



INFORME DE PROMOCIÓN DA COMPETENCIA IPRO 2/2020 SOBRE EVENTUAIS COMPENSACIÓNS AS CONCESIONARIAS DE AUTOESTRADAS E AUTOVÍAS DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA POLA REDUCIÓN DE INGRESOS DURANTE A VIXENCIA DO ESTADO DE ALARMA DESDE A PERSPECTIVA DA COMPETENCIA.

En Santiago de Compostela, a 27 de outubro de 2020

PRESENTACIÓN E BASE XURÍDICA

Nos contextos de crise, como o que estamos a atravesar, non son infrecuentes as voces que reclaman suprimir a aplicación das normas do dereito da competencia, pero é precisamente nesas excepcionais circunstancias cando a competencia constitúe un importante instrumento para poder superar as dificultades e encarar o futuro con expectativas favorables tanto para os operadores económicos como para os consumidores e usuarios.

A necesidade de aplicar nestes tempos o dereito da competencia é a razón de que este Pleno da Comisión Galega da Competencia (CGC) queira manifestar por medio deste Informe de Promoción da Competencia (IPRO) a súa posición sobre os problemas de competencia que se están a detectar nos diferentes ámbitos económicos en Galicia

A Comisión Galega da Competencia é a Autoridade de Competencia en Galicia, que se configura, como se recolle no artigo 38 da Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico de Galicia, como o órgano colexiado independente encargado da aplicación na Comunidade Autónoma de Galicia da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia, (LDC) segundo os criterios establecidos pola Lei 1/2002, de coordinación de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas en materia de defensa da competencia.

O presente Informe resume a propia experiencia da CGC, xunto coa das demais Autoridades da competencia españolas (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia e as Autoridades Autonómicas de la Competencia) e Europeas e os pronunciamentos xudiciais adoptados na materia.

Analizada a situación exposta no Pleno da Comisión Galega da Competencia (CGC) na súa reunión do 27 de outubro de 2020, coa composición expresada e sendo relator D. Ignacio López-Chaves y Castro, acordou emitir de oficio o presente informe de Promoción da Competencia (IPRO), ao abeiro do disposto no art. 26.2 g) e n) do Decreto 118/2016, do 4 de agosto, polo que se crea o Instituto Galego do Consumo e da Competencia e se aproban os seus estatutos.



O Artigo 26, parágrafo 2º, na súas letras g) e n), do Decreto 118/2016 asigna a este organismo, como función: g) "Vixiar o funcionamento competitivo dos mercados para garantir os niveis de competencia efectiva nos mesmos en beneficio das persoas consumidoras e usuarias de Galicia. y n)" Emitir informe sobre a posible vulneración da normativa de unidade de mercado naqueles casos que se consideren de interese para o mantemento ou a defensa da libre competencia na Comunidade Autónoma de Galicia".

Polo exposto, o Pleno, que é quen ten atribuída esta competencia, considera de interese a elaboración do presente informe como consecuencia da publicación de diversas noticias nos medios de comunicación sobre a posibilidade de compensacións ás empresas concesionarias das autoestradas e das autovías con peaxe na sombra de titularidade da Comunidade Autónoma de Galicia pola redución de ingresos que tiveran os seus concesionarios durante a vixencia do estado de alarma declarado polo Real Decreto 463/2020 e as súas sucesivas prórrogas como consecuencia da diminución de tráfico de vehículos polas mesmas.

VISIÓN DESDE A PERSPECTIVA DAS AXUDAS PÚBLICAS

As eventuais compensacións económicas aos concesionarios pola súa diminución de ingresos a causa do estado de alarma, debe enmarcarse, ao menos inicialmente, no ámbito das axudas públicas e analizar a incidencia do seu outorgamento desde a perspectiva da libre competencia.

A incompatibilidade de principio; Prohibición xeral e excepcións.

En efecto, as axudas públicas, figura na que encaixarían inicialmente esas denominadas compensacións, son unha das manifestacións da intervención pública na actividade económica e, por tanto, un factor externo ou exógeno ás propias forzas do mercado que pode supor problemas desde o punto de vista da competencia¹.

Por iso, a regra xeral no ámbito UE é a da prohibición de aquelas medidas que poden cualificarse como axudas públicas (o de Estado), por reunir as condicións que enuncia o art. 107.1 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (TFUE), conforme ao cal "Salvo que os Tratados dispoñan outra cousa, serán incompatibles co mercado interior, na medida na que afecten aos intercambios comerciais entre os Estados membros, as axudas outorgadas polos Estados ou mediante fondos estatais, baixo calquera forma, que falseen ou ameacen falsear a competencia, favorecendo a determinadas empresas ou producións .

Dita prohibición, sen embargo, non é radical nen absoluta, senón só "de principio", na medida na que si unha medida é considerada axuda estatal ex artigo 107.1 TFUE, pode ser excepcionalmente autorizada, se concorre algunha das excepcións previstas no propio artigo 107.2 y 3 TFUE ao abeiro do disposto no artigo 106 TFUE, respecto das actividades cualificadas como de interese económico xeral (SIEG).

Existe, en consecuencia, circunstancias excepcionais cuxa concorrencia e acreditación permite excluír o carácter de axuda estatal ou excepciónar a regra xeral prohibitiva, de tal maneira que existen compensacións que eluden a condición de axudas ou que, de

¹ Neste sentido La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) fala de "o potencial distorsionador da competencia das axudas de Estado e a problemática que xeran en termos de procedementos de infracción por parte da Comisión Europea". IPN/CNMC/010/15 Anteproxecto de lei de contratos do sector público.



considerarse como tales, son automáticamente compatibles co mercado interior, como son as contempladas no art. 107. 2 do TFUE e outras que poden ser declaradas compatibles co mesmo pola Comisión Europea, que son as previstas no parágrafo 3º do mencionado artigo 107 TFUE. Entre as primeiras(as automáticamente incompatibles) destacan, no presente contexto de pandemia, as axudas destinadas a reparar os prexuízos causados por desastres naturais ou por outros acontecementos de carácter excepcional (art. 107.2.b)TFUE e entre as segundas (as que poden ser declaradas compatibles) as axudas para fomentar a realización dun proxecto importante de interese común europeo ou destinadas a por remedio a unha grave perturbación na economía dun Estado membro (art. 107.3.b) TFUE. Ambos preceptos, xunto coa excepción contida no artigo 107.3.c) TFUE son a base xurídica á que a Comisión Europea acudiu para adoptar o vixente Marco temporal relativo ás medidas de axuda estatal destinadas a respaldar a economía no contexto do actual brote de COVID-19², aprobado o 19 de marzo de 2020 e os seus catro revisións posteriores.

Dito Marco Temporal permite autorizar con maior flexibilidade e rapidez certas axudas cando están destinadas a respaldar a economía no contexto do COVID-19, fixando un prazo temporal para a concesión das mesmas (ampliado con carácter xeral ata o 30 de xuño de 2021, na súa revisión de 13.10.2020)³, sinalando que non poderán ser para empresas que xa estivesen en dificultade a 31 de decembro de 2019 e establecendo un réxime especial para os sectores agrícola e pesqueiro. Este Marco temporal foi posteriormente revisado.

Compensacions e Axudas de Estado

Polau súa parte, o artigo 106,2 TFUE prevé un réxime singular para os Servizos cualificados como de Interese Económico Xeral (SIEG) cando dispón:

“2. As empresas encargadas da xestión de servizos de interese económico xeral ou que teñan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas ás normas dos Tratados, en especial ás normas sobre competencia, na medida na que a aplicación de ditas normas non impida, de feito, ou de dereito, o cumprimento da misión específica a elas confiada. El desenvolvemento dos intercambios non deberá quedar afectado en forma tal que sexa contraria ao interese da Unión.”

Tras unha xurisprudencia cambiante e controvertida, a liña de interpretación definitiva acerca do carácter de axuda estatal ou non das compensacións ás empresas prestadoras polas cargas derivadas da prestación de servizos cualificados como de interese xeral, en 2001 a sentenza Ferring⁴ puxo fin á polémica previa concluíndo de forma definitiva que non podían cualificarse como axuda estatal a simple compensación por parte dos poderes públicos dos sobrecustes nos que incorran as empresas encargadas da prestación de servizos cualificados como de Interese Económico Xeral (en adiante, SIEG) nas condicións que lle son exixibles.

A importancia daquel erro debe enmarcarse de maneira necesaria no delicado e difícil problema formulado polo financiamento público das empresas – públicas o privadas - que asumen a prestación do SIEG, máxime cando esta resulta case sempre indispensable para a súa supervivencia. Se a estes ingredientes sumamos as dificultades que derivan da liberalización dos sectores nos que estas empresas prestan os seus servizos, coa apertura á competencia de moitas actividades tradicionalmente desempeñadas en réxime

² Comunicación da Comisión, Marco Temporal relativo ás medidas de axuda estatal destinadas a respaldar a economía no contexto do actual brote de COVID-19 (2020/C 91 I/01).

³ Diario Oficial da Unión Europea (DO) C 340 I, de 13.10.2020, p. 1.

⁴STJCE, de 22 de novembro de 2001, en relación á cuestión prexudicial suscitada no caso Ferring SA c. Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS), Rec. 2003, p. I-07947.



de monopolio, non cabe dúbida que a resposta do Tribunal, por lóxica que resultase, constituíu unha verdadeira revolución.

Pero a afirmación de que a mera compensación dos sobrecostos derivados do cumprimento das obrigas derivadas da asunción de misións cualificables como de SIEG non constituían axuda estatal e, por lo tanto, non debían ser tratada como axuda estatal, expresaba o problema de que ditos achegamentos puideran quedar practicamente exentas de control. De aí a importancia da sentenza Altmark, de 24 de xullo de 2003⁵, na que o Tribunal de Justicia estableceu as condicións necesarias para que as compensacións de servizo público non constituían axudas estatais. Nesa sentenza, o TJCE vai asumir e ratificar a doutrina sentada pola sentenza Ferring, dando un paso máis, ao precisar catro requisitos que deben concorrer simultánea, para que as compensacións controvertidas podan eludir a cualificación como axudas estatais, ao non poder ser reputadas como “vantaxes”:

En primeiro lugar, a empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada da execución de obrigacións de servizo público e estas deben estar claramente definidas.

En segundo lugar, os parámetros para o cálculo da compensación deben establecerse previamente de forma obxectiva e transparente, para evitar que esta confira unha vantaxe económica que poida favorecer á empresa beneficiaria respecto ás empresas competidoras.

En terceiro lugar, a compensación non pode superar o nivel necesario para cubrir total ou parcialmente os gastos ocasionados pola execución das obrigacións de servizo público, tendo en conta os ingresos correspondentes e un beneficio razoable pola execución destas obrigacións.

En cuarto lugar, cando a elección da empresa encargada de executar obrigacións de servizo público, nun caso concreto, non se realizou no marco dun procedemento de contratación pública que permita seleccionar ao candidato capaz de prestar estes servizos orixinando o menor custo para a colectividade, o nivel da compensación necesaria debe calcularse sobre a base dunha análise dos custos que unha empresa media, ben xestionada e adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer as esixencias de servizo público requiridas, soportaría para executar estas obrigacións, tendo en conta os ingresos correspondentes e un beneficio razoable pola execución destas obrigacións.

A Comisión Europea desenvolveu ditas condicións en dúas ocasións, sendo o marco vixente o definido polos seguintes instrumentos:

A Comunicación da Comisión sobre a aplicación das normas da Unión Europea sobre axudas estatais ás compensacións concedidas pola prestación de servizos de interese económico xera⁶; a Decisión da Comisión, do 20 de decembro, sobre a aplicación do artigo 106, apartado 2, do Tratado de Funcionamento da Unión Europea ás axudas estatais en forma de compensación por servizo público concedidas a determinadas empresas encargadas da explotación de servizos de interese económico xeneral⁷ (DO L 7, de 11.01.2012, p. 3) e, finalmente, o Regulamento da Comisión sobre a aplicación dos artigos 107 e 108 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea ás axudas de *minimis* concedidas a empresas que prestan servizos de interese económico xeral⁸.

⁵ Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, asunto C-280/00, Rec. 2003, p. I-07947

⁶ DO C 8, de 11.01.2012, p. 4

⁷ DO C 8, de 11.01.2012, p. 4

⁸ DO L 114, de 26.04.2012 p.8



Fóra das devanditas previsións, calquera achega ou medida que reúna as condicións previstas no artigo 107.1 TFUE debe ser tratada como axuda estatal e suxeitarse ás previsións establecidas para as mesmas.

AXUDAS DE ESTADO AO SECTOR DE EMPRESAS CONCESIONARIAS DE AUTOESTRADAS Y AUTOVÍAS

Neste marco xeral da regulación europea das axudas de Estado hai que situar a solicitude que puidera propor ao sector das empresas explotadoras de contratos de concesión de autoestradas ou autovías con contratos de concesión de obra pública destinados á construción e explotación das mesmas (peaxe na sombra) de Galicia para reclamar eventuais compensacións por perdas de ingresos durante a declaración do Estado de Alarma, co obxectivo de restablecer o equilibrio económico deses contratos de concesión que puideran verse alterados pola redución de tráfico derivado do referido Estado de Alarma.

A Comunicación de la Comisión relativa ao concepto de axuda estatal conforme ao disposto no artigo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamento da Unión Europea⁹ (2016/C 262/01) sinala expresamente, recollendo nun epígrafe propio a práctica decisional da propia Comisión Europea e os pronunciamentos dos tribunais europeos, que o financiamento público de infraestruturas non acostumaba considerarse que entrase no ámbito das normas sobre axudas estatais, xa que a súa construción e explotación estimábase que constituían medidas xerais de interese público e non unha actividade económica.

Con todo, como apunta a Comisión, a aparición de novos elementos como a liberalización, o outorgamento de concesións, a integración do mercado e o avance tecnolóxico incrementaron o ámbito para a explotación comercial desas infraestruturas. Esta evolución foi recoñecida na sentenza *Aéroports de Paris*¹⁰ e outras¹¹ que aínda que se refiren especificamente aos aeroportos (infraestruturas aeroportuarias) sinala que "(...) os principios desenvolvidos polos órganos xurisdicionais da Unión parecen ser de interpretación máis xeral e, polo tanto, aplicables á construción doutras infraestruturas que están indisolublemente vinculadas a unha actividade económica"¹². Por todo iso, a explotación dunha estrada de peaxe (en calquera das súas modalidades) constitúe, en moitos casos, unha actividade económica

⁹ DO C 263, de 19.7.2016, p. 1.

¹⁰ Sentencia del Tribunal General de 12 de decembro de 2000, *Aéroports de Paris/Comisión*, T-128/98, ECLI:EU:T:2000:290, apartado 125, confirmada en casación na sentenza do Tribunal de Justicia de 24 de outubro de 2002, *Aéroports de Paris/Comisión*, C-82/01 P, ECLI:EU:C:2002:617. Tamén sentenza do Tribunal General de 17 de decembro de 2008, *Ryanair/Comisión*, T-196/04, ECLI:EU:T:2008:585, apartado 88.

¹¹ Como a sentenza Leipzig/Halle que confirmou que a construción dunha pista dun aeroporto comercial constitue unha actividade económica en si. Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011, *Freistaat Sachsen y Land Sachsen-Anhalt y otros/Comisión*, asuntos acumulados T-443/08 y T-455/08, ECLI:EU:T:2011:117, en particular os apartados 93 y 94, confirmada en casación na sentenza do Tribunal de Justicia de 19 de decembro de 2012, *Mitteldeutsche Flughafen AG y Flughafen Leipzig-Halle GmbH/Comisión*, C288/11 P, ECLI:EU:C:2012:821, en particular apartados 40 a 43 y 47.

¹² Comunicación da Comisión relativa ao concepto de axuda estatal conforme ao disposto no artigo 107, apartado 1, do Tratado de Funcionamento de la Unión Europea (2016/C 262/01), apartado 202 in fine.



No que se refire a axudas aos operadores de infraestruturas, (é dicir, empresas que fan un uso directo da infraestrutura para prestar servizos aos usuarios finais, incluídas as empresas que adquiren a infraestrutura ao promotor/propietario para explotala economicamente o que obtén unha concesión ou arrendamento para o uso e explotación da infraestrutura) esta Comunicación sinala que:

“Os operadores que fan uso da infraestrutura subvencionada para prestar servizos aos usuarios finais gozan dunha vantaxe si a utilización da infraestrutura achégalles un beneficio económico que non obterían en condicións normais de mercado. Adoita ser así si o que pagan polo dereito para explotar a infraestrutura é menos do que pagarían por infraestruturas comparables en condicións normais de mercado”.

En resumen, mentres que as estradas para uso público e gratuíto son infraestruturas xerais e o seu financiamento público non entra normalmente no ámbito das normas sobre axudas estatais, a explotación dunha estrada de peaxe constitúe en moitos casos unha actividade económica e as axudas que perciban quen as xestiona pode, alo menos potencialmente, ser considerada axuda de Estado se se dan as seguintes catro condicións que enuncia o artigo 107.1 TFUE : 1) que a medida debe ser imputable ao Estado e concedida con recursos estatais; 2) ten que conferir unha vantaxe económica ás empresas; 3) a vantaxe debe ser selectiva (favorecer a determinadas empresas ou producións) e, 4) a medida debe distorsionar ou ameazar con distorsionar a competencia e afectar ao comercio entre Estados membros¹³.

Esas potenciais axudas de Estado poden ter moitas modalidades xa que o art. 107, 1 do TFUE establece o principio xeral de indiferenza da forma desa axuda, de tal maneira que pode consistir, entre outras, en subvenciones públicas, en inxección de capital público, en medidas fiscais, así como -e sería o caso- unha eventual ampliación do prazo da concesión. Calquera desas medidas reforza a posición do actual concesionario en detrimento dos sus competidores.

As normas da UE sobre axudas estatais permiten aos Estados membros conceder esas axudas para inversións en infraestrutura co fin de estimular o crecemento económico, pero sempre suxeitándose a determinadas condicións, entre elas, a necesidade de evitar unha compensación excesiva e por outro garantir que se manteña unha competencia efectiva no mercado¹⁴.

A adopción de todo tipo de medidas de poidan constituír axuda hai que notificalas previamente á Comisión Europea¹⁵, debendo de suspenderse a súa execución (stand

¹³ *Ayuda de Estado SA.56832 (2020/N) – Croacia Sexta emenda ao contrato de concesión relativa á Autopista de Istria (subfase 2B2-1: tramo Vranja Intercambiador al Túnel de Učka/portal de Kvarner), parágrafo 53.* A xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da UE e a práctica da Comisión Europea concretaron a exigencia cumulativa destes catro requisitos para que poida falarse de axuda estatal, co que basta con que non concorran un deles para que non poda entenderse que nos encontramos ante unha axuda de Estado.

¹⁴ Neste sentido as axudas de Estado SA.56832 (2020/N) – Croacia Sexta emenda ao contrato de concesión relativa á Autoestrada de Istria (subfase 2B2-1: tramo Vranja Intercambiador al Túnel de Učka/portal de Kvarner); Axuda de Estado SA.2014/N 38271 – Francia Plan de estímulo a autopistas y Ayuda de Estado SA.49335 (2017/N) y SA.49336 (2017/N) – Italia Plan de Inversións en Autoestradas de Italia

¹⁵ Art. 108. 3 do TFUE que sinala que “A Comisión será informada dos proxectos dirixidos a conceder ou modificar axudas coa suficiente antelación para poder presentar as súas observacións”. Neste mesmo sentido o art.2.1 Regulamento (UE) 2015/1589 do Consello de 13 de xullo de 2015 polo cal se establecen normas detalladas para a aplicación do artigo 108 del Tratado de Funcionamento da Unión Europea afirma que “Salvo disposición en contrario de cales queira Regulamentos adoptados de conformidade co artigo 109 do TFUE ou calquera outra disposición pertinente do Tratado, o Estado membro interesado deberá notificar á



still clause) ata que a Comisión examínea e determine se constitúe unha axuda estatal en sentido propio ou dunha compensación pola prestación dun Servizo de Interese Económico Xeral (SIEG), conforme ao artigo 106.2 TFUE e as súas normas de desenvolvemento, ditadas tras a sentenza Almark. A obriga de notificar é absoluta, eximíndose só de dita obriga se o encaixa en algún suposto de exención¹⁶ o na regra *de minimis*¹⁷, de tal maneira que, todas as potenciais axudas, incluso as que en opinión do Estado que as outorga non falsean a competencia nin afecten aos intercambios comerciais no mercado interior da UE, deberán de notificarse pois a obriga do art. 108 .3 do TFUE é taxativa. A obriga de suspensión implica a de non executar as medidas propostas ata que se adopte pola Comisión unha decisión sobre a mesma. Advertir que terá a consideración de axuda ilegal calquera nova axuda que se leve a efecto contravindo o previsto no art. 108.3 do TFUE, o que, debemos sinalar, como fixou anticipadamente o Tribunal de Xustiza da Unión Europea, non prexulga nin a súa natureza de axuda estatal nen a súa eventual compatibilidade, pero que sitúa ao Estado membro nunha posición diferente á que aqueles que efectivamente notificaron previamente a medida proposta á Comisión Europea.

AXUDAS A EMPRESAS CONCESIONARIAS DE AUTOESTRADAS E AUTOVÍAS DE GALICIA

As concesións de autoestradas ou autovías (con contratos de concesión de obra pública destinados á construción e explotación das mesmas, as denominadas “peaxe na sombra”) non deben de desvincularse de algo tan característico neses contratos como é o traslado do risco operacional ao concesionario¹⁸. El art. 14. 4 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (LCSP) sinala no seu parágrafo segundo que:

“Considerarase que o concesionario asume un risco operacional cando non estea garantido que, en condicións normais de funcionamento, o mesmo vaia a

Comisión coa suficiente antelación calquera proxecto de concesión de nova axuda. A Comisión comunicará sen demora ao Estado membro de que se trate a recepción de toda notificación”.

¹⁶ Cfr. Regulamento (UE) nº 651/2014 da Comisión de 17 de xuño de 2014 polo que se declaran determinadas categorías de axudas compatibles con mercado interior en aplicación dos artigos 107 y 108 do Tratado (DO L 187 de 26.6.2014, p. 1). A versión consolidada pódese consultar en <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2014/651/2017-07-10> Así mesmo, vid. Regulamento (UE) nº 702/2014 da Comisión, de 25 de xuño de 2014, polo que se declaran determinadas categorías de axuda nos sectores agrícola e forestal e en zonas rurais compatibles con mercado interior en aplicación dos artigos 107 y 108 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (DO L 193 de 1.7.2014, p. 1) e Regulamento (UE) nº 1388/2014 da Comisión, de 16 de decembro de 2014, polo que se declaran determinadas categorías de axudas a empresas adicadas á produción, transformación e comercialización de produtos da pesca e da acuicultura compatibles co mercado interior na aplicación dos artigos 107 y 108 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (DO L 369 de 24.12.2014, p. 37).

¹⁷ A regra de *minimis* en materia de axudas de Estado foi admitida en primeiro lugar pola xurisprudencia, e a Comisión comenzou a aplicala adoptando inicialmente un instrumento de *soft law*, as Directrices comunitarias sobre a norma de *minimis* para as axudas estatais (DO C 68 de 6.3.1996, p. 9) ata dispoñer de habilitación normativa para a adopción de regulamentos por parte da Comisión. Na actualidade a regra de *minimis* contense no Regulamento (UE) nº 1407/2013 da Comisión, de 18 de decembro de 2013, relativo á aplicación dos artigos 107 y 108 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea ás axudas de *minimis* (DO L 352 de 24.12.2013, p. 1).

¹⁸ A Exposición de Motivos de la Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos del sector público, pola que se traspón ao ordenamento xurídico español as Directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febreiro de 2014, afirma que “No que respecta a os contratos de concesión de obras e de concesión de servizos, merece destacarse que en ambas as figuras necesariamente debe haber unha transferencia do risco operacional da Administración ao concesionario, delimitándose no artigo 14 da Lei, en liña co establecido na nova Directiva de adxudicación de contratos de concesión, os casos en que se considerará que o concesionario asume devandito risco operacional”



recuperar os investimentos realizados nin a cubrir os custos en que incorrese como consecuencia da explotación das obras que sexan obxecto da concesión. A parte dos riscos transferidos ao concesionario debe supoñer unha exposición real ás incertidumes do mercado que implique que calquera perda potencial estimada en que incorra o concesionario non é meramente nominal ou desdeñable”

A propia LCSP ao referirse á posible concesión de axudas aos contratistas establece a necesidade de respectar o principio de transferencia efectiva do risco operacional que é a base do contrato de concesión [artigo 252.3; art. 254.1; art. 258 b) e art. 265.1 da LCSP]¹⁹.

Neste sentido hai que ter en conta o Informe de fiscalización sobre peaxe na sombra do Consello de Contas de Galicia no que se afirma que “En calquera caso, ante eventuais solicitudes de reequilibrio por razón de tráfico, o prego de condicións é claro, ao pechar esta posibilidade sinalando expresamente que o concesionario asume o risco e ventura de demanda, sen que poida reclamar á administración compensación algunha polo feito de que a evolución real do tráfico difira da prognosis realizada polo concesionario ou da achegada pola administración. Ademais, nas previsións excesivamente optimistas realizadas polos concesionarios puido influír a presentación de importantes baixas económicas na tarifa ofertada, que xogaron un papel fundamental na adxudicación do contrato”.²⁰

Os prazos de duración desas concesións ten que ser o que conste nos pregos da concesión, pero temos que chamar a atención que estas concesións de autoestradas e autovías con peaxe en sombra son contratos de moi longa duración nos que o equilibrio económico non se debe de determinar de forma instantánea en cada momento ou espazo de tempo (días, semanas ou meses concretos), ese equilibrio debese determinar calculándoo ao longo de toda a duración do contrato. As alteracións negativas dese equilibrio que se poidan producir, xa que tamén poden ser positivas en favor do concesionario, cando sexan momentáneas non terán que supor a ruptura dese equilibrio nen suporá a imposibilidade de cumprir coas súas obrigas polo concesionario xa que non implicarían un risco de continuidade para esa empresa, senón tan so unha perda de rendibilidade que en situacións, como a actual crise derivada da pandemia xerada polo Covid-19, sofre a práctica totalidade das empresas e sectores económicos.

Por esta razón, entende este Pleno, que para examinar se se produce a ruptura dese equilibrio económico se debería de analizar facendo o cálculo de todo o período da eventual concesión incluíndo, tamén, as alteracións positivas en favor da empresa e en principio de risco e ventura e de transferencia efectiva do risco operacional ao concesionario que preside eses contratos para evitar, como sinalou reiteradamente o Tribunal de Xustiza da Unión Europea, que a concesión dunha axuda sexa destinada a liberar a unha empresa dos custos que normalmente ten que soportar na súa xestión diaria ou nas súas actividades normais, alterando con iso as condicións de competencia²¹.

As empresas concesionarias teñen no seu favor, por iso, elementos dos que non gozan moitas desas outras empresas que tamén padecen as consecuencias desa crise: a longa duración deses contratos de concesión e a súa condición de monopolistas respecto da

¹⁹ O artigo 197 de la LCSP sinala, como regra xeral na execución dos contratos administrativos, que o contrato se realizará a risco e ventura do contratista.

²⁰ Informe de fiscalización sobre peaxe na sombra do Consello de Contas de Galicia, año 2008.

²¹ Sentenza de 19 de setembro 2000, asunto C-156/98, Alemaña v Comisión, ECLI:EU:C:2000:467, párr. 30 y Sentencia de 3 de Marzo de 2005, asunto C-172/03, Wolfgang Heis er v Finanzamt Innsbruck, ECLI:EU:C:2005:130, párr. 55.



infraestrutura de que se trate derivada do título concesional ²² o que significa que esa redución temporal de actividade lles será menos prexudicial e a poderá recuperar ao longo de toda a duración dese contrato, cuxo deseño non está previsto para maximizar o beneficio senón para garantir un equilibrio financeiro que permita obter ao concesionario un retorno razoable.

Tamén se debe de ter en conta que a adopción de medidas que favorezan a un operador económico activo neste sector das empresas explotadoras de concesións administrativas de transporte, afecta evidentemente á capacidade dos outros operadores económicos do sector, sen esquecer a íntima vinculación desas empresas concesionarias co sector da construción de tal maneira que calquera medida de axuda que favoreza ás primeiras será tamén beneficiosa para as segundas.

Neste sector, o da construción, mantemento e explotación de autoestradas contra peaxes, é de natureza e dimensión internacional posto que existen numerosos operadores activos a nivel global polo que a axuda estatal que se poida outorgar a alguén deles -se a compensación non cumpre as estritas condicións establecidas pola sentenza Almark e a normativa aplicable ao respecto- afectará ao comercio da UE como recoñece a propia Comisión²³. Neste sentido declarou o Tribunal de Xustiza da UE, que calquera concesión de axuda a unha empresa que exerza as súas actividades no mercado interior pode causar distorsión da competencia e afectar ao comercio entre Estados membros²⁴, o que implica, como xa expuxemos, que a medida en cuestión sexa reputada axuda estatal se concorren as demais condicións que establece o artigo 107.1 TFUE.

É preciso sinalar que, nas licitacións públicas, como as das concesións, os concursos se realizan cada certo prazo e o gañador obtén por un largo período de tempo esa concesión, podendo proporcionar ese servizo en réxime exclusivo durante todo ese período de duración da concesión. Por tanto, nos mercados de licitacións de concesións públicas o gañador obtén, de forma legal, a exclusividade para proporcionar o produto ou servizo licitado en réxime de monopolio durante un tempo determinado ao cabo do cal a concesión debe saír a concurso novamente.

Esa exclusividade en favor desa empresa durará todo o tempo de vixencia da concesión ata o momento no que saia novamente a licitación.

Nestas licitacións a competencia prodúcese “polo mercado” é dicir por obter a concesión, e non “no mercado”²⁵ que é o máis habitual, de tal maneira que as empresas compiten entre si no momento do concurso, pero unha vez adxudicado xa non existe esa posibilidade de competir ata o momento no que se volva a abrir ese mercado pola convocatoria dun novo concurso.

Por iso, entende este Pleno, que a decisión de ampliar o prazo dunha concesión (aínda que sexa como fórmula de compensación) é aínda máis relevante que a fixación inicial do prazo e debe valorarse como unha restrición á competencia que debe someterse en todo caso aos principios de necesidade, proporcionalidade e ao exame da existencia, no seu

²² Aínda que en xeral existan varias alternativas ao obxecto da concesión, a súa propia natureza e condicións fanas atractivas para os potenciais usuarios ata o punto de estar dispostas a pagar unha peaxe fronte á alternativa de balde existente no seu caso.

²³ Ayuda de Estado SA.56832 (2020/N) – Croacia Sexta emenda ao contrato de concesión relativa á Autopista de Istria (subfase 2B2-1: tramo Vranja Intercambiador al Túnel de Učka/portal de Kvarner, apartado 67.

²⁴ Sentencia de 17 de setembro de 1980, asunto C-730/79, Philip Morris Holland/Comisión, ECLI: EU: C: 1980: 209, par. 11 y 12; y Sentencia de 30 de abril de 1998, asunto T-214/95, Vlaams Gewest (Región Flamenca)/Comisión, ECLI: EU: T: 1998: 77, par. 48-50.

²⁵ Resolución da CGC 3/2020 – Arriva Noroeste S.L. (na actualidade, Arriva Galicia, SL)



caso, dunha alternativa menos restritiva, pois implicará un peche dese mercado que se considera prexudicial para a competencia e en prexuízo dos demais operadores do sector e dos consumidores. Por iso se deberán de evitar esas prórrogas ao fin de impedir que se introduzan restricións inxustificadas á competencia e se garanta o dinamismo e frecuencia no proceso competitivo de «acceso ao mercado».

Neste mesmo senso pronunciouse a CNMC que sinala que incluso cando se atopen xustificadas as prórrogas e a súa posibilidade estea establecida nos pregos, so débese recorrer a elas como mecanismo verdadeiramente excepcional, para evitar o risco de que outorgamentos sucesivos de prórrogas ao contratista leven a un peche do mercado por longos e potencialmente indefinidos períodos de tempo, indicando tamén que deben evitarse as prórrogas sobrevidas do prazo contractual (por exemplo, en contratos de xestión de servizos públicos) como contrapartida pola introdución de modificacións substanciais do contrato, a menos que exista unha razón de imperiosa de necesidade, como por exemplo un risco inminente de cesación do servizo²⁶

CONCLUSIÓNS

1º.- A explotación dunha estrada de peaxe (en calquera das súas modalidades) e polo tanto as concesións de autoestradas o autovías con contratos de concesión de obra pública destinados á construción e explotación das mesmas (peaxe na sombra) constitúen, en moitos casos, unha actividade económica

2º.- Debemos indicar que, ao constituír unha actividade económica, as medidas que, en calquera das súas modalidades, beneficien ás empresas explotadoras de esas infraestruturas poderán ser considerada como xenuínas axudas de Estado se cumpren os catro requisitos enunciados polo artigo 107.1 en relación co artigo 106.2 TFUE, tal e como viñeron sendo interpretados pola xurisprudencia.

3º.- As axudas públicas a esas empresas son unha das manifestacións de intervención pública na actividade económica e, por tanto, un factor externo ás propias forzas do mercado que pode comportar problemas desde o punto de vista da competencia polo seu potencial efecto distorsionador da mesma. Calquera desas medidas de axuda reforza a posición do actual concesionario en detrimento dos seus competidores e pode tamén afectar a mercados conexos.

4º.- Todas as potenciais axudas de Estado nos termos expostos, a menos que se trate dunha compensación pola prestación de Servicio de Interese Económico Xeral (SIEG) que satisfaga as condicións establecidas pola xurisprudencia europea e as súas normas de desenvolvemento ou encaixe nalgún suposto de exención por categoría ou na regra *de minimis*, débese de notificar á Comisión Europea debendo de suspenderse a súa execución ata que recaia decisión da mesma. Terá a consideración de axuda ilegal calquera nova axuda que se leve a efecto contravindo o previsto no art. 108.3 do TFUE.

5º.- As concesións de autoestradas o autovías non deben de desvincularse de algo tan característico neses contratos como é o traslado do risco operacional da Administración ao concesionario sen que este poida reclamar á Administración compensación algunha polo feito de que a evolución real do tráfico difira das previsións realizadas polo concesionario ou incluso da aportada pola Administración.

²⁶ IPN/CNMC/010/15 Anteproxecto de lei de contratos del sector público.



6º.- As concesións de autoestradas e autovías con peaxe en sombra son contratos de moi longa duración nos que o equilibrio económico non se debe de determinar de forma instantánea en cada momento ou espazo de tempo (días, semanas o meses concretos), ese equilibrio debese determinar calculándoo ao longo de toda a duración do contrato. Por esta razón, este Pleno entende que para examinar si se produce a ruptura dese equilibrio económico deberíase de analizar facendo o cálculo de todo o período da eventual concesión incluíndo, tamén, as alteracións positivas en favor da empresa e o principio de risco e ventura e de transferencia efectiva do risco operacional ao concesionario que preside estes contratos para evitar, como sinalou reiteradamente o Tribunal de Xustiza da Unión Europea, que a concesión dunha axuda sexa destinada a liberar a unha empresa dos custes que normalmente ten que soportar na súa xestión diaria ou nas súas actividades normais, alterando con iso as condicións de competencia. O deseño destas concesións non é o de maximizar o beneficio da empresa senón garantir un equilibrio económico que permita obter ao concesionario un retorno razoable.

7º.- Na medida na que no mercado das concesións a competencia se produce “polo mercado” e non “no mercado”, e o gañador obtén, de forma legal, a concesión para proporcionar o produto ou servizo licitado en réxime de monopolio durante ese tempo determinado ata que a concesión sae a concurso novamente, a ampliación do prazo de duración dunha concesión implica un peche dese mercado que se considera prexudicial para a competencia e en prexuízo dos demais operadores do sector e dos consumidores. A decisión de ampliar o prazo dunha concesión (aínda que sexa como fórmula de compensación) debe valorarse como unha restrición á competencia que debe someterse en todo caso aos principios de necesidade, proporcionalidade e ao exame da existencia, no seu caso, dunha alternativa menos restritiva.