

Durante los años más duros de la reciente crisis económica era frecuente escuchar lamentos de todo jaez –eruditos y profanos, ponderados y extremos- sobre los excesos de gasto en obras públicas de infraestructura cometidos en los años de bonanza. Polideportivos en poblaciones con escasas personas en edad y condiciones de hacer deporte, aeropuertos sin pasajeros y sin aviones, vías diseñadas para altas densidades de tráfico casi desiertas, se citaban, con justicia, como motivos de indignación. La opinión pública tiene la memoria corta, pues hace unos días ha tenido (escaso) eco en los medios un reciente episodio de uno de los dispendios más clamorosos de aquellos años: el aeropuerto de Ciudad Real¹. En el concurso de la sociedad propietaria se ha adjudicado la instalación por 56,2 millones de euros. El coste de la misma, sumando el de las expropiaciones, las obras y las subvenciones a distintas compañías ha sido, parece, de 1.000 millones. Si suponemos que el mecanismo de subasta utilizado en la liquidación del activo de la concursada ha sido capaz² de aproximarse al verdadero valor actual de la instalación, este triste final supone que se han invertido recursos por valor de 1.000 millones para obtener un valor resultante, a pocos años vista, de solo 56 millones. Mala inversión, a todas luces.

Es habitual mencionar los tipos de interés bajos, la burbuja inmobiliaria y los superávits fiscales asociados como causas de aquellos excesos. También es común asignar culpas a políticos manirroto y dispuestos a “comprar” el favor del votante con gasto público “tangible”, a entidades de crédito –públicas la mayoría- con gestores poco profesionales y obedientes a los poderes políticos y fácticos, a una ciudadanía ávida de consumir servicios públicos rápidamente sin mirar su verdadero impacto y coste –incluido el de oportunidad-. Aquellos factores y estas responsabilidades son, todos ellos, reales. Pero también los juristas tenemos nuestra parte de culpa. El diseño legal de los proyectos y contratos públicos que nos habíamos dado favoreció el derroche y la ineficiencia en la asignación de recursos.

Las concesiones públicas de infraestructuras son de manera palmaria contratos de largo plazo. De este modo se permite a los concesionarios recuperar la gran inversión inicial en la expropiación de terrenos y en la construcción y puesta en marcha de la infraestructura. Pero la rentabilidad de la concesión depende de variables (de uso de la misma y de costes de construcción y explotación) que son difíciles de anticipar en el momento de la adjudicación inicial de la concesión. En particular, la incertidumbre sobre la demanda y el uso (¿habrá tráfico en la autopista? ¿vendrán viajeros al aeropuerto?) constituye un problema central en las

¹ Véase http://economia.elpais.com/economia/2016/04/15/actualidad/1460722362_754153.html

² Idealmente, el mecanismo de subasta está diseñado no solo para “objetivar” precio y adquirente de un cierto activo, también para maximizar el ingreso del vendedor.

concesiones de infraestructuras. En España³, las previsiones en los años dorados fueron, sencillamente, disparatadas.

Probablemente esto no es casual, sino producto, en cierta medida, de una distribución asimétrica de beneficios y costes en las concesiones que resultaba del régimen legal español. Si las empresas que pueden convertirse en concesionarias de una cierta infraestructura tienen, o pueden adquirir, información superior a la que poseen los poderes públicos sobre la demanda y rentabilidad futura de la concesión, la no asunción fundamental del riesgo de demanda de la infraestructura aumenta apreciablemente la probabilidad de que se ejecuten proyectos cuyo valor no supera a sus costes. Tan solo si se enfrentan a absorber lo sustancial del riesgo de demanda tendrán las empresas incentivos a usar seriamente o a adquirir reflexivamente información sobre la rentabilidad futura de la concesión, y descartarán pujar y ejecutar proyectos de infraestructura pública con valor social negativo⁴. Si la empresa sabe que será –con seguridad o con muy alta probabilidad- compensada de sus pérdidas o de la baja rentabilidad, mediante un reequilibrio de la concesión o mediante la llamada impropia RPA (responsabilidad patrimonial de la Administración, por la denominación que recibe el instituto jurídico de la obligación de una Administración de compensar a un sujeto privado por la lesión en sus bienes o intereses, aquí en caso de rescate o quiebra de la concesión), se mostrará dispuesta a llevar a cabo la infraestructura, aunque probablemente carezca de valor positivo.

Así, los pagos o compensaciones que la Administración pueda estar obligada a hacer al concesionario durante la vida y a la extinción de la concesión desempeñan un papel fundamental en el reparto de riesgos del proyecto y, con ello, en los incentivos de la empresa. Tales compensaciones resultan del régimen legal de las concesiones que se contiene en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

Antes de la muy reciente reforma que describimos más adelante, el art. 271.1 del TRLCSP⁵ preveía las indemnizaciones que la Administración habría de abonar al concesionario en caso de resolución de la concesión, lo que incluía el supuesto de insolvencia de la sociedad concesionaria (art. 270.2 TRLCSP), por ejemplo por falta de rentabilidad del proyecto. Esas indemnizaciones comprendían “.. el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la

³ No sólo entre nosotros, desde luego. Por ejemplo, Flyvbjerg et al. (2005) [Flyvbjerg, B., Holm, M. y S. Buhl, “How (In)accurate Are Demand Forecasts in Public Works Projects?”, *Journal of the American Planning Association*, 71, (2), 131-146] analizan 210 proyectos de infraestructuras, ferroviarias y de autopistas en 14 países y cinco continentes entre 1969 y 1998, y encuentran en más del 50% de los proyectos existe una sobreestimación de un 20% o más. En el caso de los proyectos ferroviarios, la demanda fue un 51% inferior a la demanda prevista y en el 72% de los proyectos la demanda se sobreestimó en al menos dos tercios.

⁴ Véanse desarrollos más elaborados de esta idea en Ganuza y Llobet (2015) [Ganuza, J. J. y G. Llobet (2015), “The simple economics of white elephants”, Mimeo; Ganuza y Gómez (2015) [Ganuza, J. J. y F. Gómez (2015), “El reparto óptimo de riesgos en las relaciones público-privadas”, *Revista de Economía Industrial*, 398, 111-115].

⁵ El régimen era muy similar en la normativa anterior al TRLCSP, por ejemplo en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 169) o en la Ley reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas.

obra objeto de la concesión. Al efecto, se tendrá en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que restara para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero.”

El fracaso del proyecto y la extinción de la concesión suponían para el concesionario recibir una compensación por todas las inversiones realizadas en ejecución del proyecto concesional (expropiaciones, obras, activos), siempre que no estuvieran ya amortizadas y teniendo en cuenta la duración pendiente de la concesión y el plan económico-financiero de la concesión. El nivel de riesgo asumido por el concesionario en relación con el éxito o fracaso del proyecto era, pues, bastante limitado, dado que, en caso de falta de rentabilidad de la concesión, sus inversiones no amortizadas quedaban sustancialmente cubiertas por la RPA. En cambio, el *upside* sobre el importe invertido, en caso de éxito del proyecto, se lo apropia el concesionario. Esta notoria asimetría en la absorción de riesgos en proyectos de infraestructura a largo plazo probablemente está también detrás de muchos de nuestros dispendios.

Parece que hemos aprendido de nuestros errores, aunque nos ha costado. El régimen legal anterior se ha modificado drásticamente por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que modifica en este ámbito el TRLCSP. Ahora, cuando la resolución del proyecto se produzca por causas no imputables a la Administración, el importe a abonar al concesionario por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes que deban revertir a la Administración será el que resulte de la valoración (actual) de la concesión, determinado a través de un procedimiento de subasta o licitación de la concesión. En definitiva, en caso de fracaso del proyecto, el concesionario no será compensado por el coste invertido, sino por el valor actual de la concesión una vez fracasada. En otras palabras, merced a la reforma, el concesionario asume de veras el riesgo del proyecto.

Es cierto que en relación con aquellos riesgos sobre los cuales no existen ventajas informativas actuales o potenciales del lado del concesionario -por ejemplo, los asociados a los importes de las expropiaciones- hacer recaer todo el riesgo del resultado sobre el concesionario probablemente no supone la mejor forma de asignar los riesgos. Pero en lo relativo a aquellos en que las ventajas informativas del concesionario son un elemento relevante, la asignación del grueso del riesgo sobre el concesionario tendrá un impacto positivo sobre los incentivos de este y, por tanto, sobre la selección de proyectos de infraestructura que se realizarán (y se financiarán).

Curiosamente, la mayoría de las reacciones jurídicas a esta reforma han sido displicentes, cuando no negativas. Parece que el desprecio hacia los incentivos económicos derivados de las normas y el impacto esperado de estas sobre la eficiencia siguen bien vivos en nuestra cultura jurídica. Ojalá que por poco tiempo.

Fernando Gómez Pomar
Juan José Ganuza