

**LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO IMPULSA
LA FINANCIACIÓN DE PROYECTOS CONCESIONALES A TRAVÉS DE
LAS LLAMADAS CLÁUSULAS "STEP-IN" Y PROMUEVE LA
INICIATIVA PRIVADA EN LOS PROYECTOS PÚBLICOS**

Barcelona, noviembre 2017.-

El pasado día 8 de noviembre, tras una larga tramitación, se publicó la nueva Ley de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 ("LCSP").

Desde la Cámara de Concesionarios de Infraestructuras, Equipamientos y Servicios Públicos (CCIES) queremos informar de dos novedades de gran calado introducidas en la nueva Ley de Contratos del Sector Público que pueden contribuir significativamente a garantizar los *Project Finance*.

Se trata, en primer lugar, de la regulación de las llamadas cláusulas "step-in" que permiten a la entidad financiadora de un proyecto concesional substituir al concesionario en dificultades económicas por otro concesionario más solvente cuando se dan determinadas circunstancias que hacen prever que el primer concesionario puede entrar en concurso.

Después de un largo período de crisis económica y cuando todo indicaba que se empezaba a salir de ella, en el año 2015 surgieron nuevas dificultades en la financiación de proyectos como consecuencia de la desaparición de la garantía implícita del Estado en los proyectos concesionales. La desaparición de la RPA, acrónimo con el que se conoce también al instituto jurídico de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración en materia contractual y por el que se reconocía al concesionario el derecho a recuperar de la Administración concedente el valor de la inversión neta no amortizada en caso de resolución anticipada del contrato, supuso un verdadero cambio en el modelo de asunción de riesgos concesionales.

Las "sugerencias" de la Comisión Europea para no engrosar el déficit público, que acabaron cristalizando en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, sobre Régimen Jurídico del Sector, y que se han reproducido sin modificación alguna en la nueva Ley de Contratos del Sector Público recientemente aprobada, exigieron soluciones concretas para seguir viabilizando la "bancabilidad" de los proyectos concesionales y la reducción de los costes de financiación, en definitiva, para evitar el encarecimiento de los servicios.

Una de estas soluciones concretas consistía en permitir que los contratos de financiación de concesiones incluyeran las cláusulas step-in en favor de los financiadores. Con la nueva Ley de Contratos del Sector Público por fin se va a permitir que estas cláusulas desplieguen toda su fuerza de modo que, si así lo prevén los pliegos, no habrá ningún inconveniente en que se incluyan en los contratos de financiación.

La nueva regulación puede pasar desapercibida, puesto que su admisibilidad se recoge implícitamente en la regulación relativa a la cesión de los contratos (214.2 LCSP). Hasta ahora, la cesión de los contratos estaba sujeta, entre otras limitaciones, a que se hubiera ejecutado al menos el veinte por ciento (20%) del importe del contrato y, tratándose de contratos de gestión de servicios, a que se hubiera ejecutado al menos el veinte por ciento (20%) del plazo de duración. Estos requisitos se flexibilizaban, en los supuestos en los que el concesionario se encontrara en situación de concurso, de modo que no era necesario el requisito del 20% del importe o del tiempo.

Pero la experiencia de los últimos años había demostrado que cuando llega el momento de la declaración de concurso, en la mayoría de los casos, llega tarde, cuando la situación de inviabilidad o insolvencia es insalvable o difícilmente subsanable. Por tanto, la pretendida flexibilidad recogida en la norma para facilitar la transmisión de la concesión en los supuestos de concurso, no era suficiente y no encajaba con la realidad empresarial. Las cláusulas de step-in en virtud de las cuales el financiador de un proyecto se reservaba el derecho a cambiar al concesionario, encontraban dificultades para su aplicación durante los primeros años de la concesión.

Parece que el legislador ha tomado conciencia de la necesidad de dar un paso más y flexibilizar la transmisión de las concesiones, por un lado ha ampliado la posibilidad de ceder las concesiones en situaciones "pre-concursales", por ejemplo, cuando *se pone en conocimiento del juzgado competente para la declaración del concurso que se han iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio*, y por otro lado, se ha reconocido la posibilidad de que dicha cesión se haga en situaciones incluso previas a la "visita" al juzgado del concurso, siempre que exista *algún indicio claro y predeterminado de la inviabilidad económica, presente o futura, de la concesión, con el fin de evitar la resolución anticipada del contrato*.

En este último supuesto es cuando las denominadas cláusulas step-in de los contratos de financiación podrán desplegar todos sus efectos, y para su aplicación será necesario que los *pliegos prevean, mediante cláusulas claras e inequívocas*, que el financiador, que reúna la condición de *acreedor pignoraticio o hipotecario*, tendrá el *derecho a solicitar la cesión de una concesión de obras o de servicios para hacer posible la subrogación de un tercero en todos los derechos y obligaciones del concesionario*.

Podemos concluir este primer punto indicando que con la posibilidad de permitir en la contratación pública las cláusulas step-in de los contratos de financiación de *project finance*, la legislación española se sitúa en materia de contratación pública a la par que otros Estados europeos en materia de fomento y garantía a la financiación de concesiones.

La segunda de las novedades más relevantes de la nueva Ley de Contratos del Sector Público es la relativa a la iniciativa privada en la promoción de proyectos públicos.

La iniciativa privada se refiere a la posibilidad de que operadores privados identifiquen y propongan a la Administración pública proyectos de obras o servicios con el fin de dinamizar el patrimonio de las Administraciones Públicas y la promoción en la prestación de servicios.

Hasta el momento, en base a la regulación anterior, la iniciativa privada solo cabía en relación con las concesiones de obras. A partir de la entrada en vigor de la nueva LCSP, se extiende el ámbito de la iniciativa privada a las concesiones de servicios públicos. En ambos supuestos, la contratación estará sujeta a los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia.

El legislador consciente de la importancia de la iniciativa privada para el desarrollo económico del País, ha previsto, además, una serie de medidas para incentivarla. Así pues, prevé, no solo el derecho de resarcimiento de los gastos derivados de la preparación y presentación del proyecto, sino también una bonificación significativa en la puntuación del concurso para el promotor del mismo consistente en la obtención de cinco puntos porcentuales adicionales a los obtenidos por aplicación de los criterios de adjudicación establecidos en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares (28.3 y 247.5).

Esta nueva regulación servirá, sin duda, para dar un impulso definitivo a los proyectos concesionales en estos momentos de “sequía” de iniciativa pública.

Cámara de Concesionarios de Infraestructuras, Equipamientos y Servicios Públicos (CCIES)