en cuenta los recursos de que disponía, la naturaleza y características del proyecto específico, las buenas prácticas del ámbito en cuestión y la necesidad de asegurar una proporción adecuada entre los recursos destinados a la preparación de la adjudicación y su valor previsto.

- “... una modificación sustancial no conllevará un nuevo procedimiento de adjudicación cuando concurren todas las condiciones siguientes:
- (a) que la necesidad de modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador o una entidad adjudicadora diligente no podía prever;
 - (b) que la modificación no altere el carácter global de la concesión;
 - (c) en el caso de concesiones adjudicadas por poderes adjudicadores, que el aumento del precio no sea superior al 50 % del valor de la concesión original...”

Como puede observarse, el supuesto anterior tiene una excepción. Se trata del caso en que la modificación acarree una alteración global de la licitación (por ejemplo, si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios por otros diferentes o si se modifica de forma

fundamental el carácter de la contratación). En ese caso, se presume una influencia hipotética en los resultados.

Un tercer supuesto que no daría lugar a un nuevo proceso de adjudicación es el relativo a la sustitución del licitador adjudicatario por otro operador económico como consecuencia de cambios estructurales (reorganizaciones internas, concentraciones o adquisiciones, procedimientos de insolvencia), o porque así lo recoja una cláusula contractual conocida por todos los licitadores y conforme con los principios de igualdad de trato y transparencia (art. 42.3).

“...no se aplicará el párrafo primero cuando la sucesión a título universal o parcial en el lugar del contratista inicial se deba a razones de reestructuración de empresas o de insolvencia, o a la cláusula contractual a la que se obliga otro operador económico que se ajusta a los criterios de selección cualitativa establecidos originalmente, siempre que ello no acarree otras modificaciones sustanciales de la concesión y que su objetivo no sea soslayar la aplicación de la presente Directiva.”

Dado que las modificaciones de los contratos no son siempre negativas, se recoge la posibilidad de preverlas mediante la introducción de cláusulas de revisión en el propio contrato de concesión, pero con límites (art. 42.5).

“Las modificaciones de una concesión no se considerarán sustanciales en el sentido del apartado 1 cuando hayan sido previstas en los documentos de la concesión a través de cláusulas u opciones de revisión claras, precisas e inequívocas. Estas cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que se puede recurrir a ellas. No contendrán modificaciones u opciones que puedan alterar el carácter global de la concesión.”

Finalmente, la propuesta de Directiva sobre concesiones establece que el organismo encargado de la supervisión, control y ejecución de la contratación pública, asumirá las mismas responsabilidades en el ámbito de las concesiones. En el sector de autopistas de peaje, estas funciones están atribuidas actualmente al Delegado del Gobierno de las Sociedades Concesionarias.

5. CONCLUSIONES

La adecuada asignación de riesgos en los contratos de concesiones de infraestructuras tiene una doble finalidad. Por un lado, aprovechar la ganancia de eficiencia derivada de la asunción de responsabilidades por parte de cada una de las partes intervinientes en el contrato. Por otro lado, minimizar el número de renegociaciones del contrato porque en muchos casos terminan por perjudicar a usuarios y contribuyentes.

La asignación de riesgos en concesiones de autopistas en España no ha sufrido grandes cambios desde finales de los años noventa. Se observa una tendencia a compartir el riesgo de tráfico. La Administración puede gestionar mejor que el concesionario el riesgo de tráfico por tres motivos. En primer lugar, puede constituir una cartera de concesiones, lo que le permitiría compensar los mayores tráficos de unas con los menores tráficos de otras. En segundo lugar, puede modificar el importe de los peajes para mejorar el tráfico. En tercer lugar, puede adjudicar subvenciones si considera que esa es una buena opción para mantener un cierto nivel de tráfico en un determinado corredor.

La introducción de la cláusula de progreso ha supuesto también la asignación íntegra al concesionario de los riesgos medioambiental, de seguridad de los usuarios y tecnológico.

Respecto al riesgo político, indicar que la responsabilidad patrimonial de la Administración genera grandes problemas en caso de concurso de las sociedades concesionarias españolas. Si se llegase a producir esa situación, el sector público incurriría en un elevado coste que aumentaría notablemente el déficit de las cuentas públicas. Resulta más conveniente que el riesgo de default del proyecto sea compartido y no sea el sector público el agente que fundamentalmente lo soporte.

Dada la experiencia de la Administración en materia de expropiaciones, debería ser ella la que asumiese este tipo de riesgo, puesto que es la que mejor puede controlarlo. En caso contrario, se deberían establecer mecanismos de forma que este riesgo pasase a ser compartido.

Desde la experiencia que tiene España en la materia, estos cambios evitarían muchos de los problemas que se han observado. La aportación de una mayor flexibilidad a los contratos evitaría muchas de sus modificaciones, lo que mejoraría notablemente la eficiencia del sistema y permitiría ofrecer a los ciudadanos servicios con una mejor relación calidad/precio. En esta dirección se dirige la Unión Europea y así lo recoge la propuesta de Directiva elaborada por la Comisión recientemente.

REFERENCIAS

Baeza, M. A. y Vassallo, J. M. (2011). La intervención de la Administración ante las dificultades financieras de las sociedades concesionarias de autopistas de peaje. *Presupuesto y Gasto Público* 65, pp. 51-60.

Comisión Europea (2011): Propuesta de Directiva sobre adjudicación de contratos de concesión.

OCDE (2008). *Transport Infrastructure Investment: Options for efficiency*. Transport Research Centre.

Ortega, A., Baeza, M. A. and Vassallo, J. M. (2011). Autopistas de peaje en los accesos a Madrid: ¿qué lecciones debemos aprender para el futuro? *Revista de Obras Públicas* 3519, pp. 41-50.

Vassallo, J. M. y Izquierdo, R. (2010). *Infraestructura Pública y Participación Privada*. Confederación Andina de Fomento.

Vassallo, J.M., Ortega, A. and Baeza, M.A. (2012). The impact of the economic recession on toll highway concessions in Spain. *Journal of Management in Engineering* (forthcoming).