



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

El nuevo contrato de concesión de servicios.
Análisis del riesgo operacional.

The new services concession contract.
Analysis of operating risk.

Autor/es

Tomás Aragón Pérez

Director/es

José María Gimeno Feliu

Facultad de Derecho
2019

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN Y MOTIVACIÓN DEL PRESENTE TRABAJO	3
II. LA DIRECTIVA 2014/23 UE. NOVEDADES EN EL MODELO CONCESIONAL.	6
1. INTRODUCCION AL MARCO EUROPEO	6
2. PRECEDENTES RELEVANTES.....	7
2.1 La Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las Concesiones en el Derecho Comunitario (2000/C, 121/02).....	8
2.2 La Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, suministros y servicios.....	8
2.3 La jurisprudencia europea desde el Asunto C382/05	9
3. LA DIRECTIVA 2014/23 UE	11
3.1 Definición de concesiones y la concesión de servicios	12
III. EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS EN ESPAÑA	16
1. CRONOLOGÍA DE LA DIRECTIVA DE CONCESIONES EN ESPAÑA.....	16
1.1 La Directiva en España antes de su entrada en vigor: valor interpretativo	16
1.2 La Directiva en España desde su entrada en vigor: efecto directo	17
1.3 La trasposición de la Directiva de Concesiones en España.....	18
2. EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA	20
2.1 Elementos del contrato de concesión de servicios.....	20
IV. EL RIESGO OPERACIONAL	25
1. CARÁCTERES DEL RIESGO OPERACIONAL.....	25
A) Riesgo de carácter económico	26
B) Riesgo vinculado a las incertidumbres del mercado	27
C) Riesgo de carácter no meramente nominal o desdeñable	27
D) Riesgo de carácter incierto	28
E) Riesgo de carácter previsible	29
2. NATURALEZA DEL RIESGO OPERACIONAL.....	30
A) El riesgo de demanda	31
B) El riesgo de suministro	33
V. CONCLUSIONES Y OPINIÓN CRÍTICA	36
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	39

LISTADO DE ABREVIATURAS EMPLEADAS

art.	Artículo
COM	Comunicación
cdo.	Considerando
DC	Directiva de Concesiones (Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión)
DF	Disposición Final
EUROSTAT	Oficina Europea de Estadística
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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
JCCA	Junta Consultiva de Contratación Administrativa
PCAP	Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares
TACPA	Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón
TACPM	Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid
TACRC	Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE (TJCE)	Tribunal de Justicia de la Unión Europea (hasta 2009, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)
TRLCSP	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
STJ	Sentencia del Tribunal de Justicia
UE	Unión Europea
vid.	véase

I. INTRODUCCIÓN Y MOTIVACIÓN DEL PRESENTE TRABAJO

La contratación pública es una herramienta que la Unión Europea usa como apoyo al mercado único interior, pues las barreras a los contratos públicos entre Estados podrían suponer una reducción del número de puestos de trabajo además de precios elevados. Y es que es una pieza clave para la estrategia Europa 2020, para conseguir un « crecimiento inteligente, sostenible e integrador y fomentar al mismo tiempo la utilización más eficiente posible de los fondos públicos»¹.

La normativa de la Unión se ha adaptado a un modelo más transparente, eficaz y responsable tal como quedaba recogido en la Estrategia para el Mercado Único de 2015² flexibilizando el procedimiento de adjudicación del contrato además de la adjudicación.

Con este objetivo, se aprobaron en la Unión, las «Directivas de cuarta generación» en el año 2014 los cuales simplificaban los procedimientos además de facilitar y mejorar el acceso de PYMES a la contratación. El objetivo de estas directivas era conseguir unos modelos contractuales que mejoraran la relación calidad-precio de lo ofrecido, proporcionar mejores resultados para los objetivos sociales además de una mayor eficiencia del gasto público³.

Entre aquellas Directivas, es de mención la Directiva 2014/23/UE, llamada la Directiva de concesiones, objeto de estudio y análisis del presente trabajo, pues por primera vez aparecía regulada la figura contractual del contrato de concesión de servicios (hasta entonces excluido de la normativa europea, que en el modelo concesional solo contemplaba la concesión de obras – además de las similares colaboraciones público-privadas – recogida en la Directiva 2004/18/CE).

Con estos contratos de concesión, considerando 3 de la Directiva, se consiguen instrumentos para el desarrollo a largo plazo de la infraestructura y los servicios estratégicos, a la vez que se contribuye a la competencia interior para conseguir una mayor eficiencia e innovación.

¹ Directiva 2014/23/UE, el Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión

² COM (2015) 550 final «Mejorar el mercado único: más oportunidades para los ciudadanos y las empresas»

³ COM (2017) 572 final «Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa».

Consecuencia de adoptar nuevas figuras contractuales, aparecen dudas sobre los términos que en la norma surgen. En especial sobre el contrato de concesión de servicios ya mencionado y la absoluta novedad que representa su punto clave que es la transferencia del riesgo operacional, un concepto similar al anterior riesgo de explotación que recogía la Directiva de 2004 en los contratos de concesión de obras, pero que ahora se debe matizar.

En España, la transposición de la Directiva ocurrió fuera del plazo que esta recogía⁴ con las consecuencias prácticas pertinentes relativas a su aplicación, más tarde estudiadas. En nuestro país la nueva ley que adoptó estas directivas fue la *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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)*, que entraría en vigor el 9 de marzo de 2018, y que daría fin a la anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011.

La norma española recogió en términos similares, por no decir idénticos, el nuevo contrato de concesión de servicios y la característica de transferencia del riesgo operacional.

Ante las dudas derivadas de estas novedades conceptuales, surge la necesidad de definir estos términos, objeto por el cual se realiza este trabajo de investigación. Para este fin, no existe jurisprudencia reciente que haya supuesto una clara definición del mismo, y por ello se atenderá a numerosas resoluciones y artículos doctrinales referidos a la nueva figura concesional y a la anterior idea de riesgo de explotación.

En el capítulo II del presente trabajo se estudia la adopción de la Directiva 2014/23/UE y el trabajo previo a este además de la historia de las concesiones extrapolable al nuevo modelo concesional, además de cómo la jurisprudencia europea ha ido definiendo y acotando esta idea.

En el capítulo III, cómo España ha adoptado estas Directivas de cuarta generación, además de la aplicación previa ante la falta de transposición de las mismas según las

⁴ En el artículo 51 se establecía que « Los Estados miembros pondrán en vigor a más tardar el 18 de abril de 2016 las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva», pero en nuestro país no fue hasta el 8 de noviembre de 2017 cuando se publicó en el BOE la ley pertinente, y su entrada en vigor el 9 de marzo de 2018.

exigencias de la Unión. Además también, los caracteres propios del contrato de concesión de servicios, ante la gran novedad que supone en nuestro ordenamiento jurídico, excepto la transferencia del riesgo operacional, elemento clave de este trabajo.

En el último capítulo de análisis, IV, se analiza este concepto de riesgo operacional, las características que definen su existencia además de la casuística (naturaleza) de los supuestos en los cual el concesionario asumiría el riesgo operacional.

Para acabar, se ofrece una serie de conclusiones generales a modo de resumen y una reflexión personal sobre este nuevo modelo concesional y las limitaciones tenidas a lo largo del estudio y búsqueda de información (capítulo V).

II. LA DIRECTIVA 2014/23 UE. NOVEDADES EN EL MODELO CONCESIONAL.

La Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos, en adelante la Directiva de Concesiones⁵, la Directiva o DC, supuso un gran avance en la contratación pública dentro del mercado único europeo.

En el presente capítulo se aborda la motivación de esta Directiva, así como los precedentes de la misma, con especial atención al nuevo contrato de concesión de servicios y al elemento nuclear del mismo, la transferencia del riesgo operacional, sobre el cual habrá un estudio más concreto en el capítulo IV de este trabajo; pero es transcendental saber de dónde viene este concepto y su evolución.

1. INTRODUCCION AL MARCO EUROPEO

Antes de entrar al estudio concreto de la Directiva hay que entender el porqué de su aprobación y el concepto de concesiones (en la directiva se entiende por concesiones a aquellas de obras y servicios, de acuerdo a la definición contemplada su artículo 5).

Se entiende por concesiones una forma de colaboración público-privada en esferas con trascendencia en la vida de los ciudadanos y ciudadanas con gran relevancia económica tanto por el volumen de las inversiones a realizar como por no computarse estas en el endeudamiento público⁶.

Esta Directiva completaría el marco jurídico europeo relativo a la contratación pública al legislar sobre la nueva figura de concesión de servicios (además del de obras, el cual ya contaba con normativa). Y es que hasta ese momento las concesiones de servicios quedaban fuera del Derecho Derivado^{7 8}.

La Directiva de concesiones surge desde el trabajo previo de los organismos de la Unión Europea, concretamente de Comunicaciones Interpretativas (con gran relevancia la

⁵ La Directiva concesiones se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el 28 de marzo de, junto a la Directiva 2014/14/UE y la Directiva 2014/15/UE; conocidas como “Directivas de cuarta generación” o “cuarto paquete normativo”.

⁶ (RAZQUIN LIZARRAGA, 2014)

⁷ Quedando excluidos, tal como quedaba en el art. 17 Directiva 2004/18/UE:«[...] la presente Directiva no será aplicable a las concesiones de servicios [...]».

⁸ (HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, 2015)

Comunicación 2000/C, 121, 02⁹) y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en las cuales se incide más tarde.

Pero hasta 2014, los criterios en estos documentos eran un contenido de mínimos que no conseguía unificar la aplicación uniforme del Derecho de la Unión. Es este uno de los principales motivos que llevó a la aprobación de la Directiva.

Es la propia Directiva la que, en sus tres primeros considerandos, establece los objetivos o fines propios, siendo: (1) ante la ausencia de normativa, en perjuicio de ciertos operadores económicos, ofrecer seguridad jurídica favoreciendo el acceso a toda empresa europea; (2) simplificar el marco normativo con normas claras y sencillas; y (3) conseguir un crecimiento sostenible con mayor eficiencia en el uso de los recursos públicos, dentro de la Estrategia Europea 2020¹⁰.

En definitiva el fin de la Directiva de concesiones es¹¹ garantizar el acceso de los operadores económicos a los mercados concesionales, es decir, eliminar obstáculos en pos del mercado interior.

2. PRECEDENTES RELEVANTES

Existen numerosos precedentes (jurisprudencia, consultas, normas...) en lo relativo a contratos de concesión en la UE, pero en este título se atiende a aquellos con mayor trascendencia para el objeto de este trabajo, es decir el contrato de concesión de servicios y el riesgo operacional, o como se consideraba, de explotación.

Concretamente, se centra en la Comunicación interpretativa sobre concesiones del año 2000 y a la jurisprudencia de los tribunales europeos hasta 2014, diferenciando entre, hasta 2008 que se seguía el mismo criterio que en aquella Comunicación, y desde 2008, cuando la jurisprudencia amplía los criterios para determinar la existencia de concesión.

Desde esta evolución jurisprudencial se configuraría e inspiraría el marco normativo definitivo sobre las concesiones en la Unión.

⁹ Comunicación interpretativa de la Comisión, de 24 de febrero de 1999, sobre las concesiones en el derecho comunitario, COM/2000/C/121/02.

¹⁰ Comunicación de la comisión, de 3 de marzo de 2010, EUROPA 2020, Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, COM(2010)/2020 final.

¹¹ (HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, 2015)

2.1 La Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las Concesiones en el Derecho Comunitario (2000/C, 121/02)

La Comunicación de la Comisión del año 2000 sirve como punto aclaratorio de conceptos relativos a las concesiones¹², y es importante pues el TJUE usará la idea contenida en la misma para discernir si un contrato se trata de una concesión o no.

Así la Comunicación determina que son señales de que existe una concesión¹³ (la Comunicación partía de la definición dada para concesión de obra):

- El derecho del operador concesionario a cobrar peajes o tarifas al explotar el servicio; y
- Que se transfiera al concesionario la responsabilidad de la explotación, esto es, que asuma las inversiones y gastos además de la explotación del servicio.
- El objeto de la concesión son actividades que, pueden ser competencia del Estado y podría haber sobre las mismas derechos especiales¹⁴.

En resumen, la clave para determinar la existencia de concesión era la existencia de retribución por parte de los usuarios. Este criterio fue el delimitador por el que la jurisprudencia determinaba la existencia de concesión, aunque la regulación de este tipo de contratos no llegó hasta 2004, aun con matices.

2.2 La Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, suministros y servicios

La Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, conocida como la Directiva general¹⁵, establecía un régimen para la contratación pública en los Estados miembro.

En el caso que aquí nos centramos, en esta Directiva estaba definido el concepto de contrato de concesión de servicios de la siguiente manera en su artículo 1 apartado 4: «un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.»

¹² Las «Directivas de segunda generación», concretamente la Directiva 93/37/CEE mencionaba y establecía un régimen específico para las concesiones de obras; no así para la conexión de servicios, la cual no estaba ni siquiera contemplada.

¹³ (RAZQUIN LIZARRAGA, 2014)

¹⁴ (HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, 2018)

¹⁵ (HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, 2018)

Es decir, el criterio diferenciador de la concesión de servicios, estaría en el derecho a explotar el servicio (aun acompañado de un precio por parte del órgano licitador).

Aunque se debe matizar que esta Directiva excluía de su aplicación (artículo 17) a esta tipología de contrato excepto en las especialidades establecidas en el artículo 3 de la misma¹⁶.

Así la *Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de octubre de 2005*, ante la cuestión sobre si la gestión de un aparcamiento público – en Brixen (Italia) – donde pagan los ciudadanos por su uso, constituye un contrato público de servicios o una concesión de servicios públicos. El TJCE, en la Sentencia mencionada, respondió que una característica de la concesión de servicios públicos es que la retribución al prestador del servicio procede de terceros que hacen uso del mismo.¹⁷

Por tanto, el criterio seguido en este caso es el de la retribución conseguida gracias al uso del parking de los ciudadanos lo cual dice la sentencia que «implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios [...]» (considerando 40).

Este criterio quedó insuficiente pues dejaría fuera de su aplicación a contratos que marquen la gratuidad del uso, aunque sí se transmitiera el riesgo al contratista, y por ello la jurisprudencia evolucionó.

2.3 La jurisprudencia europea desde el Asunto C382/05

El criterio de obtención de remuneración por parte de terceros resultó ser incompleto a medida que los casos se hacían más complejos y por ello el TJCE centró su atención en la existencia de riesgo de explotación¹⁸ y así la jurisprudencia fue introduciendo nuevos aspectos clave que comportarían la existencia de concesión¹⁹:

¹⁶ En este mismo sentido, el Libro verde de la Comisión sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de 30 de abril de 2004, establece en su considerando 22 que el «modelo de concesión» es una forma de colaboración público-privado, pero las concesiones de servicios quedan «fuera del ámbito del Derecho Derivado».

¹⁷ STJ, Sala 1ª, de 13 de octubre de 2005, Asunto C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605, considerando (cdo.) 40: «la retribución del prestador de servicios no procede de la autoridad pública, sino de las cantidades abonadas por terceros para el uso del aparcamiento. [...] lo cual es una característica de la concesión de servicios públicos [...]»

¹⁸ Se habla de riesgo de explotación y no de riesgo operacional, pues, como se indicará, este concepto se tomará más adelante

¹⁹ Hernández González en “La nueva Concesión de Servicios...” toma como referencia inicial la STJ de 18 de julio de 2007, asunto C-382/05; mientras que en “La nueva Directiva de concesiones. Un largo

- El operador económico ha de asumir el riesgo vinculado a la explotación de los servicios (Asunto C382/05)²⁰, lo cual deriva del hecho de que no existe el derecho al equilibrio económico-financiero del contratista;
- En relación, no debe estar garantizada la inversión realizada (Asunto C437/07)²¹, de manera que si el desembolso realizado por el contratista estuviera asegurado incluso por un canon soportado por el gestor del servicio, como esto supondría un aval para la inversión, no habría concesión;
- El riesgo soportado por el operador ha de ser «considerable» (Asunto C-300/07)²², el cual depende del grado de libertad económica del contratista y si pudiera hacer una previsión razonable no existiría tal grado de riesgo, y por tanto no se trataría de una concesión;
- Se ha de transmitir una «parte significativa» del riesgo de explotación, aunque sea un riesgo muy limitado (asunto C-206/08, Eurawasser)²³. El operador, desde un inicio²⁴ ha de ser responsable (aun parcialmente) del riesgo derivado de la explotación del servicio, sin ser necesario que el riesgo asumido sea el de posiciones extremas. El Tribunal no cuantifica el riesgo que ha de asumir el operador, sino que habría que analizar con detalle cada caso.
- El riesgo de explotación ha de ser ajeno a la gestión realizada por el operador (asunto C-247/09)²⁵, es decir, se ha de deber a incertidumbres del mercado, ya sea el enfrentamiento entre la posible competencia, desajustes entre oferta y demanda, el riesgo de insolvencia de los deudores, o que los ingresos no cubran los gastos. Así, los riesgos derivados de mala gestión o errores de apreciación

viaje con final esperado”, considera como punto de inflexión el asunto Eurawaser (STJ de 10 de septiembre de 2009, C-206, 08). De cualquier modo, ambas ideas son compatibles.

²⁰ STJ de 18 de julio de 2007, Sala 3ª, Asunto C-382/05 (ECLI:EU:C:2007:445), Comisión/Italia. En el citado asunto, a un operador económico dedicado al tratamiento de residuos, le pagaban los municipios afectados con un canon en función de las toneladas de residuos tratadas asegurándole la modificación del mismo para asegurar el *equilibrio económico* del contratista; por ello no se apreciaba riesgo inherente a la prestación, no habiendo por tanto concesión, sino contrato de servicio público,

²¹ STJ de 13 de noviembre de 2008, Sala 3ª, Asunto C347/07 (EU:C:2008:624), Comisión/Italia

En este caso, se encarga de la concesión de obra de construcción de una línea de tranvía a una promotora al quedar la oferta desierta, financiado en el 60% por el gobierno italiano, y el resto por la promotora. Este canon del 40% se calculó para asegurar el pago del coste de la obra, y por ello no sería una concesión, sino un contrato de obra pública.

²² STJ de 11 de junio de 2009, Asunto C-300/07 (EU:C:2009:358), Hans & Chrystophorus Oymanns.

²³ STJ de 10 de septiembre de 2009, Sala 3ª, Asunto C-206/08 (EU:C: 2009:540), Eurawasser, EUR-Lex.

²⁴ (RAZQUIN LIZARRAGA, 2014)

²⁵ STJ de 10 de marzo de 2011, Sala 3ª, Asunto C-274/09 (EU:C:2011:30), Privater Rettungsdienst.

quedarían fuera del riesgo contemplado por la jurisprudencia, de manera que si se asumen estos, no habría concesión.

En resumen, el contratista ha de asumir el riesgo de explotación el cual se deriva de la propia gestión del servicio (consecuencia de que los terceros paguen por el uso), de modo que no se garantice por parte de la autoridad la recuperación de los gastos, debiendo ser un riesgo considerable y significativo y ajeno a la dirección realizada por el operador económico.

Fruto de esta jurisprudencia y de una propuesta de Directiva de 2011 sobre la adjudicación del contrato de concesión, se promulgará la Directiva de concesiones.

3. LA DIRECTIVA 2014/23 UE

La Directiva 2014/23 UE (en adelante, la Directiva o la Directiva de concesiones) viene a definir y unificar el concepto de concesiones en el marco europeo (cdo. 18) haciendo referencia al concepto de riesgo operacional, el cual también queda aclarado en los considerandos y articulado de la norma.

La propia Directiva en su considerando 4 reconoce el riesgo de inseguridad jurídica que representaba la falta de regulación sobre las concesiones de servicios las cuales estaban sometidas a los principios generales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)²⁶ y a los criterios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia, que exigía el respeto a aquellos principios²⁷.

Es por ello, que ciertos autores como LAZO VITORIA²⁸ considera tal regulación, como la principal novedad e importancia de esta norma europea.

De este modo, las concesiones de servicios dejaban de estar reguladas únicamente o bajo cumplimiento de los principios generales del TFUE (enumerados en el considerando 4 de la Directiva²⁹) sino que además se establecía un régimen jurídico concreto para esta figura.

²⁶ (ALIAGA MORENO, 2015)

²⁷ STJ de 6 de abril de 2006, Sala 1ª, Asunto C-410/04 (ECLI:EU:C:2006:237), ANAV, considerandos 18, 20 y 21.

²⁸ (LAZO VITORIA, 2018)

²⁹ Cdo. 4 de la Directiva de Concesiones «libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de ellos, tales como la igualdad de trato, la no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia».

Hasta este momento, por la exclusión en la anterior Directiva, no existía regulación concreta para las concesiones de servicios de interés transfronterizo, por ello siguiendo el considerando 4, era necesario uniformar los criterios y eliminar «las discrepancias de interpretación de dichos principios».

Antes de concretar, es necesario comenzar por definir qué entiende el régimen jurídico de la Unión por concesiones, y centrarse en la nueva concesión de servicios y el riesgo operacional, objeto de este trabajo.

3.1 Definición de concesiones y la concesión de servicios

El artículo 5 de la Directiva ofrece las definiciones pertinentes³⁰

«1) «concesiones»: las concesiones de obras o de servicios, con arreglo a las definiciones contempladas en las letras a) y b):

a) «concesión de obras»: [...]

b) «concesión de servicios»: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago ».

Así por tanto, la concesión se presenta, como se ha dicho anteriormente, como una manera de colaboración pública-privada, en la que la nota clave es el derecho a la explotación del servicio prestado (junto a un posible pago).

A) *El contrato de concesión de servicios*

La concesión de servicios³¹, en el marco de la Directiva, presenta distintas notas características, clave para definir si se trata de esta modalidad contractual: (a) onerosidad, (b) objeto (prestación y gestión de servicios) y (c) derecho a explotarlo.

³⁰ Se transcribe las definiciones útiles para este trabajo, esto es, concesión, concesión de servicios y más adelante, riesgo operacional

³¹ Se habla de **concesión de servicios**, mucho más amplio que el concepto preexistente en la normativa española de *concesión de servicios públicos*.

a) Onerosidad del contrato

Ante las discrepancias sobre la onerosidad del contrato, la jurisprudencia ha establecido unos criterios esenciales para determinar esta característica³²:

- El poder adjudicador recibirá una prestación a cambio de una contraprestación;
- La prestación significará un beneficio económico para el contratante, en el caso de la concesión de servicios, la propia concesión;
- El beneficio no tiene porqué ser la adquisición de un objeto material o físico;
- La onerosidad no conlleva siempre ánimo de lucro de las partes; y
- La onerosidad no siempre se traduce en una ventaja económica para el operador económico; así si la contrapartida fuera compensar los gastos, el carácter oneroso seguiría existiendo.

La ventaja para la entidad adjudicadora es la clave en estas concesiones, tal como queda recogido en el considerando 11 de la Directiva.

b) Objeto del contrato: prestación y gestión de servicios

La prestación y gestión del servicio es el elemento objetivo de este modo contractual.

Por servicio, la Directiva ha optado por una definición en sentido amplio, al establecer que son aquellas actividades «distintas de la ejecución de las obras» y no quedan limitados a los servicios públicos³³. Ante tal amplitud, no es fácil determinar actividades que la Directiva no pueda contemplar³⁴. Sí que se establecen una serie de exclusiones, como los servicios no económicos de interés general (art. 4.2), entre muchas otras³⁵.

Con respecto al objeto del contrato existe una problemática, y es que en ocasiones para la prestación y gestión del servicio es necesaria una ejecución de obras, es decir que se presente un contrato mixto. El art. 20 de la Directiva soluciona esta cuestión, de manera que habrá que atender al objeto principal del contrato para determinar las disposiciones aplicables.

³² (VILLAR ROJAS, 2017)

³³ *Vid. cdo. 25* de la Directiva, en la cual se habla de servicios dentro de los aeropuertos que no tienen el carácter de servicio público

³⁴ (VILLAR ROJAS, 2017)

³⁵ Las exclusiones no son objeto de estudio del presente trabajo, y por ello no se profundiza más en las mismas.

c) Derecho a explotar los servicios

El derecho a explotar los servicios gestionados por la contratista comporta que esta pueda cobrar por el uso por parte de terceros (con diferentes modalidades de pago: canon, tarifas...).

Consecuencia de ello, surge el elemento clave en los contratos de concesión, la transferencia al operador de un riesgo operacional.

B) La transferencia del riesgo operacional³⁶

El art. 5.1 de la Directiva continúa concretando el concepto de concesión:

«La adjudicación... implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación... abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes [...] supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial [...]».

Así el riesgo operacional quedaría definido por cinco ideas clave: 1) tiene carácter económico; 2) se vincula a la demanda o al suministro (oferta); 3) no es meramente nominal o desdeñable; 4) se debe a factores externos (es incierto); y 5) está dentro del funcionamiento normal del mercado (sería previsible).

En los considerandos de la Directiva también se acota la existencia de este riesgo, así:

- ❖ El cdo. 18 fija el carácter económico del riesgo operacional, implicando que el contratista no puede asegurar el retorno de las inversiones o costes, y en esta línea que aunque queden establecidas unas compensaciones o una duración distinta a la establecida por la ley (cdo. 52), estas no pueden eliminar el la existencia de tal riesgo.
- ❖ El cdo. 19 recoge la anterior línea jurisprudencial relativa al riesgo de explotación, según la cual el riesgo ha de existir desde un principio aunque esté limitado, para que el contrato se configure como de concesión;

³⁶ Sobre el riesgo operacional se profundiza más en el capítulo IV, en este apartado se hace referencia al riesgo operacional dentro de la Directiva 2014/23 UE.

- ❖ El cdo. 20 determina que este riesgo ha de deberse a *factores que escapan al control de las partes*, lo cual refuerza que debe ser un peligro externo de la empresa y no por la gestión llevada a cabo;

El concepto de riesgo ha cambiado su terminología con respecto a la anterior jurisprudencia, pues mientras que antes se hablaba de riesgo de explotación, la Directiva ha considerado determinarlo como riesgo operacional (lo cual se debe al término inglés usado para referirse al mismo, *operating risk*).

Pero esto no deja de ser un criterio novedoso que podría y puede suscitar, dicen algunos autores, controversias ante las diferentes interpretaciones de este concepto³⁷. En el capítulo IV del presente trabajo se concreta en mayor profundidad qué se entiende por el riesgo operacional y qué supuestos abarca, ante las interpretaciones y discusiones surgidas.

³⁷ (LOPEZ MUÑIZ, 2017)

III. EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS EN ESPAÑA

La trasposición de la Directiva de concesiones en España no ocurrió hasta después de la entrada en vigor de la misma, concretamente hasta el 8 de marzo de 2018.

Es por ello que ciertos contratos públicos aprobados entre la fecha de entrada en vigor de la Directiva y la de la Ley quedaron en una situación de incertidumbre, que en este capítulo queda resuelta.

Asimismo con el nuevo texto de la Ley de Contratos del Sector Público (con la aprobación de la Ley 9/2017, LCSP en adelante), se modifica el sistema de contratación pública español surgiendo la nueva figura contractual de concesión de servicios, a la vez que desaparece el contrato de gestión de servicio público.

1. CRONOLOGÍA DE LA DIRECTIVA DE CONCESIONES EN ESPAÑA

La Directiva de concesiones establecía su entrada en vigor el 17 de abril de 2014 (artículo 54 de la Directiva), pero el margen de trasposición para los Estados miembro sería hasta el 18 de abril de 2016 (artículo 51 Directiva); es decir, los países de la Unión Europea contaban con dos años para realizar la adaptación de su normativa interna a la nueva regulación europea.

Pero en España, por problemas políticos internos³⁸ no sería hasta el 8 de noviembre de 2017 cuando se publicara en el BOE la nueva LCSP la cual entraría en vigor el 9 de marzo de 2018 (4 meses después de su publicación, DF 16ª LCSP).

1.1 La Directiva en España antes de su entrada en vigor: valor interpretativo

Durante el plazo de trasposición, se debería de interpretar la normativa nacional, en la medida de lo posible, acorde al Derecho de la Unión, debiendo adoptarse las acciones necesarias para el resultado prescrito en este. Así el profesor GIMENO FELIU, dice que en el periodo de trasposición, la Directiva tiene efecto interpretativo que preservarse hasta la introducción en el derecho nacional, de modo que los Estados no deberían realizar ninguna interpretación que comprometa el posterior éxito de la Directiva traspuesta³⁹.

³⁸ (HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, 2018)

³⁹ (GIMENO FELIU, 2015), p.45.

Este valor interpretativo afectaba a a calificación del contrato, siendo el criterio determinante la transferencia del riesgo operacional al contratista. Así en numerosas resoluciones, entre otras, la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid de 25 de junio de 2014, de Aragón de 30 de junio de 2014 o la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 27 de febrero de 2015, ya se analizaba en este periodo la existencia de traslación del riesgo operacional al empresario⁴⁰, pero todavía refiriéndose a este como riesgo de explotación, y ante la inexistencia del mismo, se calificaban como contrato de servicios.

1.2 La Directiva en España desde su entrada en vigor: efecto directo

Ahora bien, desde el 18 de abril de 2016 se produce el efecto directo de la Directiva de Concesiones para determinar si en la figura contractual se transfiere el riesgo operacional, lo cual determinaría la existencia de concesión. Así la Junta Consultiva de Contratación Administrativa⁴¹ ratifica este efecto directo.

Así las cosas, la duda reside en determinar el régimen jurídico aplicable a los expedientes de contratación aprobados entre estas fechas.

Para aquellos procedimientos aprobados entre el 18 de abril de 2016 (entrada en vigor de la Directiva) y el 9 de marzo de 2018 (entrada en vigor de la LCSP)⁴²;

- Si hay transferencia del riesgo operacional, se aplicará el régimen para los contratos de gestión de servicio público de la LCSP, completando con las indicaciones de la Directiva;
- Si no se transfiere el riesgo, se estará a lo que determine la Directiva en lo relativo al contrato de servicios.

Esta consecuencia admitida por los tribunales europeos, hace referencia solamente al *efecto directo vertical ascendente*, esto es que lo pueden invocar los particulares (en caso de contratación pública, los operadores económicos) contra los Estados⁴³.

⁴⁰ Resoluciones del TACPCM nº 125/2014, de 25 de junio (rec. 120/2014), la Acuerdo del TACPA nº 37/2014, de 30 de junio /RE 37/2014) y Resolución del TACRC la nº205/2015, de 27 de febrero, nº 20/2015, de 29 de junio, entre otras.

⁴¹ Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública: « la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido reconociendo efecto directo a las disposiciones de las directivas comunitarias una vez expirado el plazo de transposición de las mismas sin que ésta se haya llevado a cabo, [...]»

⁴² (GARCÍA ROSA, 2018)

Sobre este efecto, la mayor parte de las disposiciones de la Directiva de Concesiones eran de aplicación directa en los Estados miembro, entre ellas el concepto de concesión de obras y servicios y la pertinente transferencia del riesgo operacional.

Es por esto que pese a no existir norma interna, ya existen resoluciones de los Tribunales Administrativos que estudian la existencia de la transferencia del riesgo de la operación, así la *Resolución del TACRC de 20 de enero de 2017, nº 58/2017*, donde se estudia si la transmisión del riesgo es intrínseca a la forma de retribución, pues a mayor retribución dependerá del mayor o menor uso del servicio (finalmente no lo califica como concesión de servicios, dado que parte de los ingresos se recibirían por subvención, independientemente de las tarifas marcadas por el Ayuntamiento).

Por ello la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su *Resolución de 16 de marzo de 2016*, poco antes de la entrada en vigor de la Directiva, de manera previsoramente, ya solucionaba la situación equiparando el contrato de gestión de servicios públicos (presente en nuestra norma) con el nuevo contrato de concesión de servicios⁴⁴. Lo cual hace ver un necesario cambio normativo interno, donde se regulen estas nuevas formas contractuales en contra de la gestión de servicios públicos.

1.3 La trasposición de la Directiva de Concesiones en España

El 8 de noviembre de 2017 se aprobaba la nueva LCSP, aunque el anteproyecto de la misma era de abril de 2015. Desde el 9 de marzo de 2018, es de aplicación en su totalidad, la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017.

La novedad en la Ley relativa a las concesiones, es la distinción entre el contrato de servicios y de concesión de servicios, desapareciendo el contrato de gestión de servicios públicos, de manera que aquellos contratos de gestión en los cuales el concesionario no asume el riesgo derivado del mismo, estaría ante un contrato de servicios.

En esta misma línea, la otra gran novedad es la introducción del concepto de riesgo operacional y la traslación del mismo al empresario como elemento diferenciador entre los dos tipos contractuales (servicios y concesión de servicios).

⁴³ (Tribunales Administrativos de Contratación Pública, 1 de marzo de 2016)

⁴⁴ Recomendación 3.1.5 de la JCCA del Estado, de 16 de marzo de 2016; Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la JCCA, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública.

La desaparición del contrato de gestión de servicios públicos

Consecuencia de la trasposición de la Directiva, como ya anteriormente se ha dicho fue la desaparición de tipos contractuales que contemplaba la norma española.

Y es que la LCSP recogió la misma tipología de contratos que en la Directiva europea lo que llevó a la supresión del «contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado» y el «contrato de gestión de servicios públicos». La principal motivación para tal supresión es el fin de coincidir nominalmente los tipos contractuales españoles con los europeos, para evitar posteriores debates.

Sobre la supresión de las Colaboraciones Público-Privadas ha habido poco debate, pues podrían ser perfectamente adecuadas en los tipos concesionales. Con respecto a la eliminación del contrato de gestión de servicios públicos, ha habido mayores controversias entendiéndose que este tipo podría haberse mantenido en la ley española⁴⁵.

Con la adopción de la normativa europea, el carácter de «público» del servicio que prestaba el concesionario en el caso de la gestión indirecta, desaparece, y por ello se opta por esta solución simple, como es adoptar la nueva figura concesional, eliminando aquel contrato (o transformándolo⁴⁶).

El contrato de gestión de servicios públicos quedaba, por tanto, ahora a caballo entre el contrato de concesión de servicios o el contrato de servicios en función de quién asuma el riesgo derivado de la explotación de contrato.

⁴⁵ (VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, 2018), p.415 - 416

⁴⁶ Sobre esta supresión, dice GIMENO FELIU, que realmente lo que se da es un ajuste en las categorías recogidos en la norma y en ningún caso se desmaterializa la idea de servicio público, (GIMENO FELIU, febrero de 2017), p. 62.

2. EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

El contrato de concesión de servicios queda definido en el art. 15 en la LCSP tal que:

«Artículo 15. Contrato de concesión de servicios.

1. [...] aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, ... , la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

2. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.»

Así los elementos esenciales de esta nueva figura contractual son:

- ✓ El carácter oneroso del contrato;
- ✓ La gestión de un servicio que es de titularidad o competencia del poder adjudicador;
- ✓ La contrapartida es el derecho a explotar los servicios objeto del contrato (que puede acompañarlo un precio); y
- ✓ Este derecho implica la transferencia del riesgo operacional al concesionario.

2.1 Elementos del contrato de concesión de servicios

Dándose estos elementos anteriormente citados, se estaría ante un contrato de concesión de servicios, siendo el elemento diferenciador, y por ello merece un punto de estudio diferenciado, la transferencia del riesgo operacional.

El resto de elementos, son estudiados a continuación:

A) La onerosidad del contrato

El carácter oneroso es común en todos los contratos del sector público, tal como establece el artículo 2.1 LCSP, el cual se entiende que existe «en los casos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta» (art. 2.1 párrafo 2 LCSP).

Esta onerosidad no ha de confundirse con ánimo de lucro, es decir con que el concesionario obtenga un beneficio en su significado más literal obteniendo un enriquecimiento económico⁴⁷, pues esta característica no desaparece en caso de que la retribución pactada para el operador sea simplemente la compensación de los gastos soportados por la prestación, como indica el Tribunal de Justicia Europea en su *Sentencia de 19 de diciembre de 2012*⁴⁸.

Así, el carácter oneroso implica que el contratista recibirá un precio a cambio del objeto del contrato, aunque el fin del mismo sea la simple compensación de gastos incurridos.

Ahora bien, ¿qué pasa si el precio marcado por el contratista es la gratuidad? Sobre ello hay dos posturas de los Tribunales Administrativos. EL TACPA⁴⁹ declara que este es ilegal, pues el carácter oneroso es definitorio de los contratos públicos, por tanto entiende que la contraprestación no debería ser la gratuidad; en cambio el TACRC, en un caso similar aceptó la gratuidad de servicios extra a la hora de valorar una oferta en la contratación, pues no dejaría de ser una mejora accesoria, y no perjudicaría la obligación principal objeto del contrato⁵⁰.

B) La gestión de un servicio de su titularidad o competencia

El objeto de este contrato es la prestación de servicios, entendidos desde un punto de vista amplio y es que son servicios reservados a la Administración (de su titularidad) o no reservados a ella y prestados en régimen de libre iniciativa (de su competencia)⁵¹.

En el artículo 282 LCSP repite el objeto de este contrato de la siguiente manera: «la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares.».

Antes de realizar tal contratación de concesión de servicios, dice la Ley en el apartado segundo de aquel artículo que deberá haberse establecido el régimen jurídico de la actividad declarando expresamente que esta queda asumida por la Administración como propia.

⁴⁷ (VILALTA-REIXACH, 2016)

⁴⁸ STJUE de 19 de diciembre de 2012, asunto C – 159/11 (ECLI:EU:C:2012:817)

⁴⁹ Acuerdo 98/2017, de 8 de septiembre de 2017, del TACPA (RE 108/2017)

⁵⁰ Resolución del TACRC nº 422/2016, de 27 de mayo de 2016 (REC nº 338/2016)

⁵¹ (LAGUNA DE PAZ, 2017)

Con respecto a los primeros, servicios de la titularidad de la Administración, sería el objeto del contrato los servicios públicos, lo cual viene definido en la Ley de Contratación Pública como «actividades que expresamente asume la Administración respectiva como propias» (artículo 284.2 TRLCSP).

Pero sobre *servicio público* hay diferentes nociones (desde un sentido que limita el concepto a actividades reservadas a la Administración, a otros más amplios, el cual incluiría otras actividades prestadas por la Administración), aunque en este caso se refiere a aquellos servicios reservados a la Administración, prueba de ello que también se hable de competencia y que exista un régimen específico para estas actividades reservadas a lo largo del texto legal.

Sobre los servicios no reservados a la Administración, son de su competencia, se prestan en régimen de libre competencia basándose en el principio de solidaridad⁵². Esto implica que existen servicios de prestación obligatoria para el Estado, al menos en su ordenación y supervisión, aunque posteriormente se encargue su realización a una empresa privada si se considera que se trataría de una fórmula más eficiente⁵³.

El servicio que resulte de titularidad o competencia de la Administración, puede ser de aquellos servicios «públicos» o no. Pues no resulta de importancia para determinar si existe concesión (que la habría en ambos casos), pero sí que debe establecerse este carácter para establecer el diferente régimen jurídico.

Con esta doble posibilidad sobre el servicio prestado, ya sea de titularidad de la administración (reservada) o de su competencia (sin reserva pública) quedarían englobadas las dos figuras contractuales de la Ley anterior, el contrato de gestión de servicios públicos (que hoy ya ha desaparecido) y el contrato de servicios⁵⁴, que cedería parte de sus supuestos a este nuevo tipo de contrato.

Ante este concepto tan amplio de servicio, se debe realizar una matización y es que no cabe que sean «servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos» (artículo 17.2 LCSP, en el mismo sentido el artículo 43 RSCL).

⁵² (LAGUNA DE PAZ, 2017)

⁵³ (LAGUNA DE PAZ, 2016)

⁵⁴ (TORNOS MAS, 2018), p. 1455

C) El derecho a explotar los servicios

El concesionario disfruta del derecho a explotar económicamente los servicios, lo que diferencia este contrato de concesión de servicios, del contrato de servicios. Este derecho se recoge en la ley como la contrapartida para el concesionario.

Esto significa que el concesionario podrá ser retribuido en función de la explotación del servicio, aunque podría ir acompañado por un pago por la Administración.

Antes de continuar con este análisis, hay que aclarar, que este derecho a la explotación de los servicios se refleja en la transmisión del riesgo operacional, sobre el que luego se profundizará, y no tanto en la forma de retribución.

El concesionario, a cambio de «organizar y prestar el servicio» (art. 287 LCSP) tendrá derecho a las «contrapartidas previstas en el contrato, ... una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración» (art. 289 LCSP). Esta contraprestación se denomina tarifa.

La tarifa estará pactada con la Administración, establecido en el contrato para determinar así la retribución al concesionario. Este precio garantizaría la existencia del definitorio riesgo operacional. El artículo 289 reconoce que esta retribución es consecuencia del derecho a explotar los servicios prestados.

Podría ocurrir que el pago por parte de los usuarios fuera a la Administración⁵⁵ en forma de tasas, y como se ha dicho antes, la Administración podría ser quien retribuyera al concesionario. Y esta retribución fuera con este dinero recibido por parte de los usuarios, de manera que si no desaparece el riesgo vinculado al contrato, se estaría ante un contrato de concesión de servicios.

Así que, este pago por parte de los usuarios, es el elemento diferenciador del contrato de servicios donde el pago es por la Administración; y en estos términos, lo declaraba 2009 la justicia europea, en el caso Eurowasser, en la *Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2009*.⁵⁶

⁵⁵ (TORNOS MAS, 2017)

⁵⁶ STJ Sala 3ª de 10 de septiembre de 2009, Asunto C-206/08, (ECLI:EU:C:2009:540): «Un contrato de servicios requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de

Consecuencia directa de este derecho a la retribución por prestar los servicios es la transferencia del riesgo operacional vinculado a la explotación del mismo (que se ha convertido en la «seña de identidad» de este tipo contractual). Esto ocurre sucede aunque sea la Administración quien pague al concesionario, pues si nos fijamos en ese artículo 289 LCSP establece como condición de la retribución «en función de su utilización...»

Y es sobre este elemento definitorio en el cual se debe realizar un estudio más exhaustivo por suponer la gran novedad en los tipos de contratos públicos tras la aprobación del LCSP. En el siguiente capítulo se profundiza en el riesgo operacional y la casuística que le rodea.

servicios [...] mientras que, en el caso de una concesión de servicios, la contrapartida de la prestación de servicios consiste en el derecho a explotar el servicio, bien únicamente, bien acompañado de un pago»

IV. EL RIESGO OPERACIONAL

Queda patente que la introducción del contrato de concesión de servicios dentro de los contratos del sector público es una de las grandes novedades tras la aprobación de la nueva Ley de Contratos del Sector Público. Y además que el carácter definitorio es la transferencia del riesgo operacional al concesionario.

El modelo concesional no es nuevo en el ordenamiento jurídico español – aunque es cierto, que antes solo existía el contrato de concesión de obras públicas, y no de servicios – donde el concesionario asumía el encargo a su «*riesgo y ventura*»⁵⁷. Hoy todo modelo concesional (de obras y de servicios) implica la transferencia del riesgo operacional, y la ley deja de recoger el anterior principio⁵⁸.

Una nueva figura jurídica en el ordenamiento español (y europeo) sobre la cual se debe concretar su alcance y matizar lo que este supone. Estudiada la Directiva y la Ley española y la motivación que ha llevado a crear este tipo contractual, en este capítulo se determinan sus caracteres así como los supuestos que alcanza el riesgo operacional.

1. CARÁCTERES DEL RIESGO OPERACIONAL

El riesgo operacional aparece definido tanto en la normativa europea como en la Ley española en los siguientes términos⁵⁹:

«Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las

⁵⁷ Vid. art. 7.2 LCSP (RDL 3/2011, de 4 de noviembre).

⁵⁸ El principio de riesgo y ventura sigue presente para la ejecución de obras, vid. art. 197 TRLCSP.

⁵⁹ El art. 5, párr. 4 de la Directiva 2014/23/UE define: «Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable»⁵⁹.

Las diferencias con el concepto en la norma española son mínimas.

incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable»⁶⁰

Así se ven como notas características de este riesgo^{61 62}, -las cuales fueron matizadas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña⁶³ -:

- Es de carácter económico;
- Es riesgo que supone una exposición real a las incertidumbres del mercado;
- No será un riesgo meramente nominal o desdeñable;
- Deriva de factores ajenos al control del concesionario (incierto); y
- Que se dará en condiciones normales de funcionamiento (previsible).

A) Riesgo de carácter económico

La ley en los mismos términos que en la Directiva europea recoge que no debe garantizarse al contratista las inversiones realizadas ni cubrir los costes que sean consecuencia de las obras realizadas. Es aquí donde se recoge este carácter económico⁶⁴.

Esta inseguridad del retorno del gasto dependerá de la demanda o suministro de (los bienes o) servicios, siendo la nota clave la vinculación del capital invertido a una demanda incierta⁶⁵. Aunque cabría que parte de la retribución fuera percibida por el concesionario de la propia Administración⁶⁶, debiendo concurrir el riesgo operacional para calificarse como contrato de concesión de servicios⁶⁷ (por ejemplo, haciendo depender ese pago del volumen de actividad y trabajo del concesionario).

Sobre la casuística del carácter económico del riesgo operacional no existe jurisprudencia, aunque hay que recordar que la ley antes recogía el riesgo de

⁶⁰ Art. 14.4. párr. 2 TRLCSP. Este artículo hace referencia al contrato de concesión de obras, pero en el art. 15.2 de la norma, se dice que el riesgo operacional para la concesión de servicios se define en los mismos términos

⁶¹ (HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, 2018), p. 235

⁶² Son notas muy similares a las del riesgo de explotación (vinculación a la explotación del servicio, no garantizada la inversión, riesgo considerable, transmisión de parte significativa y ajenidad a las partes) estudiadas en el capítulo II de este trabajo.

⁶³ Informe 9/2016, de 1 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya

⁶⁴ Cdo. 18 Directiva 2014/23/UE, «carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados».

⁶⁵ (LAZO VITORIA, 2018), p.522.

⁶⁶ Art. 289.1 TRLCSP

⁶⁷ (TORNOS MAS, 2018), p. 1475

explotación sobre el cual sí existen sentencias europeas que concretan los supuestos de este riesgo, en la *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de marzo de 2009, C-247-09*, mencionada en el capítulo II de este trabajo⁶⁸.

B) Riesgo vinculado a las incertidumbres del mercado

Los riesgos asumidos por el contratista suponen que se enfrenta a un mercado incierto (la incertidumbre es un carácter que se ve más adelante), lo cual contempla dos tipos de riesgos según la ley: el riesgo de demanda y el riesgo de suministro. Estos se estudian más en el siguiente apartado del presente capítulo.

C) Riesgo de carácter no meramente nominal o desdeñable

El riesgo operacional transferido ha de ser de cierta importancia (el proyecto de la Directiva de concesiones hablaba de riesgo «sustancial») y no tiene por qué ser total, sino que podría haber un equilibrio en el reparto de riesgos entre el concesionario y la Administración. Y es que si la asunción del riesgo por el concesionario fuera absoluta, podría provocar que no existiera interés por la concesión, o incluso que la empresa aumentara los precios para compensar ese elevado riesgo⁶⁹.

Los tribunales exigen que el riesgo se transfiera de manera significativa, es decir, se habla del riesgo transferido, y no del riesgo propio de la actividad que podría asumir, como se ha dicho, la propia Administración⁷⁰.

La determinación del nivel de riesgo asumido por el contratista se deberá realizar *ad casum*⁷¹, sin ser posible concretar un listado de riesgos, sino que habrá que tratar las peculiaridades de la explotación de cada servicio.

La Directiva, y posteriormente la ley en España, no concreta un límite desde el que considerar que es el contratista quien asume el riesgo de la concesión⁷². Esto no deja de

⁶⁸ STJUE de 10 de marzo de 2011, C-274/09, caso Privatter Rettungsdienst, apartado 37: «riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado [...], puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio

⁶⁹ VALCARCEL FÉRNANDEZ, 2018, p.59.

⁷⁰ Resolución TACRC 515/2015 reiterando el Informe de la JCCA de Baleares 2/2012.

⁷¹ Resolución TACRC 22/2019, de 18 de enero de 2019.

⁷² A diferencia de otros países como Italia, que al transponer la Directiva de Concesiones, estableció que la Administración podría cubrir hasta un 49% de la inversión (en un principio, iba a ser del 30%), Decreto Legislativo 56/2017, de 19 de abril.

ser otro riesgo, por la inseguridad jurídica que supone, lo cual se agrave pues los tribunales administrativos consideran que el riesgo también depende del sector de la actividad de cada concesión.

Será en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) donde si la transferencia o traslación del riesgo al contratista es de la entidad suficiente como para calificar al contratista como responsable ante el mal (o buen) devenir de la concesión⁷³.

Así por ejemplo, en caso de que la contratista no tuviera ninguna responsabilidad si finalmente el número de servicios realizados fueran inferiores a los que se esperaba realizar según el pliego, no se podría entender la transferencia del riesgo operacional⁷⁴, de manera que se trataría de un contrato de servicios.

D) Riesgo de carácter incierto

La asunción del riesgo por parte del contratista, dice la ley española, supondrá una «exposición real a las incertidumbres del mercado», lo que la Directiva recoge como «factores externos que escapen del control de la parte»⁷⁵, condicionantes ajenos al contratista o al poder adjudicador.

Que no exista certeza plena sobre el contrato no supone que ya exista tal nivel de incertidumbre como para suponer que existe riesgo operacional asumido por el concesionario. Así lo entiende el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, pues existen supuestos inherentes al propio devenir contrato, formando parte del principio de riesgo y ventura⁷⁶ - sobre el principio de riesgo y ventura y el nuevo concepto de riesgo operacional, hay autores como LAZO VITORIA⁷⁷, que afirman que el riesgo operacional supone un endurecimiento o formulación más estricta del antiguo riesgo y ventura -.

Esta falta de certidumbre se supone del funcionamiento del mercado, es decir, incertidumbre en la demanda y/o en la oferta⁷⁸, de manera que aquellos riesgos inherentes a cualquier contrato debidos a «la mala gestión, a los incumplimientos de

⁷³ Resolución del TACP de Galicia nº 73/2018, de 17 de septiembre de 2018 (rec. 72/2018).

⁷⁴ Resolución del TACRC nº 1159/2017, de 1 de diciembre de 2017 (rec. 1084/2017).

⁷⁵ Cdo. 20 Directiva 2014/23/UE

⁷⁶ Resolución del TACRC nº 47/2019, de 24 de enero de 2019 (rec. 1293/2018).

⁷⁷ (LAZO VITORIA, 2013)

⁷⁸ Vid. nota de pie 68.

contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor»⁷⁹ no se entenderán como de carácter incierto, y por ello, aun dándose los mismos, no existiría riesgo operacional, y por tanto contrato concesión de servicios.

Asimismo, se entiende que son inherentes al contrato los riesgos vinculados a «errores de apreciación del operador económico», de los que ya hablaba el TJUE antes de la aprobación de la Directiva y hoy aún considerados por los órganos de contratación⁸⁰. La Comunicación Interpretativa del año 2000⁸¹, tratada en el capítulo II de este trabajo, establece que también serían inherentes a los contratos, los riesgos vinculados a cambios normativos o el riesgo de obsolescencia técnica, que se considerarían también en los contratos de concesión de servicios⁸².

E) Riesgo de carácter previsible

Aun siendo un riesgo incierto, el mismo ha de ser previsible, lo cual deriva de que se asume el riesgo en «condiciones normales de funcionamiento»⁸³. Es decir, el riesgo en la concesión de servicios existe como en cualquier negocio privado que se encuentra en un mercado cambiante y de demanda fluctuante.

A pesar de la aleatoriedad (la incertidumbre antes citada), pueden existir datos históricos a raíz de los cuales hacer previsiones razonables, existiendo «elementos suficientes para realizar estimaciones prudentes»⁸⁴. Así que quedarían excluidas del riesgo operacional aquellas situaciones que se puedan considerar imprevisibles.

Esta previsibilidad hace compatible la concesión con el restablecimiento del equilibrio financiero si se trata de situaciones realmente imprevisibles⁸⁵, idea contemplada en la Directiva de Concesiones que entiende circunstancias imprevisibles como «aquellas... que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador o la entidad adjudicadora hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial»⁸⁶.

Por esto, la Directiva permite modificar los términos de la concesión en los casos que no podría haber previsto si se hubiera actuado con diligencia (art. 43.1.c.i Directiva

⁷⁹ Cdo. 20 Directiva 2014/23/UE

⁸⁰ Informe 13/2018, de 30 de mayo de 2018, de la JCCA de Aragón.

⁸¹ Véase el capítulo II de este trabajo.

⁸² (HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, 2018), p. 255.

⁸³ Art. 14.4 TRLCSP

⁸⁴ Resolución del TACRC nº 47/2019, de 24 de enero de 2019 (rec. 1293/2018).

⁸⁵ Informe 24/2013, de 25 de noviembre, de la JCCA de Aragón.

⁸⁶ Cdo. 76 Directiva 2014/23/UE

2014/23/UE). Pero, no cabría el restablecimiento económico si la causa es que no se cumplen las previsiones de demanda que se habían concluido en el estudio previo realizado ya fuera por la Administración o por el concesionario⁸⁷.

Así, se puede comprobar que la imprevisión debe darse en sentido estricto y no deberse a la falta de diligencia, ni al aumento de un riesgo que ya existía y era conocido⁸⁸.

En todo caso, para considerar esta existencia o falta de previsibilidad habría que atender a la duración de la concesión que deberá ser limitada en función del objeto del contrato, pero si excede el contrato sobrepasa los cinco años, no podría exceder del tiempo razonable para recuperar las inversiones⁸⁹ (además de establecerse plazos máximos para casos concretos. Es sobre este plazo, sobre el cual se deberán analizar las previsiones de posible riesgo que supondría la existencia del riesgo operacional.

2. NATURALEZA DEL RIESGO OPERACIONAL

El riesgo operacional supone, como se comentaba anteriormente, una exposición real a las incertidumbres del mercado, es decir, la naturaleza u origen de estos riesgos pueden derivarse de la demanda por parte de los consumidores, como de la oferta por parte del contratista encargado y que asume el riesgo.

Así tras un largo debate (al que más tarde se hará referencia), la Directiva 2014/23/UE contempla dos posibilidades: el riesgo en la demanda y el riesgo de suministro (relativo a la oferta y al no ajustarse esta a la demanda), o ambos. La Ley en España ha contemplado los mismos supuestos. Estos dos riesgos provienen del funcionamiento propio de una economía de libre mercado y los mecanismos de ajuste que tienen lugar por la relación entre los usuarios (o consumidores) y la empresa (concesionario).

Es desde la ley española desde donde se analizan los tipos de riesgos, con las consideraciones europeas pertinentes.

⁸⁷ Art. 270.2 TRLCSP

⁸⁸ (GIMENO FELIU, 2016), p. 14

⁸⁹ Art. 29.6 TRLCSP

A) El riesgo de demanda

El riesgo de demanda, que ha supuesto menor debate, queda concretado como «*el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato*»⁹⁰.

El riesgo de demanda ya quedaba recogido en la decisión de 2004 del EUROSTAT sobre el tratamiento de las Asociaciones Público Privadas⁹¹, en la que se recogía como riesgos asumidos por la empresa en este tipo de colaboraciones el riesgo de construcción (*construction risk*), el riesgo de disponibilidad (*availability risk*) y el riesgo de demanda (*demand risk*).

La concepción considerada en la decisión del EUROSTAT es aceptada y vigente para las nuevas concesiones, siendo aquel que «cubre la variación de la demanda (mayor o menor que la esperada cuando se firmó el contrato) independientemente del comportamiento (gestión) del socio privado». Según criterios contables europeos, el riesgo de demanda es aquel «que incluye la posibilidad de que la demanda de los servicios sea mayor o menor de la esperada»⁹².

Esto significa que el riesgo de demanda ocurre en aquellos casos en que la demanda real del servicio, y por ende la retribución conseguida por su prestación, no es la suficiente como para superar la inversión previa realizada ni los costes en los que haya incurrido el contratista⁹³, lo cual no depende de la contratista, sino que dependería de la voluntad de los potenciales usuarios.

Y es que el riesgo de demanda, también cubriría, conforme a aquella Decisión del EUROSTAT, los cambios en la demanda derivados del cambio del ciclo económico, de las nuevas tendencias del mercado, de la competencia o de la obsolescencia tecnológica⁹⁴, es decir, riesgos a los que se somete cualquier empresa privada en una economía de mercado⁹⁵. Es así que se trata de un riesgo que no deriva ni se vincula al proceder del concesionario ya que no puede controlar que este riesgo se dé o no.

Por tanto, el riesgo de demanda deriva del nivel de frecuentación o el nivel de usuarios que acuden –demandan– al servicio, (en caso de la concesión de servicios) y la

⁹⁰ Art. 14.4 LCSP, en los mismos términos que en la Directiva de Concesiones en su cdo. 20

⁹¹ New decision of Eurostat on deficit and debt - Treatment of public-private partnerships

⁹² SEC-2010, 20.238.

⁹³ Art. 14.4 párr. 2 LCSP.

⁹⁴ (MACHO PEREZ, y otros, 2014)

⁹⁵ (ROMÁN MÁRQUEZ, 2017)

retribución que conseguirá el contratista como explotación (aunque parte de esta retribución la pudiera conseguir de la Administración). Es en estos términos tal como se contempla en el art. 289 LCSP, según el cual el concesionario tendrá derecho a «una retribución fijada en función de su utilización [...]» la cual habrá previsto antes de acceder a prestar la realización del servicio. Como ya se indicó anteriormente, si las previsiones de demanda no se cumplen, esto no implicará el restablecimiento del equilibrio financiero. Si así fuera, este riesgo asumido por el contratista quedaría desvirtuado, ya que dejaría de existir tal riesgo.

Así nos encontraríamos ante un auténtico contrato de concesión si se retribuye al concesionario por los servicios realmente prestados, si en las disposiciones contractuales quedara dispuesto que los ingresos del contratista dependen del mayor o menor uso hecho por usuarios⁹⁶. Y no porque este disponga del servicio para prestarlo cuando se precise, conforme a unos mínimos de calidad que obligue el contrato público⁹⁷. Véase el Acuerdo del TACPA 113/2017, donde en un contrato cuyo objeto era el transporte sanitario en helicóptero lo que se exige es unas «características de mayor y concreta calidad», y no se retribuye por uso, lo que permite calificarlo como contrato de servicios.

En resumen, y conforme a los tribunales españoles, el riesgo de demanda se produce por «un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios por variaciones que puedan producirse o que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación»⁹⁸, ya en 2012 la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado por la explotación de inmuebles municipales (bares en una piscina) donde la retribución dependía del acierto⁹⁹ en la explotación del servicio prestado, indicaba que ese contrato «encajaría en lo que el Derecho de la UE califica como concesiones de servicios en sentido amplio», aunque estuviera excluido de aplicarse la Directiva anterior¹⁰⁰.

En esta misma línea, la Junta Consultiva de Contratación de Aragón indicó que ante un servicio que no era de obligada prestación (el mismo que antes, bares en las piscinas), puede considerarse que exista riesgo de demanda ya que «las instalaciones de la piscina como tales tienen un número garantizado de usuarios y existen unos mínimos e

⁹⁶ Resolución del TACRC n° 382/2017, de 28 de abril de 2017 (rec 239/2017)

⁹⁷ (HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, 2018), p. 321.

⁹⁸ Resolución del TACPCM, n° 32/2014, de 17 de febrero de 2014.

⁹⁹ (LAGUNA DE PAZ, 2017)

¹⁰⁰ Informe 25/2012, de 20 de noviembre de 2012 de la JCCA del Estado.

inevitables gastos de personal»¹⁰¹ y por ello, este tipo de contratos, se puede calificar como de concesión de servicios.

B) El riesgo de suministro

El riesgo de suministro aparece, de igual manera en la LCSP, como «el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda»¹⁰². En la Directiva europea se denomina también como «riesgo de oferta».

Pese a esta delimitación, surgió un debate interpretativo alrededor de este concepto, y antes de entrar en él, hay que aclarar las conclusiones de aquel debate.

El debate en torno al riesgo de suministro y el riesgo de disponibilidad

Durante la elaboración de la Directiva no se recogía el riesgo de suministro sino el riesgo de disponibilidad¹⁰³ que ya usaban las normas contables europeas (SEC-10, *vid.* nota 92) que incluiría, en términos de esta normativa, «los costes adicionales, como os de mantenimiento y financiación, y las sanciones soportadas porque el volumen o la calidad de los servicios no cumple las normas especificadas en el contrato».

El debate surge sobre si el riesgo de suministro, finalmente positivado, incluye o no el riesgo de disponibilidad, si son semejantes, girando en torno a dos posturas:

- Aquella que entiende que no son figuras equivalentes, pues el riesgo operacional (suministro) se derivaría de factores externos a la gestión del contratista, mientras que el riesgo de disponibilidad estaría vinculado a esta gestión y por tanto dependería de causas controlables por el concesionario¹⁰⁴, siendo inherente a cualquier contrato de acuerdo a aquella normativa contable¹⁰⁵.
- Según otra opinión el riesgo operacional vinculado al uso del servicio incluiría el riesgo de disponibilidad, no siendo ello de elección, e incluiría tanto el riesgo

¹⁰¹ Informe 13/2018, de 30 de mayo, de la JCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón

¹⁰² Art. 14.4 LCSP, en los mismos términos que la Directiva de Concesiones en su cdo. 20.

¹⁰³ Así en la Propuesta de la Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a la adjudicación de los contratos de concesión, en su art. 2.2 habla del «riesgo relacionado con la disponibilidad de las infraestructuras proporcionadas por el concesionario o utilizadas para la prestación de servicios a los usuarios»

¹⁰⁴ (COYLE, 2014)

¹⁰⁵ (MIGUEZ MACHO, 2015), p. 403

de demanda, el de oferta o ambos¹⁰⁶. En similar sentido, véase el Informe 9/2016, de 1 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña¹⁰⁷.

Es un debate que aún continúa en el tintero y sobre el cual los órganos administrativos deberían pronunciarse más pronto que tarde.

Concretando el riesgo de suministro

Tras el anterior debate, se debe precisar pues, qué es el riesgo de suministro y cierta casuística en que este entraría en juego. Se parte de que por riesgo de suministro ha de entenderse desde la teoría económica, es decir, el contratista puede lanzar una oferta que posteriormente podría no encontrar respuesta por el lado de la demanda. Pero también el caso contrario, que ante una demanda de gran nivel, no se pueda satisfacer con los riesgos que ello conllevaría (riesgo de disponibilidad)¹⁰⁸.

Así las cosas, cabe afirmar que, en aquellas situaciones en las que surjan problemas para el concesionario por la oferta lanzada y no se deban a su mala gestión, estarás asumiendo el riesgo operacional. LOPEZ MORA¹⁰⁹, estudia las manifestaciones de este riesgo desde la *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de marzo de 2011*¹¹⁰, y cómo los supuestos recogidos en esta son o no riesgo de oferta. Así:

- El riesgo de enfrentarse a la competencia, es una clara manifestación de riesgo en la oferta en un mercado de libre competencia donde habrá más actores que pudieran ofrecer el servicio;
- El riesgo de desajuste entre la demanda y la oferta es la manifestación más obvia de este riesgo en el suministro, como se ha comentado al inicio;

¹⁰⁶ (GIMENO FELIU et. al, 2017), p. 54

¹⁰⁷ En el apartado II del citado informe se indica: « el riesgo operacional incluye el “riesgo de disponibilidad”, si este se puede considerar incluido en el concepto de “riesgo de suministro”».

¹⁰⁸ (GARCÍA LUENGO, 2017), p.2. «Por lo tanto hay riesgo tanto si la demanda del servicio es insuficiente como si los servicios que es capaz de prestar el contratista no alcanzan la cantidad o no tienen la calidad requerida en el contrato y de ello se derivan consecuencias económicas negativas y de efecto significativo en el contrato para el contratista».

¹⁰⁹ (LOPEZ MORA, 2019), p. 168.

¹¹⁰ Vid. nota de pie 68.

- El riesgo de insolvencia de los deudores, se podría entender como riesgo de suministro, en cuanto a que, una vez ofertado el servicio, este no es pagado por los clientes que ya han hecho uso del mismo; y¹¹¹
- El riesgo de que los ingresos no cubran los gastos de explotación, supondría unas pérdidas para el concesionario y por tanto un caso más de riesgo.

Además, debería incluirse en el riesgo de suministro, el riesgo de construcción¹¹², como han destacado algunos autores como LÓPEZ MORA¹¹³.

De este modo, y a falta de futuras precisiones judiciales y administrativas, cabe decir a modo de resumen que este riesgo de suministro se corresponde con el riesgo de demanda, pero, visto desde el lado del contratista¹¹⁴ cuya oferta del servicio deberá ser la suficiente para la posible demanda o que aunque así ocurra, la demanda no sea la bastante como para cubrir las inversiones y costes realizados.

Para finalizar, sobre esta doble naturaleza de la nueva figura del riesgo operacional, sintetizando toda la información, se puede decir que el riesgo operacional abarca tanto aquellos casos en los que los ingresos del contratista dependen de las necesidades cambiantes de los potenciales usuarios del servicio (riesgo de demanda) o de que estos ingresos dependan de su capacidad para llegar a los servicios que realmente le sean demandados, sin que su oferta tampoco resulte excesiva con los sobrecostes pertinentes (riesgo de suministro)¹¹⁵.

¹¹¹ En la sentencia, se recoge otro supuesto, «el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio», pero este no derivaría del funcionamiento normal del mercado, por tanto, no podría entenderse como parte del riesgo operacional.

¹¹² El riesgo de construcción es aquel que «cubre situaciones como entregas con retraso, incumplimiento de los estándares especificados, costes adicionales, deficiencias técnicas, o efectos externos negativos».

¹¹³ (LOPEZ MORA, 2019), p. 169.

¹¹⁴ (MIGUEZ MACHO, 2015), p. 404.

¹¹⁵ (LAGUNA DE PAZ, 2017), p.43.

V. CONCLUSIONES Y OPINIÓN CRÍTICA

Para finalizar, cabe comentar una serie de conclusiones a modo de resumen:

1. La Unión Europea, en pos del mercado único con la Directiva de concesiones de 2014 regulaba el, hasta entonces excluido, contrato público de concesión de servicios, llevando a un marco concesional en el que un mayor de empresas podrían concurrir para prestar el objeto de estos contratos, beneficiándose, en un principio, las relaciones transfronterizas.

Un nuevo contrato, cuya característica clave sería la transferencia del riesgo operacional, un nuevo concepto que debería quedar definido.

2. Pero esta figura contractual no surge como consecuencia puntual, sino que es fruto de una evolución y unas necesidades que se veía que quedaban descubiertas. Un contrato, que como en toda concesión, la clave es la retribución al contratista y que desde 2004 en la norma europea se recogía la concesión de obras, quedando excluida la de servicios.

En este contrato aparecía la determinante transferencia del riesgo de explotación, cuyos caracteres – muy similares al actual riesgo operacional – eran la vinculación a la explotación que no queda garantizada la inversión, ser un riesgo considerable y significativo, además de ajeno a la gestión.

3. En 2014, finalmente, la Unión dejó de excluir el contrato de concesión de servicios, un contrato oneroso cuyo objeto es la prestación y gestión de servicios y que permite al concesionario explotar el servicio ya que este asume el riesgo operacional.

4. En España, la transposición se realizó más tarde que su entrada en vigor en la Unión Europea, lo que comportó que en aquellos contratos aprobados desde abril de 2016 en España donde el empresario asumía el riesgo, se completaba el régimen jurídico español con las indicaciones de la Directiva de Concesiones consecuencia del efecto directo de la normativa europea.

Con la aprobación de la LCSP, España regulaba el contrato de concesión de servicios en términos casi idénticos a la Unión Europea, a la vez que en nuestra normativa desaparecía, no sin polémica, el contrato de gestión de servicios públicos.

5. La gran novedad, es la figura del riesgo operacional, un término legal que aún queda por definir y concretar, pero del que en la ley se establece que son

elementos, su carácter económico, deriva de una exposición real a un mercado incierto (ya sea por el lado de la demanda o de la oferta –suministro-), y siendo un riesgo de cierta importancia, incierto, pero previsible.

Si el contratista asumiera las consecuencias derivadas del contrato y el riesgo contara con estos elementos, estaría ante un contrato de concesión de servicios.

Los tribunales y órganos administrativos, deberán seguir definiendo qué es este riesgo operacional y su casuística.

Dicho lo anterior, quiero ahora opinar sobre esta nueva figura concesional y el trabajo realizado.

El contrato de concesión de servicios era, en el contexto del mercado único europeo, necesario para asegurar la libertad de circulación de inversiones en un contexto de libre competencia que asegure para los ciudadanos unos servicios de calidad y con unos precios que no resulten inflados y especulativos. La figura concesional es un acierto, en cuanto que puede suponer una colaboración con el sistema público que dejaría de asumir riesgos de pérdidas.

Pero también supone un riesgo, pues podría suponer mercantilizar o privatizar servicios que hasta entonces los podía asumir el sistema público. Por ello es preciso, establecer unos mínimos estándares de calidad y una vigilancia efectiva y real del concesionario que está prestando el servicio a la par que asegurar medidas coercitivas si no llegan a aquellos mínimos.

Asimismo, y en la misma línea, considero que este contrato es fruto de una extrema liberalización (por no decir privatización) de la economía y del mercado, senda marcada por la Unión desde muchos años. Por ello debemos preguntarnos si se deberían limitar los casos en los que cabe realizar este contrato, y en mi opinión, así debería ser (siendo cierto que ya hay exclusiones generales para los contratos públicos).

Con respecto al riesgo operacional, ha sido un término definido muy vagamente con todo lo que su transferencia supone. Los órganos contratantes tienen, además de vigilar, hacer cumplir que las pérdidas derivadas de la explotación de los servicios sean asumidas por el contratista, alejándose de favores y rescates. Esto no sería más que cumplir con un principio básico del libre mercado.

Por último, sobre el trabajo realizado, he de decir que cuenta con limitaciones, derivadas principalmente de la novedad de este contrato y la consiguiente falta de realización de los mismos (por lo que tampoco existen resoluciones administrativas o jurisprudencia).

Por ello habrá que estar a las novedades de los tribunales (judiciales y administrativos) y de otros órganos que concreten en mayor medida los caracteres de este contrato, además del riesgo operacional y las consecuencias de su asunción.

En este estudio no se ha podido llegar a todas las novedades surgidas de la Directiva respecto al contrato de concesión de servicios. Por ello, cabe plantear futuras líneas de investigación como el régimen jurídico del contrato de concesión de servicios, especialmente la figura del restablecimiento del equilibrio económico y los supuestos en los que procede, los servicios excluidos de este contrato además de la concesión de servicios especiales del Anexo IV.

VI. BIBLIOGRAFÍA

GARCIA LUENGO, J., *Novedades en el contrato público de servicios* (Informe), J&A Garrigues, S.L.P., Madrid, 2017.

GIMENO FELIU, J.M., SALA SÁNCHEZ, P., QUINTERO OLIVARES, G., *El interés público y su satisfacción con la Colaboración Público-Privada*, Cambra Oficial de Comerç, Indústria, Serveis i Navegació de Barcelona, Barcelona , 2017.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ F. L., *La nueva concesión de servicios. Estudio del Riesgo Operacional*, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2018.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. «La delimitación de los contratos públicos de servicios y de concesión de servicios», GIMENO FELIU (dir), *Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2018.

LAGUNA DE PAZ, J.C. *Derecho Administrativo Económico*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, S.A.U., 2016.

LAZO VITORIA, X., *El nuevo contrato de concesión de servicios: el riesgo operacional* , Atelier, Barcelona, 2018.

LAZO VITORIA, X. «El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión», GIMENO FELIU (dir), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2018.

LOPEZ MORA M.E., *El nuevo contrato de concesión: el riesgo operacional*, Atelier, Barcelona 2019.

MIGUEZ MACHO L., «La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la Directiva 2014/23/UE: repercusiones en el derecho español», GIMENO FELIU (dir.), *Las Nuevas Directivas de Contratación Pública*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, S.A., 2015.

TORNOS MAS, J. «El contrato de concesión de servicios», GIMENO FELIU (dir), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, S.A.U., 2018.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ P. «La delimitación de los tipos contractuales», GIMENO FELIU (dir), Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, S.A.U., 2018, pp. 411 - 476.

❖ **Artículos en revistas:**

ALIAGA MORENO, I. «La Regulación de las concesiones de obras y servicios en las directivas europeas. Visión crítica de la regulación en Navarra», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 45, 2015, pp. 260 - 311.

GARCÍA ROSA M. «El nuevo contrato de concesión de servicios: claves para su fiscalización» *Revista de Auditoría Pública*, nº 71, junio de 2018, pp. 91 - 100.

GIMENO FELIU J.M. «La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo», *Cuadernos de Derecho Local, QDL*, nº 43: Vol. La remunicipalización de los servicios públicos locales, febrero de 2017, pp. 31 - 78

LAGUNA DE PAZ, J.C. «Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos», *Revista de Administración Pública*, nº 204, septiembre - diciembre de 2017, pp. 41 - 68.

MACHO PÉREZ, A.B. y MARCO PEÑAS, E., « El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda públicos: Análisis de los criterios de Eurostat», *Revista de Administración Pública*, nº 194, 2014, pp. 437 - 474.

MARTÍNEZ LOPEZ MUÑIZ, J.L.«sentido y Alcance de la transposición de las Directivas de la Unión Europea (Análisis particular en materia de contratación pública)» *Revista de Administración Pública* ,Nº 202, 2017, pp. 13 - 41.

RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. «La Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión», *Revista Jurídica de Navarra*, nº 58, Julio - Diciembre 2014, pp. 95 – 156.

ROMÁN MÁRQUEZ A., «El riesgo en las concesiones de obras y servicios públicos: orígenes, evolución y situación actual en el ordenamiento jurídico comunitario», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 182, 2017, pp.445-481.

VALCARCEL FERNÁNDEZ, P., «Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 74, 2018, pp. 52 - 61.

VILALTA-REIXACH M. «Los convenios interadministrativos en el ordenamiento jurídico español desde un punto de vista contractual», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº 15, enero - junio 2016, pp. 83-114.

VILLAR ROJAS F.J. «Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos locales» *Revista de Estudios a la Administración Local y Autonómica*, nº 9, 2017, p. 9.

❖ **Recursos de Internet:**

COYLE C., legaltoday.com, «Nueva Directiva sobre Adjudicación de Concesiones: ¿excluye las basadas en la transferencia del riesgo de disponibilidad?», de 9 de mayo de 2014, consultado el 7 de Abril de 2019, disponible en: http://www.legaltoday.com/practica-juridica/publico/d_administrativo/nueva-directiva-sobre-adjudicacion-de-concesiones-excluye-las-basadas-en-la-transferencia-del-riesgo-de-disponibilidad.

GIMENO FELIU, J.M., Observatorio de Contratación Pública, « Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público», de 2 de mayo de 2016, consultado el 2 de abril de 2019, disponible en: http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_Jose-Maria-Gimeno-Jornada-impacto-nuevas_directivas-UE-regulacion-modificaciones-contratos-sector-publico_3f13ca99%232E%23pdf/chk.d22a835b2474f60b57b9ef16dc46d47e.

LAZO VITORIA, X, Observatorio de Contratación Pública, «El futuro del mercado concesional en Europa», de noviembre de 2013, consultado el 30 de marzo de 2019, en: http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_XIMENA_LAZO_88b08012%232E%23pdf/chk.5a561b96edb4fe2113e52825d3a17c78

LAZO VITORIA X., ceflegal.com, «El futuro del mercado concesional en Europa», noviembre de 2013, consultado el 30 de marzo de 2019, disponible en: http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_XIMENA_LAZO_88b08012%232E%23pdf/chk.5a561b96edb4fe2113e52825d3a17c78

TORNOS MAS, J, La Administración al día, «La tarifa como contraprestación que pagan los usuarios en el contrato de concesión de servicios de la Ley 9/2017 de

contratos del Sector Público», 21 de Diciembre de 2017, consultado el: 12 de Enero de 2018, <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508103>.

❖ **Legislación**

Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Publicado en: «DOUE» núm.134, de 30 de abril de 2004.

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. Publicado en: Diario Oficial n° 199, de 9 de agosto de 1999

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Publicado en «BOE»: NÚM. 276, de 16/11/2011.

Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Publicado en: «DOUE», de 28 de marzo de 2014, páginas 1 a 64 (64 págs.)

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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. Publicado en: «BOE» núm. 272, de 09/11/2017

Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales. Publicado en: «BOE» núm. 196, de 15/07/1955

New decision of Eurostat on deficit and debt - Treatment of public-private partnerships, de 10 de febrero de 2004.

Reglamento (UE) n ° 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013 , relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea Texto pertinente a efectos del EEE

❖ **Jurisprudencia**

Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala 1ª, de 13 de octubre de 2005, Asunto C-458/03, (ECLI:EU:C:2005:605)

Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala 3ª, de 18 de julio de 2007, Asunto C-382/05 (ECLI:EU:C:2007:445),.

Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala 3º, de 13 de noviembre de 2008, Asunto C347/07 (EU:C:2008:624),

Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala 3º, de 11 de junio de 2009, Asunto C-300/07 (EU:C:2009:358).

Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala 3ª, de 10 de septiembre de 2009, Asunto C-206/08 (EU:C: 2009:540).

Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala 1ª, de 6 de abril de 2006, Asunto C-410/04 (ECLI:EU:C:2006:237).

Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala 3º, de 10 de marzo de 2011, Asunto C-274/09 (EU:C:2011:30).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de diciembre de 2012, asunto C-159/11 (ECLI:EU:C:2012:817)

Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala 3ª, de 10 de septiembre de 2009, asunto C-206/08, (ECLI:EU:C:2009:540).

Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala 3º, de 10 de marzo de 2011, Asunto C-274/09 (EU:C:2011:30).

❖ **Resoluciones administrativas y comunicaciones**

Comunicación de la comisión al parlamento, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones, «Mejorar el mercado único: más oportunidades para los ciudadanos y las empresas», COM (2015) 550 final. Bruselas 28.10.2015

Comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones, «Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa». COM (2017) 572 final, Estrasburgo 3.10.2017.

Comunicación interpretativa de la Comisión, de 24 de febrero de 1999, sobre las concesiones en el derecho comunitario, COM/2000/C/121/02

Comunicación de la comisión, de 3 de marzo de 2010, EUROPA 2020, Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, COM(2010)/2020 final.

Tribunales Administrativos de Contratación Pública, *«Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de trasposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público»* [Informe], Documento de estudio, Madrid, 1 de marzo de 2016.

Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 25 de junio de 2014, nº 125/2014, rec. 120/2014.

Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de 30 de junio de 2014, nº 37/2015, rec. 37/2014.

Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 27 de febrero de 2015, nº 205/2015, rec. nº 20/2015 C.A. Galicia 4/2015.

Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública.

Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de 8 de septiembre de 2017, nº 98/2017, rec. 108/2017.

Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 27 de mayo de 2016, nº 422/2016, rec. 338/2016.

Informe 9/2016, de 1 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya.

Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 5 de junio de 2015, nº 515/2015, rec. 304/2015.

Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 18 de enero de 2019, nº 22/2019, rec. 745/2018.

Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia nº 73/2018, de 17 de septiembre de 2018, rec. 72/2018.

Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 1159/2017, de 1 de diciembre de 2017, rec. 1084/2017.

Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 47/2019, de 24 de enero de 2019, rec. 1293/2018.

Informe 13/2018, de 30 de mayo de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón. Asunto: Modalidades contractuales idóneas para la licitación de un bar-cafetería en instalaciones o edificios públicos, eventualmente acompañado de la gestión de una piscina municipal.

Informe 24/2013, de 25 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón. Asunto: Restablecimiento del equilibrio económico en contratos de concesión de obra pública.

Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 382/2017, de 28 de abril de 2017, rec. nº 239/2017.

Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid, núm. 32/2014, de 17 de febrero de 2014, rec nº 8/2014

Informe 25/2012, de 20 de noviembre de 2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. Asunto: Explotación de inmuebles de servicio público, propiedad del Ayto. mediante la instalación de bares-cafeterías: calificación del contrato, forma de adjudicación y valor estimado del contrato.

Informe 13/2018, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: Modalidades contractuales idóneas para la licitación de un bar-cafetería en instalaciones o edificios públicos, eventualmente acompañado de la gestión de una piscina municipal.