

3.4.3. Con este tipo de proyectos adaptados puede demostrarse perfectamente que la protección medioambiental no es un bien de lujo que sólo pueden permitirse las sociedades ricas, sino un principio fundamental para garantizar la estabilidad económica y ecológica mundial.

3.4.4. Por último, no está claro cómo llega la Comisión a la conclusión de que «la privatización de los servicios medioambientales tales como la gestión de los desechos, el saneamiento y el tratamiento de las aguas residuales también podría mejorar la eficacia económica y medioambiental».

Bruselas, 19 de octubre de 2000.

*El Presidente*  
*del Comité Económico y Social*  
Göke FRERICHS

**Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema «El refuerzo del derecho de concesiones y de contratos de asociación entre los sectores público y privado (APP)»**

(2001/C 14/19)

El 2 de marzo de 2000, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 23 de su Reglamento Interno, el Comité Económico y Social decidió elaborar un dictamen sobre el tema mencionada.

La Sección de Mercado Único, Producción y Consumo, encargada de preparar los trabajos en este asunto, aprobó su dictamen el 1 de septiembre de 2000 (ponente: Sr. Levaux).

En su 376º Pleno de los días 18 y 19 de octubre de 2000 (sesión del 19 de octubre), el Comité ha aprobado por 72 votos a favor, 2 en contra y 7 abstenciones el presente Dictamen.

## 1. Introducción

1.1. En su reunión del 14 de diciembre de 1999, la Sección de Mercado Único, Producción y Consumo decidió pedir a la Mesa su autorización para elaborar un dictamen de iniciativa sobre la necesidad de reforzar el Derecho de concesiones y de contratos de APP como instrumentos para reactivar el crecimiento europeo al servicio de los ciudadanos europeos y de la integración de los mercados. La legislación comunitaria en materia de contratos públicos no se ha ocupado de todos los contratos APP. En su Directiva 93/37/CEE<sup>(1)</sup> da una definición y un marco de concesiones de obras públicas, pero para los contratos de APP no ha dado nunca un marco general. Sin embargo, ha reconocido su necesidad de varias formas:

- el Grupo de alto nivel constituido por el Sr. Kinnock emitió recomendaciones que fueron adoptadas íntegramente por la Comisión pero que siguen siendo papel mojado en la legislación europea y en la realidad jurídica de varios Estados;

- la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario<sup>(2)</sup> publicada tras el Libro Verde de 1997 sobre los contratos públicos y la nota de orientación de marzo de 1998 son otras tantas reflexiones que plantean diversas cuestiones fundamentales. La Comisión ha reconocido la variedad de relaciones contractuales que comprende la APP y ha centrado su análisis en las concesiones únicamente.

1.2. El Comité se propone aportar sus reflexiones en torno a dos grandes grupos de cuestiones.

### 1.2.1. Cuestiones económico-sociales y de estrategia

- ¿Se debe ofrecer un marco armonizado a estos contratos, habida cuenta de la lentitud de construcción de las redes transeuropeas (RTE) que se pretende realizar con ellos?

<sup>(1)</sup> DO L 199 de 9.8.1993.

<sup>(2)</sup> DO C 121 del 29.4.2000.

¿No debería tenerse en cuenta el interés estratégico de estos contratos

- para su aspecto específico relacionado con prestaciones de servicios de interés general (social, medio ambiente)?
- para la consolidación del crecimiento y la formación de un verdadero mercado de capitales privados destinados a infraestructuras, cuando tropiezan tantas veces con el freno de las incertidumbres que reinan en torno al actual Derecho contractual europeo?

- ¿Debemos dejarnos distanciar por los demás continentes, que están desarrollando muy vigorosamente estos tipos de contratos, lo que a su vez podría retrasar a largo plazo nuestro desarrollo económico?

#### 1.2.2. Cuestiones de armonización jurídica y de clarificación del Derecho europeo

- ¿Deben armonizarse las normas que regulan estos contratos, tal como propone la CNUDMI? <sup>(1)</sup>
- ¿Se debe desarrollar la legislación sobre «contratos públicos», teniendo en cuenta el considerable avance que ha habido de las nuevas formas de contratos de APP y la reorganización de algunos de los Estados miembros en cuanto a la gestión de las infraestructuras por operadores privados?

1.3. El presente informe tiene por objeto hacer un repaso de los trabajos europeos efectuados previamente en la materia y a partir de ahí definir un enfoque más claro que promueva la creación de un Derecho de concesiones en Europa. Es necesario contar con una buena definición del término «concesión» y ofrecer un marco adaptado a estos contratos para hacer posible su desarrollo. Tomando como punto de partida las dificultades encontradas en las concesiones de infraestructuras, el informe presenta propuestas para Europa.

## 2. Los obstáculos a las APP y un repaso de las anteriores iniciativas europeas sobre el tema

### 2.1. Los obstáculos jurídicos

2.1.1. Las concesiones tienen un marco confuso en las directivas europeas. En efecto, dentro del Derecho comunitario, la cuestión de las concesiones tiene sus fuentes, por una parte, en los principios y las normas del Tratado y, por otra parte, en

las seis directivas que aplican estos principios. Las directivas elaboradas por la Unión Europea tienen por objeto garantizar la transparencia de la apertura a la competencia en el ámbito de los contratos públicos en su conjunto <sup>(2)</sup>, y su ámbito de aplicación es a veces confuso en el caso de la APP. Hoy en día, el contrato de concesión únicamente está definido en la Directiva 93/37/CEE por la que se coordinan los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, en su artículo 1) letra d); la definición se refiere únicamente a la concesión de obras públicas y se prevé una publicidad previa publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE). Desgraciadamente, se toma como única referencia los contratos de obras públicas <sup>(3)</sup>.

2.1.1.1. Si bien está claro que una concesión de obras públicas —que implica tanto la realización de obras como la explotación del servicio asociado a esta realización— está sujeta a la Directiva 93/37/CEE, no ocurre lo mismo con las concesiones en el sector de telecomunicaciones, transportes, agua o energía. Por una parte, en la Directiva 92/50/CEE sobre los contratos públicos de servicios no hay definición ni de la concesión ni de su modalidad de adjudicación. Por otra parte, en la Directiva 93/38/CEE (que trata de los contratos celebrados por los titulares de concesiones o de derechos exclusivos en las telecomunicaciones, el agua y la energía) no hay definición de estos contratos de concesión ni de su modalidad de adjudicación.

2.1.1.2. Existen, pues, incoherencias entre las definiciones y los ámbitos de aplicación de estas directivas, que requieren una verdadera clarificación para los contratos calificados como concesiones o de APP.

2.1.2. El concepto de concesión de obras públicas en Derecho europeo es bastante criticable. Esta crítica se refiere por una parte fundamentalmente a la limitación de las concesiones a los contratos de obras, lo que es un absurdo, y por otra parte a la ignorancia en la mayoría de los Estados miembros de las propuestas autónomas de concesiones ofrecidas por el sector privado.

<sup>(2)</sup> — Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (y que recoge las dos Directivas elaboradas en 1971 y en 1989: la Directiva 71/305/CEE, DO L 185 de 16.8.1971, y la Directiva 89/440/CEE, DO L 210 del 21.7.1989;

— Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro;

— Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios;

— Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (denominados «sectores especiales»).

<sup>(3)</sup> La «concesión de obras públicas» es un contrato que presenta las mismas características que las contempladas en el punto a), a excepción del hecho de que la contrapartida de los trabajos consista, o bien solamente en el derecho de explotación la obra, o bien en este derecho combinado con un precio.

<sup>(1)</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

2.1.2.1. Una concesión de obras públicas es un contrato complejo por el cual una autoridad pública delega en una organización privada la tarea de crear una obra y financiarla, para luego mantenerla y explotarla durante un periodo largo de tiempo que permita la amortización de las inversiones. Ello requiere por tanto una transferencia de responsabilidad del concedente al concesionario y un concepto de globalidad del contrato, que incluye numerosas funciones (construcción, financiación, explotación) cualesquiera que sean las modalidades de pago del concesionario. La remuneración de los capitales y los riesgos del inversor debe equilibrar de forma equitativa el servicio prestado al consumidor o al usuario.

2.1.2.2. A raíz del Libro verde publicado por la Comisión Europea en noviembre de 1996<sup>(1)</sup>, el Comité adoptó el 28 de mayo de 1997 un dictamen<sup>(2)</sup> en el que pedía a la Comisión que revisara su planteamiento en materia de concesiones con el fin de darles un mayor grado de autonomía frente a la definición del contrato de obras:

- «El tema de las concesiones, igualmente, debería examinarse en profundidad, ya que su adjudicación debe ser transparente y obedecer a criterios objetivos. Existen diferencias fundamentales entre una concesión y un contrato público: objeto, duración, condiciones de financiación, modo de gestión, alcance de la responsabilidad. Con vistas a favorecer el desarrollo de estos contratos, en particular desde la perspectiva de las RTE (redes transeuropeas), la Comisión Europea podría estudiar el desarrollo de un instrumento jurídico adecuado en cuanto al régimen de ejecución de dichos contratos.»

Merece la pena citar también otros puntos del dictamen:

- «3.7. En diversos países se desarrollan métodos de financiación privada de las obras públicas. Se trata de contratos a largo plazo que implican una aportación de financiación privada, lo cual los diferencia claramente de los contratos públicos. Debido al ahorro que entrañan para el erario público de los diversos Estados, estos métodos merecen difusión y promoción. Es importante al respecto que la Comisión, en una Comunicación interpretativa, proteja el carácter negociado de estos contratos garantizando al mismo tiempo su necesaria publicidad.»;
- «8.3.6. [El CES] Expresa el deseo de que la actividad de las concesiones sea objeto de un régimen específico, particularmente para las Redes Transeuropeas (RTE).»;
- «8.3.7. [El CES] Propone que la Comisión Europea favorezca la promoción de los nuevos métodos contractu-

ales basados en la financiación privada de las infraestructuras públicas.».

2.1.3. El Derecho europeo actual no garantiza la igualdad de trato de las concesiones en los ordenamientos jurídicos nacionales. De este modo, la Comisión, consciente de los problemas planteados por el marco jurídico actual, publicó una «Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario» (29 de abril de 2000).

2.1.3.1. Esta Comunicación, en su versión definitiva, se publicó tras una consulta a nivel europeo en la cual, sin embargo, no se incluyó al CES. Esta interpretación trata del anclaje de las concesiones en el Tratado, del concepto de concesión y de sus ámbitos de aplicación. El trabajo realizado es útil, pero no constituye más que un paso, y ha habido muchas voces que se han pronunciado a favor de una Directiva europea sobre el tema con el fin de salir de ambigüedades jurídicas inútiles y disponer de bases jurídicas armonizadas para estos contratos, tal como ocurre en el resto del mundo. En la actualidad, los ordenamientos jurídicos nacionales no armonizados, que incluyen un número variable de derechos y obligaciones, tratan las concesiones y la APP de manera extremadamente dispar. No es normal que la adjudicación y la ejecución de este tipo de contrato varíe tanto en el seno de los Estados miembros, mientras las autoridades europeas repiten sin cesar que el recurso a la APP permitirá realizar las infraestructuras estructurantes de Europa. Los conceptos de consorcio público-privado y de concesión deben ser establecidos claramente en el Derecho europeo con el fin de no desincentivar la inversión privada en equipamientos públicos.

2.1.3.1.1. La Comunicación interpretativa incluye un útil recordatorio de las normas del Tratado en su aplicación a todas las concesiones de servicios o de obras así como a la adjudicación de derechos exclusivos<sup>(3)</sup>. Hace hincapié, y con razón, en la necesidad de que las estructuras parapúblicas o públicas compitan con el sector privado en la adjudicación de contratos o actos unilaterales equivalentes a una concesión. En nombre del principio de igualdad de trato, la Comisión considera contrarias a las normas antes citadas del Tratado y al principio de igualdad de trato las disposiciones «que reserven contratos públicos a las sociedades en las cuales el Estado o el sector público tiene de manera directa o indirecta una participación mayoritaria o total».

(1) «Libro Verde — La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro», COM(96) 583 final.

(2) DO C 287 del 22.9.1997, p. 92.

(3) Las entidades públicas deben respetar el principio de transparencia, el principio de proporcionalidad y el principio del reconocimiento mutuo. «La Directiva 93/37/CEE impone una publicidad previa para la atribución de todo contrato de concesión de obras públicas, independientemente de que el concesionario potencial sea privado o público». No se pronuncia sobre la adjudicación de las concesiones de servicios.

2.1.3.2. No obstante, la Comunicación no soluciona todos los problemas, ni en lo que respecta al contenido de los contratos de concesión ni en lo referente a la legislación aplicable a éstos. La Comisión utiliza «el derecho de explotación de la obra o este derecho combinado con un precio» como criterio distintivo exclusivo entre el contrato y la concesión, precisando que «el derecho de explotación permite percibir derechos sobre el usuario». Para la Comisión, la remuneración directamente percibida de los usuarios de la obra diferencia las concesiones de los contratos, y asimila «explotación» a «riesgo de frecuentación», lo cual no se corresponde ni con la realidad de todos los contratos de concesión ni con la Directiva sobre obras y aún menos con la Directiva sobre servicios.

2.1.3.3. Los riesgos varían mucho según el servicio prestado y no se reducen exclusivamente a los de tráfico (hospital, aparcamiento, red de aguas, etc.). Antes de llevar a cabo la explotación, el concesionario se tiene que encargar de la concepción, la financiación, la ejecución de las obras y su servicio de mantenimiento durante muchos años. La concesión de obras no puede por tanto reducirse a un único criterio, el riesgo o la fuente del pago; se trata de un concepto mucho más amplio, y es necesario especificar y jerarquizar todos sus elementos si se quiere realmente clarificar el concepto. Las transferencias de riesgos se fijan en cada contrato mediante negociación caso por caso.

2.1.4. Aplicaciones dispares del Derecho europeo que generan disparidades jurídicas. El Comité observa que el régimen jurídico de los contratos de concesión es muy distinto de un Estado a otro. Por ejemplo, en Bélgica, España y en Portugal la calificación de contrato de concesión de obras públicas se reserva para las concesiones de obras con una explotación de larga duración y sufragadas públicamente; no así en Alemania, Francia e Italia. Sin embargo, se trata de los mismos tipos de contratos, que por lo demás están experimentando actualmente un desarrollo muy fuerte en Europa y en el resto del mundo.

2.1.4.1. Por lo tanto, cabe destacar que los conceptos contractuales públicos europeos actuales no son fuente de unidad en Europa, y en un país se considerará que un contrato es un contrato de obras y en otro que es una concesión: de este modo, el mismo contrato tendrá dos regímenes de adjudicación según el país en el que estemos. No se ve claro lo que en la Comunicación interpretativa podría cambiar a este respecto: los contratos PFI («Private Finance Initiative») en Gran Bretaña son de muy larga duración, se negocian íntegramente e implican un pago público total después de una transferencia de riesgos más o menos grandes al sector privado. Estos contratos pueden considerarse contratos públicos o bien concesiones atendiendo a la Comunicación interpretativa.

2.1.5. Por lo que se refiere a las propuestas autónomas presentadas por el sector privado fuera de los procesos de consulta del sector público, muchos países del mundo instituyeron un derecho específico que reconoce a los protagonistas privados la posibilidad de proponer un proyecto a las autoridades públicas competentes. Si las autoridades públicas lo validan, se abre una licitación y se reconocen los derechos al autor de la idea<sup>(1)</sup>.

## 2.2. *Los obstáculos económicos*

### 2.2.1. El Derecho europeo es además incompleto con vistas al desarrollo correcto de las financiaciones privadas en las infraestructuras públicas

2.2.1.1. Los inversores destacan el carácter incierto del Derecho europeo, poco creador de derechos, lo que da como resultado un medio ambiente poco favorable a la financiación privada de las infraestructuras. Esto es tanto más deplorable cuanto que el Derecho de las asociaciones entre los sectores público y privado ha progresado formidablemente en el resto del mundo, como lo muestran los trabajos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI)<sup>(2)</sup>. Estos trabajos ponen de manifiesto que los ordenamientos nacionales incluyen disposiciones referentes no solo a la adjudicación sino también al régimen de ejecución de las concesiones. La cuestión fue abordada en parte en la publicación del Libro verde sobre los contratos públicos por la Comisión en noviembre de 1996. Sigue sin respuesta. Un Derecho centrado únicamente en la adjudicación de los contratos es insuficiente e incluso disuasivo, lo que por otra parte ya se decía en el informe Kinnock.

2.2.2. La constatación de un escaso desarrollo del programa de la red transeuropea de transporte ha llevado desde hace tiempo a cuestionar la eficacia del enfoque actual en el terreno del Derecho de concesiones en Europa. Esta cuestión fue estudiada a fondo por el grupo Kinnock, autor del informe final del Grupo de alto nivel sobre la financiación de proyectos de la red transeuropea de transporte por asociaciones entre el sector público y el sector privado (mayo de 1997).

— Los grupos de trabajo presentaron numerosas propuestas relativas a distintos aspectos del régimen jurídico de las concesiones. Pocas de ellas se han seguido realmente hasta la fecha y muy pocos son también los proyectos de infraestructuras de transporte que se han realizado en el marco de una verdadera APP. Y esta es, naturalmente, una de las causas de los retrasos que ha habido en el programa aprobado en Essen para los 14 proyectos prioritarios.

<sup>(1)</sup> Esta es la práctica, en particular, en Italia, y no se ve por qué los demás Estados miembros no van a disponer de procedimientos similares. La CNUDMI ha publicado además recientemente recomendaciones de legislación a este respecto.

<sup>(2)</sup> Véase el informe «Los proyectos de infraestructura con financiación privada», 2 de marzo de 1998, CNUDMI, 31ª sesión.

2.2.3. Resumen de las propuestas del informe del Grupo de alto nivel relativo a los problemas que encuentra la APP en Europa (puntos 2.2.3.1 a 2.2.3.3):

2.2.3.1. Contar con una estrategia europea en materia de concesiones

— La estructura política de la APP debe ser clara. Es necesario dar certeza a los proyectos y ofrecer una estructura de soluciones de los problemas iniciales.

— Se señala la falta de coordinación y motivación de los protagonistas públicos.

— Sería necesario disponer de fondos públicos iniciales importantes y de agencias de proyectos que prepararan con mucha antelación los expedientes de viabilidad financiera y de estudio de suelos; para los proyectos transfronterizos se propuso la idea de una agencia europea que garantizase la capacidad y la continuidad de la cooperación.

— Crear un estatuto de una sociedad europea para las concesiones transfronterizas y desarrollo de agrupaciones de interés público.

— Desarrollo de métodos comunes de evaluación y presentación de proyectos basados en análisis de la relación coste-beneficio transparentes y que incluyan las medidas de externalidades y las rentas fiscales futuras.

— Confiar al sector privado la misión de demostrar la viabilidad financiera de los proyectos.

— Desarrollar los conocimientos técnicos de las autoridades públicas en el montaje de proyectos de concesiones.

— Solucionar de manera armonizada el problema central de la fiscalidad evolutiva en el tiempo.

— Establecer una fiscalidad garantizada a largo plazo. Es una barrera para la inversión (ej. IVA del 20 % en Francia).

— Las sociedades de construcción asumen el riesgo principal de concebir y construir un proyecto con un plazo y un presupuesto determinado.

2.2.3.2. Desarrollar métodos financieros ad hoc

— Desarrollar anticipos reembolsables (cuando se alcanza el nivel de tráfico fijado).

— Permitir la reinversión de los reembolsos.

— Crear un verdadero mercado de financiación a largo plazo y disponer de cuasi-fondos propios.

— Animar a los inversores privados (reembolso en caso de rescate).

— Crear una obligación con tipo cero.

— Permitir co-concesiones de actividades adicionales para equilibrar la concesión principal.

— Desarrollar el recurso a los fondos de pensiones.

— Desarrollar una valoración del riesgo con arreglo a criterios justos, razonables y armonizados.

— Afirmar el principio del equilibrio financiero de los contratos de concesiones.

— Procurar que el concesionario no soporte otros riesgos que los del coste de las obras, funcionamiento y mantenimiento. Hacer que el sector público soporte los riesgos medioambientales y el coste de la fase inicial garantizada.

— Reducir el coste de los estudios y el riesgo asociado.

— Reducir los costes de negociación mediante pliegos de condiciones bien elaborados.

— Desarrollar la garantía mínima de ingresos a cambio de la participación en los beneficios. La Comisión debería recurrir a los contratos de concesiones con fondos públicos.

2.2.3.3. Adoptar métodos comunes de adjudicación

— Con el fin de reducir los costes del procedimiento de adjudicación, lograr que las autoridades públicas intervengan más en el trabajo de preparación de los proyectos: estudios de tráfico, estudios geológicos, protección de las ideas de los perdedores.

— Desarrollar los procedimientos de negociación después de licitaciones restringidas — Elección de la oferta mejor.

— Limitar el nivel de descripción para la parte relativa a la construcción. La Comisión ayudaría a simplificar los procedimientos.

— Prohibición de cambios de programa a medio camino de la construcción.

— Los concursos no deberían lanzarse hasta después de comprados los terrenos, aprobados los planes, efectuados los estudios de viabilidad y definida la subvención.

- Desarrollar procedimientos de precualificación de los concesionarios.
- Permitir la recepción de propuestas autónomas del sector privado.

2.2.4. La situación jurídica europea no ha evolucionado desde la publicación del informe Kinnock. Por otra parte, el Comité considera que deberían utilizarse los procedimientos para tener en cuenta los tres pilares (economía, medio ambiente y aspectos sociales).

#### 2.2.5. El mantenimiento de monopolios en los grandes proyectos

2.2.5.1. A pesar de las solicitudes reiteradas de la Comisión a los Estados miembros en favor de un verdadero recurso a los contratos de APP, se observa a veces una disminución de éstos en determinados proyectos (enlace Barcelona-Perpiñán) o proyectos en los que el sector privado está completamente excluido, como el enlace Lyon-Turín, aun pudiendo aportar soluciones innovadoras o alternativas.

2.2.5.2. Aunque hay criterios de perecuación económica que pueden justificar una derogación oponible al contenido del artículo 90.2 del Tratado<sup>(1)</sup> (véase el informe «Los proyectos de infraestructura con financiación privada», 2 de marzo de 1998, CNUDMI, 31ª sesión), o también consideraciones relativas a la ordenación del territorio y el orden público<sup>(2)</sup>, los objetivos del Tratado de Maastrich con las normas de la competencia se imponen. En efecto, el Tratado fija como objetivo para la acción de los Estados miembros obrar «de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia<sup>(3)</sup>».

2.2.5.3. La Comunicación interpretativa destaca claramente, y con razón, el sometimiento de las entidades públicas y parapúblicas al Derecho actual de las directivas y del Tratado en materia de competencia entre el sector público y el privado.

2.2.6. Europa tiene ante sí un enorme desafío, tanto a corto plazo (la necesidad de determinadas infraestructuras) como a medio y largo plazo (el mantenimiento de la competitividad y la capacidad exportadora de las empresas europeas). El recurso a las APP puede permitir resolver el problema de financiación que plantea el carácter limitado de los recursos públicos. Actualmente, y en comparación con terceros países, Europa sigue empleando poco este instrumento. Por ello, Europa debería esforzarse con especial ahínco por aprender de las

experiencias de otros países en este campo. En particular, habría que analizar las repercusiones para el consumidor.

#### 2.2.7. Una falta de diversificación de los métodos de gestión pública

2.2.7.1. Está claro que el control del equilibrio de los presupuestos públicos incita a utilizar en algunos casos procedimientos de externalización de estos gastos con el uso de APP.

2.2.7.2. Algunos Estados han decidido hacer de la APP una herramienta central de su acción pública. El Gobierno británico sentó el principio de que el recurso al sector privado permite limitar la acción del poder público a la parte fundamental de sus misiones y concentrarse en la calidad de las prestaciones. La APP no significa únicamente recurrir al sector privado para financiar proyectos de inversión, sino también recurrir a las competencias y al «know-how» de gestión del sector privado para realizar y gestionar proyectos públicos de manera más eficaz durante el largo periodo de su explotación.

#### 2.2.8. Una falta de principios firmes y unificados a nivel europeo para desarrollar las APP

2.2.8.1. En lo que se refiere a las RTE, este inmenso proyecto sólo progresará realmente si los Estados miembros deciden adoptar las medidas necesarias para impulsarlo, dejan de confiarlo todo a las sociedades públicas o parapúblicas y lanzan de manera coordinada licitaciones para hacer que avancen con ideas alternativas y propuestas variadas provenientes del sector privado.

2.2.8.2. Corresponde a la Comisión propiciar la emergencia de proyectos y recordar a los Estados que los proyectos de RTE no pertenecen a las empresas estatales. Pero, en un plano más general, el papel de la Comisión es ofrecer un marco jurídico más satisfactorio para estos contratos con el fin de que afluayan fondos y de que éstos no se vean penalizados con relación a otras formas de inversión.

2.2.8.3. Es necesario que la Comisión adopte una visión estratégica: o Europa toma a tiempo el tren de la gestión pública del nuevo milenio, lo cual responde a su tradición, o permanecerá aprisionada en un corsé reglamentario que genera costes excesivos tanto para los consumidores como para los inversores privados que asumen un coste de financiación más alto.

(1) TJCE, Corbeau, 19 de mayo de 1993, Recopilación de Jurisprudencia 1993 página I-2533.

(2) TJCE, Comuna de Almelo, Recopilación de Jurisprudencia 1994 página I-1477.

(3) Véase «Estrategia para el mercado interior europeo y recomendaciones para la revisión de las medidas específicas» (Dictamen de iniciativa, ponente: Little), DO C 140 de 18.5.2000.

### 3. Las principales realizaciones en APP en Europa y en el mundo

3.1. Todos los países europeos han utilizado o utilizan actualmente el sistema de concesiones. Hay que recordar que la «primera Europa», la del tiempo de los romanos, ya utilizaba hace dos mil de años el sistema de concesiones en numerosos ámbitos de los servicios y las infraestructuras. En nuestros tiempos, este contrato permite realizar en muchos países europeos (Francia, Reino Unido, Países Bajos, Portugal, Italia, España, etc.), y en otras partes del mundo, no sólo autopistas y aparcamientos, sino también redes de agua, museos, aeropuertos, tranvías o metros, barrios urbanos, renovaciones íntegras de escuelas y hospitales, etc.

### 4. Propuestas del Comité destinadas a mejorar y a unificar el Derecho de concesiones

#### 4.1. Definición de «concesión»

4.1.1. Únicamente el concepto de «concesión de obras públicas» tiene hoy día una definición (muy somera, como ya se ha dicho) y una normativa comunitaria, resultante de la Directiva europea 93/37/CEE de 14 de junio de 1993. Todo indica que falta en primer lugar una definición de los contratos de concesión o APP que explicita ante todo su contenido y su amplitud.

4.1.2. En efecto, la concesión —y, más ampliamente, la delegación— no se resume en un único criterio (el riesgo o el pago, como se considera en la Directiva 93/37/CEE), ni en la sola característica de una modalidad de pago, sino que viene definida por todo un conjunto de elementos.

4.1.3. Una concesión de obras públicas es un acto (contrato o acto unilateral) por el cual una autoridad pública delega en una organización privada la tarea de concebir, construir, financiar, mantener y explotar una infraestructura o un servicio para un período largo y determinado. Es, en general, un contrato por el cual una autoridad pública encarga a una empresa que realice por cuenta suya las inversiones necesarias para la creación del servicio y que lo haga funcionar durante un período de larga duración; la empresa puede remunerarse mediante un precio pagado por los usuarios y/o por la administración pública, sin que esta disposición modifique su carácter de concesión.

#### 4.2. Un marco armonizado para el desarrollo de las concesiones y otros contratos de APP

##### 4.2.1. Un marco jurídico global

4.2.1.1. Mantenimiento del enfoque liberal de las concesiones: en la redacción de la Directiva 93/37/CEE debe mantenerse un enfoque que favorezca la competencia.

4.2.1.2. Un marco financiero europeo: para la creación de financiación a largo plazo es necesario un marco jurídico conveniente, tanto más cuanto que los fondos comprometidos son cuantiosos y requieren recurrir a los centros financieros internacionales, que necesitan garantías en cuanto a las condiciones de ejecución de los contratos. No obstante, el recurso a capitales provenientes de fondos de pensión parece poco adaptado a la mayoría de los Estados miembros habida cuenta de los regímenes de protección social existentes.

4.2.1.3. Utilizar los capitales y la experiencia del BEI: este establecimiento bancario fundado por los Estados miembros financia numerosos programas subvencionados por Europa y tiene una rica experiencia en materia de asociaciones.

4.2.1.4. Un estatuto jurídico armonizado de las concesiones en Europa: es necesario proceder a la definición de una normativa vinculante para los Estados miembros que garantice un reparto adecuado y justo de los derechos y las obligaciones entre concesionario y concedente.

##### 4.2.2. Una adjudicación armonizada y transparente

4.2.2.1. Una adjudicación transparente: las autoridades públicas deben ponerse al abrigo de posibles críticas en cuanto a la adjudicación de estos contratos. A esos efectos es necesario un «website» europeo que reúna los datos jurídicos relativos a estos tipos de contratos. De ese modo, las asambleas competentes, según el país de que se trate y previa consulta de los interlocutores sociales, podrían manifestarse con toda transparencia y controlar mejor la adjudicación de esos contratos.

4.2.2.2. Elección final del concesionario: la autoridad pública debe definir de antemano los objetivos y finalidades del proyecto, dejando al mismo tiempo a la parte privada la responsabilidad técnica y económica de las soluciones que serán objeto de su propuesta (los concesionarios no son favorables a los concursos de proyectos previstos por la Comisión).

4.2.2.3. Criterios de selección: una selección de los licitadores basada únicamente en criterios cuantitativos no conviene a proyectos tan amplios y complejos. El procedimiento debe estar presidido por el principio de transparencia de los criterios. La selección debería basarse en una combinación de criterios idóneos —cualitativos, cuantitativos y realistas— a través del procedimiento más transparente posible, incluida la consideración de las referencias de cada uno de los candidatos.

4.2.2.4. Coste de los estudios: teniendo en cuenta que los estudios de viabilidad de una concesión son largos y costosos, es importante animar a las empresas a participar en el concurso estableciendo la posibilidad de indemnización para una parte significativa de los costes de preparación de la oferta.

4.2.2.5. Respeto de la innovación: la respuesta de un candidato a una concesión puede tener un carácter original, con innovaciones importantes y esenciales en todos los aspectos técnicos, financieros o comerciales. Es indispensable evitar que esos elementos originales de un determinado candidato lleguen a conocimiento de los demás competidores. La propiedad de la idea debe seguir siendo de su autor. Es una cuestión de ética que debe garantizarse al licitador, ya que sus propuestas originales no pueden generalmente ser protegidas por patentes (solución sugerida por la Comisión). A falta de la protección de esta propiedad intelectual, es cierto que ningún candidato a una concesión revelaría jamás sus ideas originales, lo que privaría a la colectividad de los progresos que pudieran derivarse de ellas.

4.2.2.6. Respeto del desarrollo sostenible: Debido a la importancia de estos proyectos, es necesario que las autoridades públicas tengan en cuenta los aspectos sociales y medioambientales.

4.2.2.7. Procedimiento negociado: una propuesta de contrato de concesión debe obedecer al objetivo de servicio, que debe ser definido por el concedente. El concesionario debe contar con todas las libertades en la forma de lograr este objetivo: concepción de la obra, planificación de las obras, asunción de riesgos técnicos, etc. Eso implica que, tras la presentación de las propuestas por uno o más candidatos, se abra un diálogo con los concesionarios potenciales en el cual el concedente debe dar pruebas de elasticidad y flexibilidad en la elaboración definitiva del contrato de concesión, sin detrimento de las necesidades del concedente.

4.2.2.8. Necesidad de elasticidad y flexibilidad. Debe excluirse cualquier otro procedimiento, ya que no integraría esta fase de diálogo que es indispensable para que el concedente elija la oferta mejor adaptada a sus objetivos. Las disposiciones de la Directiva 93/37/CEE no introducen, en lo que respecta a las concesiones de obras públicas, la obligación del concedente de elegir entre los distintos procedimientos abiertos, restringidos o negociados. Procede, pues, precisar la necesidad de la utilización del procedimiento negociado para celebrar este tipo de contratos.

#### 4.3. La necesidad de una Directiva

4.3.1. La Directiva deberá definir las concesiones y demás formas de contratos de APP por su carácter de larga duración y sus elementos constitutivos fundamentales (concepción, realización, financiación, mantenimiento y gestión de las obras). Respecto a las concesiones de obras que incluyen servicios conexos, deberá definir el papel atribuido al concesionario en la concepción, financiación, ejecución, gestión y mantenimiento. Conviene dar un marco unificado a los contratos de aparcamientos, autopistas, puertos, aeropuertos, redes de saneamiento, etc.

4.3.2. Un marco jurídico bien adaptado a las concesiones es esencial en la ejecución del contrato de concesión o APP. La posibilidad de hacer contratos de asociación depende básicamente de la posibilidad de alcanzar y respetar el equilibrio contractual sin el cual ningún operador se comprometería en un contrato de concesión. Es necesario, pues, crear principios que permitan un reparto equilibrado de los riesgos entre concedente y concesionario, tanto en la concesión de obras como en la de servicios. En la legislación europea deberían figurar los principios siguientes:

4.3.2.1. Los riesgos de una concesión de infraestructura deben definirse, cuantificarse y asignarse claramente a la parte que en mejores condiciones esté de asumirlos.

4.3.2.2. El concesionario y sus financiadores deben tener la garantía de que el contrato llegará a término sin modificación. Por el contrario, la modificación del marco económico prevista en el contrato inicial dará lugar a una renegociación. El *factum principis* y la fuerza mayor deben estar previstos. (Principio de estabilidad del contrato).

4.3.2.3. Deben elaborarse normas para los casos de riesgo excepcional: suceso imprevisible, repentino y que aumenta el coste del contrato. Es el caso, en particular, de la modificación de las dificultades administrativas.

4.3.2.4. El concesionario debe contar con una flexibilidad suficiente para asumir la misión delegada por el concedente. El concedente no debe interferir de manera indebida en la ejecución del contrato. Su papel se refiere a cuestiones de soberanía, de seguridad o de orden público, incluidas —y sin perjuicio de— su función organizativa política y su responsabilidad social.

4.3.3. Deberían dictarse normas claras a nivel europeo sobre las cuestiones de acceso a los recursos esenciales, es decir, las infraestructuras creadas anteriormente en el marco de monopolios con fondos públicos y que deberían ser accesibles a todos. En los contratos de transporte, esta cuestión ha sido convenientemente regulada por la Directiva 91/440/CEE sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios, pero en otros ámbitos no ocurre lo mismo. Por ejemplo, en el ámbito de las ondas hertzianas las inversiones realizadas

hasta ahora con cargo al erario público deben ponerse a disposición de las compañías que entran en competencia con los antiguos monopolios.

4.3.4. La Comisión debe imperativamente proponer un texto legislativo claro que permita la asociación del sector privado y el público para desarrollar las infraestructuras y servicios que necesita Europa, que deberá ser aprobado lo antes posible a nivel europeo.

Bruselas, 19 de octubre de 2000.

*El Presidente  
del Comité Económico y Social  
Göke FRERICHS*

---

**Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso desagregado al bucle local»**

(2001/C 14/20)

El 20 de septiembre de 2000, de conformidad con el artículo 262 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el Consejo decidió consultar al Comité Económico y Social sobre la propuesta mencionada.

El 11 de julio de 2000, la Mesa del Comité Económico y Social encargó a la Sección de Transportes, Energía, Infraestructuras y Sociedad de la Información la preparación de los trabajos en este asunto.

En su 376º Pleno del 19 octubre de 2000, el Comité Económico y Social, habida cuenta de la urgencia de los trabajos, ha nombrado ponente general al Sr. Cambus y ha aprobado por 77 votos a favor y 1 voto en contra el presente Dictamen.

## 1. Introducción

1.1. El sector de las telecomunicaciones está en permanente evolución tecnológica, tanto más rápida cuanto que la gestión de las redes físicas o inmateriales y de los servicios que lo componen se basa, fundamentalmente, en las más modernas tecnologías informáticas. Dicho sector contribuye de forma decisiva a la difusión de las nuevas tecnologías de la información y, por ende, a la realización de los objetivos de la Unión respecto a la sociedad del conocimiento y la innovación.

1.2. Por este motivo, se ha pedido expresamente a los operadores de telecomunicaciones que, para finales del año 2000, ofrezcan un acceso rápido, fácil y barato a Internet tanto a las empresas como a los particulares. Con este fin, las

conclusiones de los Consejos de Lisboa y Feira imponen a los Estados miembros la obligación de abrir a la competencia los bucles locales antes del 1 de enero de 2001.

1.3. El sector de las telecomunicaciones está, de oficio, abierto a la competencia desde la Directiva de 1996, cuya aplicación no iba más allá del 1 de enero de 1998. Por tanto, cualquier nuevo operador puede entrar hoy día en dicho sector de actividad y competir con los operadores históricos de telecomunicaciones. Las nuevas tecnologías han sido, además, una razón y un medio de desarrollo de la competencia; ejemplo de ello es el GSM, que ha dado a nuevos operadores la oportunidad de hacerse una clientela con unos costes de