

UN EJEMPLO DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE UN CONTRATO DE CONCESIÓN

Bartolomé Ibáñez Sorribes.
Universidad Jaime I. Castellón

Sumario

- 1.- *Introducción.*
- 2.- *Objeto del estudio: criterios de adjudicación para una concesión.*
- 2.- *Análisis de su eficiencia.*
- 3.- *Soluciones.*
- 4.- *Conclusión*

1.- Introducción.

Alumnos de la licenciatura de derecho me pidieron un ejemplo concreto del razonamiento económico aplicado al Derecho, más allá del estudio de variables que parecen más propias de la Economía, como el estudio de la inflación, el desempleo, los ciclos económicos, la formación de los precios, etc.

En concreto, tenían interés en el análisis, desde la metodología económica, del pliego de cláusulas administrativas para la adjudicación, por concurso, de una concesión administrativa. En esencia, se trataba de la privatización del suministro de un bien que por obligación una corporación local debe suministrar, concretando el análisis en la eficiencia de los criterios de adjudicación del concurso. Fijado por ellos el objeto de nuestro estudio, como metodología de análisis se utilizó el excelente trabajo del profesor De Rus (2001)¹, siendo este artículo un resumen de nuestras reflexiones.

2.- Objeto del estudio: criterios de adjudicación para una concesión.

La concesión administrativa es un contrato de gestión entre la administración y una persona física o jurídica por la que la primera encomienda la prestación de un determinado servicio público a la segunda, a cuenta y riesgo de ésta.

El procedimiento general de selección del concesionario, en el marco normativo actual, es el concurso, procedimiento en que la administración fija y pondera unos criterios objetivos de adjudicación, criterios que servirán para puntuar las distintas ofertas de los concursantes, adjudicando el concurso a la proposición con mayor puntuación. La norma cita como criterios de adjudicación el precio del servicio, el plazo de ejecución, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, etc.

El concurso objeto de nuestro análisis fijaba como criterios de adjudicación, con mayor ponderación (75%), la estructura operativa de la empresa (medios humanos y materiales), la calidad del bien a suministrar y el precio del servicio o

¹ De Rus, Gines: “infraestructuras, participación privada y contratos de concesión”, en España 2000. Un balance. Economistas^o 87. 2001

tarifa a cobrar a los administrados. El plazo del contrato de concesión era fijo. A pesar de que la calidad del bien a suministrar figuraba como criterio de adjudicación, la administración tenía una idea definida de dicha calidad y del proceso tecnológico para conseguirla.

3.- Análisis de la eficiencia en la adjudicación.

La empresa que resulte ganadora del concurso de concesión buscará recuperar la inversión (I), teniendo en cuenta los costes de mantenimiento (M), el plazo de la concesión (T), el tipo de interés o descuento (r), precio o tarifa del servicio y la demanda o cantidad del bien a suministrar.

Matemáticamente, se cumple si:

$$I = \sum_{i=1}^T \frac{1}{(1+r)^i} [p_i Q_i - M_i] \quad (1)$$

Suponiendo para este análisis que $r=0$ y p, Q y M son constantes, (1) puede simplificarse, resultando:

$$I = [pQT] - [MT] \quad (2)$$

Es evidente que una determinada calidad exigirá un determinado proceso productivo o de suministro y este está relacionado con la inversión. La decisión del concursante sobre la inversión (I), determinará (según el proceso tecnológico), el coste de mantenimiento (M). Las empresas que podían estar interesadas en participar en el concurso (y resultar adjudicatarias), son empresas con estructuras humana, material y de capital importante, por lo que los criterios de calidad y estructura organizativa tienen una finalidad de restricción a empresas sin experiencia y de reciente entrada en el mercado. Si no existe discrecionalidad, estos dos criterios no serán significativos para las empresas del sector, quedando en consecuencia el precio o tarifa del servicio como criterio de adjudicación decisivo.

En consecuencia, conocidas pues todas las variables, el precio o tarifa del bien que deberá proponerse por los concursantes será aquel que asegure el equilibrio financiero de (2), incluidos unos beneficios 'normales' para el capital (incluidos en M). Así,

$$p = \frac{I + MT}{QT} \quad (3)$$

En estas condiciones de certeza, el precio del servicio o tarifa (p) a cobrar al administrado resulta relevante, en términos de eficiencia, para seleccionar la empresa adjudicataria. Para la misma calidad de suministro de un bien, el precio es función del volumen de inversión y de los costes de mantenimiento, siendo Q y T fijos.

Sin embargo y generalmente Q es incierta *a priori* y el resultado de p en (3), conocidas T , I , M y r , depende de la estimación de Q por el concursante. Con Q incierta la variable precio del servicio (p) es función inversa de la demanda estimada por el concursante, subjetividad en la estimación que se convierte en criterio de adjudicación implícito.

Sin embargo, además, la demanda real (Q^r) deferirá durante el plazo de contrato de la Demanda estimada (Q^e) en la fase de concurso. Dado que p es fijo, en términos reales, la divergencia entre el valor estimado y real de la demanda afectará al equilibrio financiero dado por (2). Si la demanda estimada, *a priori*, es menor que la demanda real de la adjudicataria ($Q^e < Q^r$), el concesionario se encontrará con unos beneficios extraordinarios que suponen un coste social, una transferencia de renta de los administrados al concesionario más allá de su retribución por el servicio y por sus beneficios 'normales' previstos.

De forma contraria, si la demanda esperada es mayor que la demanda real ($Q^e > Q^r$) –situación de pérdidas para el concesionario- habrá incentivos para que la administración contratante autorice un aumento de p (¿acaso no es lo frecuente que se autoricen?), lo que supone que se habrá seleccionado al concesionario no por su eficiencia sino por su optimismo con respecto a la demanda, siendo el administrador quien debe pagar por esta ineficiencia.

En ninguno de los dos casos, el concesionario tendrá incentivos para mejorar costes (M). El coste social será mayor por unos mayores costes de mantenimiento.

De cuanto antecede, podemos concluir que el procedimiento de adjudicación analizado era ineficiente:

1º.- Implícitamente, el optimismo de los concursantes se introduce como criterio de adjudicación y podía determinar el resultado de la selección.

2º.- Las divergencias entre la demanda real y estimada son un coste social, bien como beneficios extraordinarios, bien por los incentivos para aumentar la tarifa o precio del servicio.

3º.- No existen incentivos para aminorar el coste de mantenimiento.

4.- Una solución: flexibilizar el plazo del contrato de concesión.

Puesto que la administración contratante había suministrado el bien ahora objeto de privatización, tenía información sobre la evolución la demanda. Facilitar dicha información hubiera reducido las diferencias de estimación entre los concursantes, si bien no resuelve el problema en términos de eficiencia.

Una alternativa, conforme a la experiencia adquirida por la propia administración en los numerosos años de prestación de servicio, era especificar en el Pliego de cláusulas económico-administrativas la demanda esperada por la administración (Q^{ea}) del bien objeto de concesión y flexibilizar el plazo del contrato, ajustándolo a las divergencias entre la demanda real y estimada. El marco normativo actual fija límites de duración al plazo de concesión, según el objeto del servicio público. Nada impide, sin sobrepasar dichos límites, arbitrar

una fórmula de prórroga automática del contrato de concesión en función de las divergencias entre demanda esperada *a priori* para la proposición en el concurso y la demanda real durante la ejecución del contrato. Al hacerlo así, Q se convierte en una variable cierta en la fase de concurso (la demanda estimada por la administración, Q^{ea}) y p en (2) solo depende de la inversión que debe realizarse y la estructura de costes (M), evitando toda subjetividad en la estimación de la demanda como criterio de adjudicación implícito.

Flexibilizar el plazo conforme a las divergencias entre demanda real y estimada por la administración, evitará incentivos (con mayor o menor complacencia de la administración contratante) a aumentar el precio o tarifa. El concesionario, asegurará la recuperación de la inversión y beneficios 'normales' esperados en (2), no con variaciones de precios, sino mediante de ajuste en el plazo de concesión. Se evitará también propuestas estratégicas con bajo precio o tarifa, para asegurar la contratación, para luego conseguir de la administración un aumento de aquel.

En el caso de que la demanda real sea superior a la demanda estimada, situación en que el concesionario obtendría unos beneficios extraordinarios (superior a los normales), con una transferencia no deseada de renta de los administrados a éste, es fácil regular tres mecanismos para eliminar dicha transferencia de renta:

- 1.- Minorar p . Puede establecerse un mecanismo de revisión de precios, que ajuste las tarifas a dicha divergencia;
- 2.- Incluir un canon de concesión a favor de la administración, igual al beneficio extraordinario, revirtiendo dicho beneficio extraordinario a la colectividad.
- 3.- Sin embargo, en términos de eficiencia, conforme a la ley de la oferta y la demanda, un aumento de la demanda en bienes escasos, el precio o tarifa debería aumentar y no disminuir, lo que conllevaría un uso racional del bien. En este caso, el aumento del beneficio extraordinario por aumento del precio o tarifa p , como mecanismo de asignación de recursos, puede compensarse mediante variaciones en T o también mediante aumento del canon de concesión.

Por último, puesto que el concesionario no tendrá beneficios extraordinario por la divergencia entre la demanda real y esperada, sólo puede mejorar el beneficio inicialmente esperado si mejora el coste de mantenimiento (M), por lo que tendrá incentivos para ello, sin que esta situación sea un coste social.

5.- Conclusión.

El análisis económico de las aplicaciones normativas es necesario para cumplir con el principio de eficiencia con que la administración debe servir los intereses generales. En el ejemplo estudiado, bastante frecuente en la selección una concesión por las administraciones, en que el precio o tarifa del bien o servicio a suministrar se convierte en un criterio decisivo para la adjudicación, se revela como ineficiente. Sin embargo, al introducir en el marco normativo del proceso de adjudicación (pliego de cláusulas económico-administrativas), la flexibilidad en el plazo del contrato de concesión, se suprimen costes sociales e ineficiencias.