



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**RIESGO OPERACIONAL VERSUS
EQUILIBRIO FINANCIERO ¿UNA
CONTRADICCIÓN REAL O
TEÓRICA?**

Autor: María Artilles Manrique de Lara
5º A E3

Derecho Administrativo

Director: Alfonso Arévalo Gutiérrez

Madrid
Junio 2019

RESUMEN

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público introdujo cambios significativos en la tipificación de los contratos públicos: se eliminaron los contratos de gestión de servicios públicos y de colaboración público-privada, introduciéndose el contrato de concesión de servicios. El presente trabajo analiza los elementos tradicionales del viejo y nuevo contrato de concesión de servicios, prestando especial atención a la teoría del equilibrio económico del contrato y al concepto de riesgo operacional, de cuya correcta interpretación dependerá el correcto funcionamiento de la concesión como modalidad de gestión indirecta de los servicios públicos.

El artículo 14 de la Ley 9/2017, que regula el riesgo operacional de los contratos de concesión, es una transposición literal del artículo 5.1 b) de la Directiva 2014/23/UE. Ambos textos establecen que el concesionario asume un riesgo operacional cuando, en condiciones normales de funcionamiento, no esté garantizada la recuperación de las inversiones realizadas con objeto de la concesión.

En particular, este trabajo estudia el derecho al reequilibrio económico del concesionario, cuestión que se prevé, será objeto de gran litigiosidad. El principio de reequilibrio económico-financiero permite mitigar las consecuencias derivadas de los riesgos a los que están expuestos los concesionarios en los casos en los que se ha quebrado el equilibrio económico del contrato. Por su parte, hay sectores de la doctrina administrativa que no aprecian la compatibilidad entre el concepto de riesgo operacional y el principio de equilibrio económico financiero en los contratos de concesión, por lo que en las siguientes líneas se analizan ambos conceptos y estudiar su posible encuadre.

Palabras Clave: derecho administrativo, contrato de concesión, Riesgo operacional, servicio público, Contratación Pública, principio de equilibrio económico-financiero.

ABSTRACT

Law 9/2017, of November 8, on Public Sector Contracts introduced significant changes in the classification of public contracts: the contracts for the management of public services (“*contratos de gestión de servicios públicos*”) and private-public partnerships agreements (“*contratos de colaboración público-privada*”) were excluded. This paper analyzes the traditional elements of the new contract for concession of services, paying special attention to the theory of the economic equilibrium of the contract and the concept of operational risk, as the correct interpretation of the concession will depend on the correct operation as a modality of indirect management of public services.

Article 14 of Law 9/2017, which regulates the operational risk of concession contracts, is a literal translation of article 5.1 b) of Directive 2014/23/EU. Both legal texts regulate that the concessionaire assumes an operational risk when, under normal operating conditions, the recovery of the investments made for the purpose of the concession is not guaranteed.

In particular, this paper studies the right to economic rebalancing of trade, the question that is foreseen, object of great litigation. The principle of economic-financial rebalancing allows mitigating the consequences derived from the risks that are to others. On the other hand, there are sectors of the Spanish administrative doctrine that do not appreciate the compatibility between the concept of operational risk and the principle of economic and financial equilibrium in concession contracts, so in the following lines both concepts are analyzed and their possible compatibility is studied.

Key words: Administrative law, concession contract, operational risk, public service, public contracts, principle of economic-financial equilibrium.

ÍNDICE

RESUMEN.....	2
ABSTRACT.....	3
1. INTRODUCCIÓN.....	1
2. EL CONTRATO DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA.....	4
2.1. Las Directivas de primera generación.....	5
2.2. Las Directivas de segunda generación.....	5
2.3. La Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea sobre las concesiones en el Derecho Comunitario de 2000.....	6
2.4. Las Directivas de tercera generación.....	8
2.5. Las Directivas de cuarta generación.....	10
3. LA DIRECTIVA 2014/23/UE RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN.....	12
3.1. El contrato de concesiones en la Directiva 2014/23/UE.....	12
3.2. La concesión de servicios y la libertad de empresa.....	14
3.3. La transferencia del riesgo operacional como elemento delimitador del contrato de concesión en la Directiva 2014/23/UE.....	16
3.3.1. <i>La positivación del riesgo operacional.....</i>	17
3.3.2. <i>Clases de riesgo operacional.....</i>	21
3.3.3. <i>Riesgo operacional y el principio de estabilidad presupuestaria.....</i>	24
4. LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN Y EL RIESGO OPERACIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	27
4.1. La concesión de servicios en la Ley 9/2017 de 11 de noviembre de Contratos del Sector Público.....	27
4.1.1. <i>Transferencia del riesgo operacional al concesionario.....</i>	29
4.1.2. <i>Titularidad o publicatio de la Administración.....</i>	31
4.2. El riesgo operacional.....	34
4.2.1. <i>Riesgo operacional y riesgo y ventura.....</i>	34

<i>4.2.2. La duración del contrato de concesión y el riesgo operacional.</i>	36
<i>4.2.3. Retribución del concesionario y el riesgo operacional.</i>	39
4.3. El riesgo operacional y el principio de equilibrio económico-financiero.	42
<i>4.3.1. Casos de ruptura del equilibrio económico-financiero de la concesión.</i>	47
<i>4.3.2. Efectos de la resolución del contrato de concesión: la RPA.</i>	50
5. CONCLUSIÓN	54
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58
6.1. Normativa	58
6.2. Resoluciones judiciales	58
6.3. Dictámenes	58
6.4. Obras doctrinales	59

Listado de abreviaturas

AAPP	Administración Pública
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
JCCA	Junta Consultiva de Contratación Administrativa
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.
LRJSP	la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
RSCL	Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 1955
SEC	Sistema Europeo de Cuentas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TACRC	Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
TACP	Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid
TACPA	Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón
TARCJA	Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLCAP	Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.
TRLCSP	Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
UE	Unión Europea.

1. INTRODUCCIÓN

El 28 de marzo de 2014 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea tres Directivas en materia de contratación pública, concebidas como las “directivas de cuarta generación”: la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (“Directiva 2014/23/UE”), objeto del presente trabajo de investigación; la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública (“Directiva 2014/24/UE”); y la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, energía, transportes y servicios postales.

Con esta normativa, por primera vez en el ámbito comunitario, se contempla una regulación específica sobre concesiones diferenciada de la regulación de los contratos públicos considerados como “clásicos”, regulados ésta vez en la Directiva 2014/24/UE. Es, también, la primera ocasión en la que se armonizan, bajo una única regulación, los distintos tipos de concesiones, esto es, la concesión de obras –ya expresamente individualizada y prevista en las Directivas 2004/17/UE y 2004/18/UE– y la concesión de servicios, figura que aparece singularizada y contemplada como tal por primera vez en la Directiva 2014/23. Asimismo, esta norma comunitaria comporta la aplicación de un único texto a todas las concesiones, ya sea en los sectores clásicos de actividad o bien en los sectores especiales, superando así la dualidad normativa que hasta entonces existía en los contratos públicos.

La trasposición de estas directivas al ordenamiento jurídico español se llevó a cabo mediante la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (“LCSP”). Esta ley trae consigo novedades de importante calado en el ámbito de la contratación pública española. De entre todas sus innovaciones, resalta la introducción de la concesión de servicios públicos y el contrato de servicios que conlleva prestaciones directas a los ciudadanos, y la supresión del contrato de gestión de servicios públicos¹.

¹ *Vid.* GIMENO FELIÚ, J. M., “La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades”, *Documentación Administrativa: Nueva Época*, 2017, núm. 4, p. 7.

De esta manera, tanto la LCSP como las directivas de cuarta generación configuran la nueva delimitación legal de las concesiones de obras y de servicios definida por el riesgo operacional como *conditio sine qua non* de dichos contratos. De este modo, si en la concesión no se asume dicho riesgo operacional, el contrato no será una verdadera concesión, sino una modalidad contractual diferente².

La trasposición de la normativa europea mencionada modifica la configuración de los contratos administrativos, que, hasta ese momento, se encontraban arraigados en el Derecho administrativo español³. Esta alteración ha sido criticada por ciertos sectores de la doctrina administrativa española, pues consideran que la regulación de la UE no exigía esta “re-definición” de los contratos públicos, y, que además, la reforma no va unida de novedades apreciables en la regulación positiva de los mismos⁴.

Asimismo, la introducción de estos nuevos tipos contractuales, y concretamente la delimitación del contrato de concesión de servicios mediante la transmisión del riesgo operacional, se ha alzado precisamente como un motivo de disputa doctrinal, pues ciertos autores y profesionales jurídicos consideran que el riesgo operacional no presenta diferencias con respecto al principio de riesgo y ventura que impera en el régimen general de la contratación pública⁵.

Sin embargo, la definición normativa del riesgo operacional supone una novedad que va más allá de la tradicional exigencia del riesgo y ventura y afecta muy significativamente a cuestiones como, el restablecimiento del equilibrio económico-

² GUILLÉN CARAMÉS, J., “El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesiones”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2018, núm. 941, p. 10.

³ LAGUNA DE PAZ, J. C., “Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos”, *Revista de Administración Pública*, 2017, núm. 204, p. 44.

⁴ *Vid.* SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “Contratos del sector público y Derecho de la Unión”, *Revista de Administración Pública*, 2016, núm. 200, p. 101.

⁵ Por otra parte, MAGIDE HERRERO. M. afirma que la idea del riesgo operacional “*no es otra que el riesgo y ventura en la explotación de la concesión que se ha predicado tradicionalmente de nuestras concesiones de obras y de gestión de servicios públicos (cfr. artículos 7.2 y 277 a) del TRLCSP), puesto que la explotación de la obra o el servicio es su operación, y el principio de riesgo y ventura ya exigía esa ausencia de garantía de recuperación de costes e inversiones.*” en “Algunas reflexiones a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, en particular sobre los contratos de concesión” *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 2017, núm. 46, p. 43.

financiero de las concesiones. Así lo ha declarado el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 1116/2015, relativo al Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público:

“Las determinaciones de la nueva regulación trastocan la regulación vigente. Esta hace pivotar la figura concesional en el siempre delicado equilibrio entre el riesgo y ventura en la ejecución de la obra y la prestación del servicio y el derecho al equilibrio económico de la concesión. Sin embargo, la proyectada va mucho más allá al tomar como gozne de la institución concesional el riesgo operacional. La existencia de un derecho del concesionario al equilibrio económico de la concesión en el derecho español –de tal manera que el margen de beneficio planteado en el estudio económico financiero se mantenga estable en términos económicos durante la vida del otorgamiento– choca frontalmente con el concepto de riesgo operacional y por eso desaparece en el nuevo régimen. Este, como se ha dicho, existe cuando no está garantizado que el concesionario vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes, afirmando que la aplicación de la regulación de concesiones es improcedente en los casos en que se alivie al contratista de cualquier pérdida potencial garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a los costes. A la vista de estas previsiones, la nueva regulación priva al concesionario del derecho al equilibrio económico en los términos tradicionales.”

Esta última frase no ha de entenderse en el sentido de que los reequilibrios de concesiones vayan a desaparecer, sino que algunos de ellos desaparecerán y otros van a desaparecer tal y como los conocíamos hasta este momento.

En definitiva, el propósito de este trabajo de investigación es definir qué entiende el ordenamiento jurídico español por riesgo operacional y analizar las cuestiones prácticas qué quedan comprendidas dentro de este concepto de naturaleza esencialmente económica, centrándonos sobre todo, en sus implicaciones en el restablecimiento del equilibrio económico financiero de los contratos de concesión.

2. EL CONTRATO DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

El concepto de concesión ha generado numerosos conflictos tanto a nivel europeo como interno, fundamentalmente por la necesidad de distinguir las concesiones de servicios de los contratos públicos de servicios debido a la exclusión de aquellas del ámbito de las Directivas⁶.

Frente a un escaso marco jurídico en torno a las concesiones, ha cobrado un notorio papel la jurisprudencia del TJUE, que, con ocasión de cuantiosos procesos sobre concesiones, ha fijado un concepto de concesión y declarado la sujeción, con carácter general, de las concesiones que revistan un interés transfronterizo cierto a las normas y principios del TFUE⁷.

La aprobación de la Directiva 2014/23/UE, un texto normativo muy específico y limitado a regular el contrato de concesión, requiere un examen de la evolución del concepto de concesión en el ámbito comunitario, el cual ha sido delimitado por la jurisprudencia del TJUE. El análisis de esta jurisprudencia nos permite identificar diferentes etapas según el elemento diferenciador que caracterizaba el contrato en cada una de ellas: el criterio de la remuneración del contratista en una primera fase, y la traslación de riesgo de explotación en segundo lugar⁸.

A continuación, se presenta un breve análisis de las concesiones en el ámbito comunitario según las distintas normas promulgadas regulando este tipo contractual, en las que se identificarán las etapas mencionadas en el párrafo anterior.

⁶ MÍGUEZ MACHO, L., “La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la Directiva 2014/23/UE: repercusiones para el derecho español”. En *Las nuevas directivas de contratación pública: Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo*, Observatorio de los Contratos Públicos, 2015, Número Monográfico especial, Aranzadi, Zaragoza p. 398.

⁷ RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., “La Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión”, *Revista Jurídica de Navarra*, 2014, núm. 58, p. 106.

⁸ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., *La Nueva Concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, Aranzadi, Canarias, 2018, p. 190.

2.1. Las Directivas de primera generación.

Con las denominadas “Directivas de primera generación”, y en concreto, la Directiva 71/305/CEE de contratos públicos de obra, surge la primera regulación comunitaria sobre contratos del sector público, sin embargo, se descartó explícitamente de su ámbito de aplicación objetivo los contratos de concesión⁹. Aunque es cierto que tras la reforma de esta norma efectuada por la Directiva 89/440/CEE, se incluyeron los contratos de concesión de obras públicas en la aplicación de ciertos artículos, con respecto a la concesión de servicios, en esta normativa no se hace mención alguna.

2.2. Las Directivas de segunda generación.

El bloque normativo de las “Directivas de segunda generación”, que derogó las mismas de la generación anterior, y específicamente, la Directiva 93/37/CEE sobre los contratos públicos de obras, sí incluyó la concesión de obras públicas entre el conglomerado de tipos contractuales que ésta regulaba, estableciendo además un mínimo régimen especial para la figura concesional¹⁰ en el ámbito de obras públicas. Esta norma define los contratos de concesiones de obras públicas como aquel que *“presente los caracteres contemplados en la letra a), con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio”*¹¹.

No obstante, de la misma forma que las directivas de primer generación, nada se reguló respecto de las concesiones de servicios en la Directiva 92/50/CEE relativa a los contratos públicos de servicios, y tampoco se incluyó el modelo concesional en la Directiva

⁹ Vid. Artículo 3.1 del texto original de la Directiva 71/305/CEE, de contratos públicos de obra.

¹⁰ Esta regulación se recoge en los artículos 3, 11, 15 y 16 de la Directiva 93/37/CEE sobre los contratos públicos de obras.

¹¹ Vid. Artículo 1. d) de la Directiva 93/37/CEE sobre los contratos públicos de obras. Además, vid. La sentencia del TJ de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, Asunto C-458/03, en la que se define el contrato público de servicios a efectos de la Directiva 92/50/CEE, y se especifica que las concesiones de servicios públicos quedaban excluidas de esta norma.

93/38/CEE sobre los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones¹².

2.3. La Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea sobre las concesiones en el Derecho Comunitario de 2000.

En el año 2000, la Comisión Europea emitió una comunicación interpretativa sobre las concesiones en de Derecho Comunitario, en la que admite que se ve obligada a concretar el concepto de concesión y a aclarar qué normativa era aplicable a este tipo contractual, puesto que el marco jurídico vigente estaba obstaculizando el uso de la técnica concesional como modo de colaboración público-privada entre el sector público y los operadores económicos¹³. La Comisión Europea, además, reconoce que se recurría cada vez con más frecuencia a esta forma de asociación, empleada sobre todo para grandes obras de infraestructura como como las redes ferroviarias o una parte importante de las redes de carreteras y para ciertos servicios, y que, por tanto, era fundamental puntualizar y precisar el concepto de contrato de concesión¹⁴.

Con el propósito de poder delimitar las características y precisiones del contrato concesional, la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en Derecho comunitario de 2000 estableció los conceptos de concesiones de obras públicas y de servicios y la diferencia entre estos dos. Esta diferenciación se centró en que, la concesión de obra se refiere a la construcción de una obra por cuenta del concesionario; y, por el contrario, si el contrato de concesión implica simplemente la explotación de una obra ya existente, o si trata la realización de obras con carácter accesorio a dicha explotación, nos encontraremos ante una concesión de servicios. Además, la concesión de servicios reside normalmente en funciones que, por su naturaleza, por su objeto y por

¹² RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., “La Directiva 2014/23/UE...” *op. cit.*, p. 102.

¹³ Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario, publicada en el DOCE C 121 de 29 de abril de 2000, p. 3.

¹⁴ Comunicación interpretativa de la Comisión..., *ibid.* p. 4.

la regulación que les atañe, podrían ser competencia exclusiva del Estado y sobre las cuales podrían recaer derechos exclusivos o especiales¹⁵.

El concepto de la concesión de obras públicas parte de la noción que el legislador comunitario otorgó a contrato público de obras, pero, como dispone el artículo 1. d) de la Directiva 93/37/CEE, la contrapartida que recibe el contratista de las obras consiste o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio. De esta manera, la Comisión considera que el derecho de explotación sirve como elemento diferenciador entre el contrato público de obras y el contrato de concesión, y que precisamente este derecho de explotación permitirá al concesionario el cobro de los derechos a usar la obra a los beneficiarios de ésta durante el periodo de tiempo concertado con el organismo público contratante¹⁶.

El derecho de explotación recogía tanto el modelo de remuneración del contratista como la transferencia de la responsabilidad de la explotación. Por una parte, la manera de remunerar al concesionario estaba estrechamente ligada al tiempo de vigencia del contrato, pues el operador no era directamente retribuido por el órgano de contratación, sino que obtenía de éste el derecho a recibir las rentas resultantes de la utilización de las obras realizadas¹⁷. De todos modos, el acuerdo no perdía, necesariamente, su carta de naturaleza de concesión en los casos en los que el Estado asumiera parte del coste de explotación a fin de rebajar el precio que los ciudadanos tuvieran que satisfacer para hacer uso de la obra, siempre que el precio pagado cubriera sólo una parte del coste de la obra y de su explotación¹⁸.

En segundo lugar, en este contrato público se transfiere la responsabilidad de explotación al concesionario, que engloba los aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra¹⁹. En términos de riesgos, el concesionario, bajo la Directiva 93/37/CEE, no sólo asumía

¹⁵ Vid. RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., “La Directiva 2014/23/UE...” *op. cit.*, pp. 104-106.

¹⁶ Comunicación interpretativa de la Comisión..., *op. cit.*, p. 6.

¹⁷ Comunicación interpretativa de la Comisión..., *ibid.*, p. 7.

¹⁸ Comunicación interpretativa de la Comisión ..., *ibid.*, p. 8.

¹⁹ La configuración del contrato de concesión de obra pública en la Directiva 93/37/CEE hacía responsable al contratista de las inversiones a realizar para garantizar la utilidad de la obra y, además, de la amortización de la obra. Vid. RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., “La Directiva 2014/23/UE...” *op. cit.*, p. 105.

los asociados a la construcción, sino también los riesgos inherentes a la gestión y frecuentación del equipamiento. Sin embargo, la comunicación interpretativa de la Comisión de 2000 resalta que se tendría que estudiar caso por caso, para poder determinar el grado de transferencia del riesgo al concesionario, las condiciones contractuales y elementos como el objeto, duración e importe del contrato, la capacidad económica y financiera del concesionario y cualquier otro término que permita determinar la efectividad de dicha transferencia²⁰.

A *sensu contrario*, nos encontraríamos ante contratos públicos si: (i) el coste de la obra lo asumiera mayoritariamente el órgano público contratante y el concesionario no fuera retribuido directamente por los beneficiarios de la obra; (ii) o si los poderes públicos asumieran el riesgo inherente a la gestión de la obra, garantizando, por ejemplo, el pago de la inversión llevada a cabo por el contratista.

Asimismo, la definición dada por la Comisión Europea en la Comunicación interpretativa de 2000 para la concesión de servicios emplea también como criterio diferenciador al contrato de servicios públicos el derecho de explotación, de la misma manera que se ha venido explicando.

En conclusión, la concesión de obras y la de servicios que regulaban las Directivas de segunda generación, se identificaban tanto por la transferencia de la responsabilidad de explotación, como por el hecho de que la remuneración recibida por el operador privado proviene, al menos en parte, del usuario.

2.4. Las Directivas de tercera generación.

En el año 2004, con el propósito de recoger las demandas comprendidas en la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 2000, se aprobaron las “Directivas de tercera generación”, entre las que se encuentra la Directiva 2004/18/CEE contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y la Directiva 2004/17/CEE de

²⁰ Comunicación interpretativa de la Comisión ..., *op. cit.*, p. 7.

contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, que derogan las directivas de la generación precedente.

Estas dos nuevas normas fijan las definiciones de las concesiones de obras públicas y de servicios de forma precisa, siendo la única diferencia entre las definiciones recogidas por dichas directivas sus ámbitos de aplicación²¹. El artículo 1.3 de la Directiva 2004/18/CEE establece que:

“La "concesión de obras públicas" es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.”

Y el apartado cuarto de este mismo artículo dispone que:

“La "concesión de servicios" es 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.”

Estas definiciones delimitan los dos tipos de concesión como dos nociones específicas y diferenciados de los contratos públicos mediante un elemento delimitador consistente en que la contrapartida sea el derecho de explotación de la obra o servicio o dicho derecho acompañado de un precio ²².

Como hemos analizado, las Directivas de primera y segunda generación excluían la concesión de servicios de sus ámbitos de aplicación, por lo que, al no existir una normativa comunitaria armonizada, eran de aplicación al régimen de las concesiones los principios generales del TFUE (igualdad de trato, transparencia, proporcionalidad, reconocimiento mutuo y protección de los derechos de los particulares). Esto ocasionaba distorsiones del mercado único e ineficacias económicas que se tradujeron en un aumento

²¹ Vid. Sentencia de la Sala Segunda del TJUE de 10 de noviembre de 2011 relativa al Asunto C-348/10, Norma-A SIA y Dekom SIA contra Latgales plānošanas reģions.

²² HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., “La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado”, en *Las nuevas directivas de contratación pública: Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo*, Observatorio de los Contratos Públicos, 2015, Número Monográfico especial, Aranzadi, Zaragoza p. 180.

exponencial de los conflictos relacionados con el régimen jurídico aplicable a la figura concesional. Por esta razón, el papel TJUE en la interpretación y delimitación del concepto de concesión ha sido fundamental.

2.5. Las Directivas de cuarta generación.

La aprobación y entrada en vigor de las Directivas de cuarta generación trajeron consigo una definición más completa, armonizada y concluida de la concesión, con el fin de garantizar la seguridad jurídica que tanto el tráfico jurídico como el económico reclamaba. Así, lo más novedoso de este paquete normativo es la adopción de una norma especial y exclusiva de concesiones, la Directiva 2014/23/UE.

El propósito perseguido por esta norma se fundamenta en : 1) garantizar la seguridad jurídica y la transparencia mediante un texto normativo claro, flexible y adecuado, que precise los procedimientos a seguir; 2) facilitar la participación de las PYME y de operadores transfronterizos; y 3) el responder al plan de Estrategia Europea 2020, mediante empleo estratégico de la contratación pública, que proporcione un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y fomente una mayor eficiencia en el gasto público²³.

El concepto de concesión y el riesgo operacional como criterio delimitador de este contrato se analizará de manera más extensa en el presente trabajo. Aun así, cabe añadir en este apartado la definición que CALATAYUD PRATS otorga al contrato de concesión la siguiente definición, basada en las características otorgadas a este tipo contractual en la Directiva 2014/23/UE y la LCSP:

“Contrato en virtud del cual Administración adjudica, a riesgo y ventura de un determinado contratista, la realización de una obra o la gestión de un servicio competencia de la misma, para cuya implantación o mantenimiento va a ser necesaria una importante inversión y cuya contrapartida o remuneración, destinada a recuperar las inversiones previstas y a obtener un beneficio sobre el capital invertido, va a ser bien el derecho a

²³ VILLALBA PÉREZ, F. “La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 2014, núm. 2, p. 88.

explotar las obras o los servicios objeto del contrato mediante el cobro a los usuarios de una tarifa por el uso del servicio o de la obra, o este mismo derecho en conjunción con un pago realizado por la propia Administración.”²⁴

²⁴ CALATAYUD PRATS I., “Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista de las concesiones de obra y Servicio público: la liquidación del contrato (RPA) y la indemnización de daños y perjuicios”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 2017, núm. 44, Iustel. Recuperado el 7 de marzo de 2019 de <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507100>.

3. LA DIRECTIVA 2014/23/UE RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN.

La aprobación de la Directiva 2014/23/UE supone que el Derecho comunitario pasa a regular por primera vez el procedimiento de licitación y adjudicación de las concesiones, que, como hemos visto, hasta ese momento en las concesiones de servicios carecía de regulación en las Directivas precedentes y donde sólo estaba sujeto a los criterios y principios generales de derecho recogidos en los Tratados y en las concesiones de obras se regulaban mediante unos criterios mucho más flexibles que en los contratos clásicos.

Aún así, las normas de las Directiva de concesiones siguen siendo menos exigentes que las de la Directiva 2014/24/UE. Por ello, con este nuevo régimen permanece la relevancia de interpretar estrictamente el concepto de concesión para evitar que los poderes adjudicadores empleen esta técnica contractual como una vía de escape de los procedimientos de adjudicación de los contratos.

Por ello, la Directiva 2014/24/UE regula los contratos mixtos en su artículo tercero, apartado segundo párrafo cuarto, disponiendo que, si un contrato mixto contiene prestaciones sometidas a la Directiva 2014/24/UE y otras sometidas a la Directiva 2014/23/UE, y éstas son objetivamente separables, se aplicará la Directiva 2014/24/UE a todo el contrato, aunque su objeto principal esté formado por prestaciones sometidas a la Directiva 2014/23/UE, siempre que el valor estimado de la prestación propia de un contrato regulado por la Directiva 2014/24/UE, calculado con arreglo al su artículo 5, sea igual o mayor al umbral correspondiente establecido en su artículo 4²⁵.

3.1. El contrato de concesiones en la Directiva 2014/23/UE.

Como ya se ha mencionado en los apartados anteriores de este estudio, en pro de la seguridad jurídica, la Directiva 2014/23/UE recoge una regulación de forma diferenciada de la relación concesional, incluyendo una definición específica sobre el concepto de concesión. Como ya se ha apuntado con anterioridad, hasta ahora las Directivas de

²⁵ *Vid.* Artículo 3 de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública.

generaciones anteriores únicamente habían recogido el concepto de concesión de obra pública, pero no el concepto de concesión de servicio, provocando una laguna que había comportado que fuera la jurisprudencia del TJUE la que determinara los rasgos característicos de este tipo contractual.

Con la promulgación, pues, de un texto normativo propio para las concesiones, se ofrece una definición exclusiva sobre el concepto de concesión y también las pautas de diferenciación entre la concesión de obras y la concesión de servicios. Definiciones contempladas en su artículo 5.1 que, si bien para algunos todavía se considera poco precisa y generará la necesaria intervención interpretativa del TJUE, para otro sector doctrinal esa conceptualización contiene elementos suficientes para delimitar con mucha mayor precisión los aspectos básicos y los límites propios de esta figura.

En concreto, el artículo 5 de la Directiva establece a efectos de la misma, se entenderá por concesión de obra lo siguiente:

“Un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago.”

Por otra parte, el contrato de concesión de servicios está delimitado por el mismo artículo 5.1 así:

“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.”

El artículo prosigue añadiendo que:

“La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios 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 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.”

De estas definiciones se puede identificar dos reflexiones preliminares: en primer lugar, la individualización de la concesión de obras, por un lado, y la concesión de servicios, por otra; y en segundo lugar la identificación del rasgo configurador y distintivo de las relaciones concesionales en relación con las características de los contratos públicos clásicos. Este rasgo radica en la contrapartida a explotar la obra o servicio o este mismo derecho junto con la posibilidad de un pago directo por parte de las Administraciones públicas y en la necesaria asunción, por parte del concesionario, del denominado riesgo operacional²⁶.

Esta delimitación de los dos conceptos pretende resolver los conflictos que ha generado tanto a un nivel europeo como interno la calificación de una relación contractual como concesión o contrato de servicios u obras. El TJUE se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la calificación de una operación como concesión de servicios frente al contrato de servicios, o concesión de obras frente a contrato de obras y ha fijado una jurisprudencia consolidada al respecto, que es la acogida por la Directiva 2014/23 y que se fundamenta precisamente en la transferencia o no del ahora denominado riesgo operacional.

3.2. La concesión de servicios y la libertad de empresa

En el ordenamiento jurídico español, y en concreto en el desarrollo del derecho de contratos del sector público, la función de la AAPP como prestador de servicios públicos ha adquirido una notoria importancia. Como ya hemos visto, queda demostrado que, para

²⁶ PINTOS SANTIAGO, J., “Las diferencias teóricas y los criterios diferenciadores de carácter práctico entre el contrato de servicios y el contrato de concesión de servicios públicos con ocasión de la Directiva 2014/23/UE”, *Contratación Administrativa Práctica*, 2014.

estas competencias, el estado ha aumentado paulatinamente el empleo de la técnica concesional, acudiendo al sector privado, para que sea éste quien, bajo supervisión administrativa, desarrollen dichos servicios, de manera adecuada, eficiente y continua²⁷.

En cualquier caso, la gestión por parte de un operador privado no implica en ningún caso la alteración del régimen jurídico de la actividad objeto de explotación, pues dicho operador trabaja en colaboración con el sector público, no en el ejercicio de su libertad de empresa. Es por ello por lo que, a la AAPP se le reconoce un conjunto de potestades para dirigir e inspeccionar al concesionario o en su caso modificar, resolver o secuestrar el contrato suscrito con el concesionario, siempre por razones de interés público.

Ciertos aspectos del modelo concesional han sido muy criticados por la reserva de determinadas actividades en favor de uno o varios sujetos que pueden llegar a suponer un cierre de mercado, contrario a los modelos de competencia perfecta y la economía de mercado. A pesar de ello, la propia Constitución Española proporciona una serie de preceptos que sustentan la adaptación del tipo contractual concesional con la libertad de empresa, como razón fundamental de los sistemas económicos mencionados.

El primer lugar, cabe resaltar que la libertad de empresa²⁸, y aquellos derechos y libertades que ésta desarrolle, no tiene carácter absoluto²⁹. En virtud del artículo 128 de la CE, las AAPP tiene la potestad de intervenir la economía con el fin de preservar de los recursos y servicios esenciales para la sociedad.

El TC entiende que la libertad de empresa implica el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial, que implica reconocer a los individuos “*una libertad de decisión no sólo para crear empresas (...), sino también para establecer los propios objetivos de*

²⁷ LUNA QUESADA, J., “El control municipal de las concesiones administrativas: el caso de los servicios e instalaciones deportivas”, *Auditoría Pública*, 2014, núm. 62, pp. 66-67.

²⁸ La libertad de empresa es un derecho garantizado en el artículo 38 de la CE.

²⁹ *Vid.* STC 18/2011, de 3 de marzo.

la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado"³⁰.

Por esta razón, la libertad de empresa no contrapone el sector público al privado. En la actividad concesional es la autonomía de decisión y planificación de las empresas lo que debe encontrarse limitado, pues el operador privado actuará como son simples agentes ejecutantes de los pliegos administrativos y del mandato del poder adjudicador³¹.

En síntesis, la concesión de servicios es un tipo contractual perfectamente encuadrable en un ordenamiento jurídico y sistema económico que garantiza un modelo basado en el principio constitucional de libertad de empresa, con la condiciones de que se avale la salvaguardia del contenido esencial de la misma³², y que el contrato de concesión que suponga un límite a dicha libertad sea ponderada por las pretensiones que derivan de dicho contenido esencial³³, y sin que el contrato de lugar a un cierre de mercado u obstaculice la competencia.

3.3. La transferencia del riesgo operacional como elemento delimitador del contrato de concesión en la Directiva 2014/23/UE.

El matiz más relevante y la mayor novedad de las definiciones de concesión de obras y de servicios recogidos en el artículo 5.1 de la Directiva 2014/23/UE, que singulariza a esta modalidad contractual es la transferencia del riesgo operacional al concesionario.

De forma común a las concesiones de obras y servicios, la regulación comunitaria señala

³⁰ *Vid.* STC 83/1984, de 24 de junio. También se pronuncian en este sentido las STC 225/1993, de 8 de julio y STC 96/2002, de 25 de abril.

³¹ *Vid.* GARCÍA PELAYO, M., "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución", en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza, 1979, p. 42.

³² La CE no establece cual debe ser este contenido esencial de la libertad de empresa, por lo el TC está encargado de resolver aquellas discusiones puedan plantearse en este sentido, como ha ocurrido, a modo de ejemplo, en los casos resueltos por las STC 37/1981, de 16 de noviembre, STC 109/2003, de 5 de junio y STC 53/2014, de 10 de abril.

³³ CALVO GONZÁLEZ, F.J., "La concesión de servicio público: un estudio sobre su secuestro y su caducidad", *Noticias jurídicas*, 2016. Recuperado el 7 de marzo de 2019 de <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11441-la-concesion-de-servicio-publico:-un-estudio-sobre-su-secuestro-y-su-caducidad/>

que la adjudicación de estos contratos implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Según la normativa comunitaria, 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 servicios que sean objeto de la concesión.

Finalmente, el precepto 5.1 de la Directiva 2014/23/UE prescribe que 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.

La Directiva recoge la asunción de riesgos por parte del concesionario en el marco de la prestación de los servicios que se le encarguen como una *conditio sine qua non* de la consideración de la relación contractual como una concesión de servicios y no, por el contrario, como un contrato de servicios.

3.3.1. La positivación del riesgo operacional.

Los Considerandos 18 y 20 de la Directiva 2014/23/UE recogen una serie de premisas interpretativas sobre el riesgo operacional, que van más allá del hecho que la transferencia del mismo al concesionario es el presupuesto esencial en la concesión de servicios.

El riesgo operacional se configura como la contrapartida que el adjudicatario ha de asumir por obtener el derecho a explotar el servicio. Sin embargo, no se obliga en ningún caso a que la asunción de este riesgo por parte del adjudicatario sea total, pues cabe la posibilidad de que el poder público contratante absorba parte de ese riesgo. La lectura del considerando 18 nos dice que para que efectivamente el concesionario asuma el riesgo operacional tiene que haber la posibilidad de que éste no recupere las inversiones realizadas o no cubra los costes en los que haya incurrido y que, en ningún caso, el poder adjudicador garantice un ingreso mínimo que permitiera recuperar tal inversión o cubrir

la totalidad de dichos costes³⁴.

En la misma línea de argumentación, el considerando 18 añade que no es impedimento para hallarnos ante una concesión de servicios que parte o toda la remuneración provenga del poder o entidad adjudicadores, siempre que la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios dependa de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios³⁵.

Tampoco se excluirán de la definición de concesión de servicios los contratos que establezcan entre sus condiciones una previsión que estime una compensación parcial, incluida la compensación en caso de adelantarse la extinción de la concesión por motivos atribuibles al poder o entidad adjudicadora, o por causas de fuerza mayor³⁶.

El considerando 20 de la Directiva 2014/23/UE incide en que el riesgo operacional ha de derivarse de factores que escapen al control de las partes. Es decir, no se encuentra dentro del concepto de riesgo operacional todo lo relativo a penalizaciones, disminución de remuneración o cualquier otro gravamen para el concesionario derivado de una gestión incorrecta o incumplimientos de obligaciones, pues se trata de riesgos inherentes a todo contrato³⁷, de los que se hablará en el siguiente apartado.

³⁴ HUERGO LORA, A., “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Documentación Administrativa*, 2017, núm., p. 45.

En prueba de que la Directiva no exige que sea el operador económico el que asuma la totalidad del riesgo, Huergo Lora, A. confirma que la doctrina alemana, para garantizar el mayor número posible de fórmulas de gestión de los servicios públicos, reguló, en trasposición de la Directiva 2014/23/UE que basta una transferencia mínima de riesgos para que el contrato pueda ser calificado y adjudicado bajo las fórmulas de concesión.

³⁵ En este sentido se pronunció la Sentencia del TJCE 2005/325 de 13 de octubre, (Asunto C-234/03) que calificó un contrato bajo el tipo concesional aun admitiendo que “*la Administración española sigue siendo responsable de cualquier perjuicio causado por una eventual irregularidad en la prestación del servicio. Esta circunstancia, que implica la inexistencia de transmisión de los riesgos relacionados con la prestación del servicio de que se trata, y el hecho de que sea la Administración sanitaria española quien retribuye el servicio respaldan la citada conclusión.*”

³⁶ Considerando 19 de la Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

³⁷ HUERGO LORA, A., “El riesgo operacional en...” *op. cit.*, p. 32.

Por su parte, En Sentencia de 10 de noviembre de 2011 ([TJCE 2011, 347] (Asunto Norma-A SIA, C-348/10) se indica igualmente por parte del TJUE que riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como

Con ello, la finalidad intrínseca de este artículo es trasladar al concesionario un riesgo que vaya más allá del cumplimiento por su parte de los compromisos contractuales, calificando como riesgo situaciones que el contratista no sea capaz de controlar ni prever, y tampoco dependa de su propia función o actividad³⁸.

Es precisamente esta delimitación del significado de riesgo operacional la que ocasiona dispuesta doctrinal, pues se reducen significativamente las actuaciones contractuales aptos para encuadrarse en esta definición y altera la aproximación que sobre este particular se venía haciendo en nuestro ámbito interno en relación con la calificación de los contratos de concesión de obra pública o de gestión de servicio público. En todo caso, el mensaje es muy claro en esta línea, pues según se indica literalmente,

“Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por "riesgo de demanda" el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por "riesgo de oferta" 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. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor neto actual de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario³⁹.”

Con esta configuración, se entiende que el legislador comunitario pretende separar estrictamente la concesión de servicios del resto de contratos, diferenciándola principalmente del contrato de servicios, haciendo del riesgo operacional, el elemento propio y definitivo de las concesiones.

El riesgo derivado de la explotación se convierte, por tanto, en el centro de toda remuneración que el concesionario pueda recibir, pero también en la base de las pérdidas y divergencia entre las inversiones y costes y los ingresos que dicho operador pueda

concesión de servicios, puesto que tales riesgos son propios de cada contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios.

³⁸ LÓPEZ MORA, M^a., *El nuevo contrato de concesión: el riesgo operacional*, Atelier, Barcelona, 2019, p. 149.

³⁹ Considerando 20 de la Directiva 2014/23/UE.

recibir⁴⁰. En ese contexto, el hecho de que una de las partes contratantes sea un poder o entidad adjudicadores no aporta un espacio de mayor confort o garantía al operador privado que, aproximándose a un régimen pleno de mercado, ganará o perderá en función de los resultados del negocio que le ha sido encomendado⁴¹.

En esa línea, y a pesar de que la propia Directiva 2014/23/UE acepte que parte del riesgo pueda ser asumido por el poder público, toda previsión contractual que pretenda limitar el riesgo descrito deberá ser interpretada restrictivamente y, en su caso, podrá ser puesta en tela de juicio a la luz de lo expuesto.

La Comisión ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en la Comunicación interpretativa sobre las concesiones en Derecho comunitario de 12 de abril de 2000, apuntando que el riesgo de explotación constituye una característica esencial para determinar si nos encontramos ante una concesión de servicios. En virtud de este criterio existe concesión cuando el operador asume el riesgo del servicio en cuestión, cobrando una parte significativa de su remuneración del usuario, en particular mediante la percepción de tarifas, en cualquiera de sus modalidades. La forma de remuneración del operador es relevante, pero secundaria, puesto que se puede percibir el precio directamente del poder público. El aspecto más importante es que se transfiera la responsabilidad de la explotación al operador, es decir, que se le transfieran los riesgos de su gestión y frecuentación o demanda.

⁴⁰ En este sentido se pronunció la Sala Tercera del TJ en su sentencia del 10 de septiembre de 2009, relativa al Asunto C-206/08, Eurawasser, diciendo que: “*De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios*”. Por su parte, en la Sentencia de 27 de octubre de 2005 relativa al Asunto C-234/03, el TJUE consideró que se trataba de contratos de servicios porque “*la Administración española sigue siendo responsable de cualquier perjuicio causado por una eventual irregularidad en la prestación del servicio. Esta circunstancia, que implica la inexistencia de transmisión de los riesgos relacionados con la prestación del servicio de que se trata, y el hecho de que sea la Administración sanitaria española quien retribuye el servicio respaldan la citada conclusión*”.

⁴¹ HUERGO LORA, A., “Skin in the game: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2018, núm. 74 Iustel. Recuperado el 14 de abril de <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508472>

3.3.2. Clases de riesgo operacional.

La jurisprudencia del TJUE deja claro que para encontrarlos ante un contrato de concesión, el concesionario tiene que asumir un riesgo económico de la explotación del servicio. Sin embargo, no se requiere que éste asuma la totalidad del riesgo relativo a dicha explotación, pues se compartimenta del riesgo operacional entre el poder adjudicador y el concesionario⁴². La Directiva 2014/23/UE no aclara ni restringe la asunción de estos riesgos, y se limita a afirmar que, para que podamos estar ante una concesión, se debe transferir al concesionario un riesgo operacional “*abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos*”. Por su parte, como ya se ha analizado *supra*, el considerando 20 incluye las definiciones de estos dos tipos de riesgos, pero en términos poco concretos⁴³.

Como se puede desprender de la literalidad del precepto, el término riesgo operacional se encuentra fuertemente vinculado al mercado: a la oferta y demanda⁴⁴. En efecto, se ha de partir que la Directiva de concesiones gira entorno a la explotación de la obra o servicio, y sobre esa base debemos interpretar el riesgo de demanda de manera que la retribución del concesionario está vinculada a esa utilización o uso por parte de los usuarios mientras que el riesgo de suministro está más ligado a la prestación y a la provisión de la obra o servicio de manera que no tiene asegurada la recuperación de las inversiones y costes realizados⁴⁵.

Por su parte, la Decisión de EUROSTAT núm. 18/2004 desarrolla un listado de los distintos riesgos “genéricos” y sus definiciones. La primera categoría recogida es el **riesgo de construcción** que cubre, en particular, eventos como la entrega tardía, el

⁴² Vid. Artículo 5.1 de la Directiva 2014/23/UE.

⁴³ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., *La nueva Directiva de concesiones...*, op. cit., p. 185.

⁴⁴ LÓPEZ MORA, M^a., *El nuevo contrato de concesión...* op. cit., p. 171.

⁴⁵ La sentencia de la Sala Tercera del TJ de 10 de marzo de 2011, relativa al Asunto C-274/09 del Privater Rettungsdienst, entre otras, ha sido esencial para la definición de la concesión y del riesgo operacional. Con respecto al riesgo de explotación, la resolución establece que: “*el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (...), que 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.*”

incumplimiento de normas específicas, los costes adicionales, la deficiencia técnica y los efectos adversos externos a las partes. De esta manera, la obligación del poder adjudicador de realizar pagos regulares al concesionario sin tener en cuenta el estado efectivo de los activos sería una prueba de que la AAPP asume parte del riesgo de construcción⁴⁶.

En segunda lugar la Decisión de EUROSTAT 18/2004 lista el **riesgo de disponibilidad**, según el cual será responsabilidad del concesionario no ser capaz de dar el servicio en los niveles de calidad, cantidad o estándares de prestación pactados y definidos en el contrato público. Además, la entidad adjudicadora no asumirá dicho riesgo si tiene derecho a reducir significativamente, en calidad de sanción, sus pagos periódicos, como cualquier cliente privado podría exigir en un contrato civil. En este sentido, los pagos del gobierno deben depender del grado efectivo de disponibilidad provisto por el concesionario durante un período de tiempo determinado. La aplicación de las penalizaciones cuando el concesionario incumpla con sus obligaciones de servicio debe ser automática y también debe tener un efecto significativo en los ingresos/beneficios del contratista, y no debe tratarse de una sanción puramente simbólica⁴⁷.

Esta definición permite apreciar la débil línea que separa los supuestos de mala gestión por parte del concesionario, que no se encuadra en el riesgo de disponibilidad y del riesgo de construcción ya que ambos son actos que son controlables por el concesionario y son propios de todos los contratos a los que hace referencia el Considerando 20 de la Directiva 2014/23/UE⁴⁸.

Por tanto, el riesgo de disponibilidad sí depende de factores que el propio concesionario puede controlar, al referirse a los efectos de no suministrar los servicios detallados en el contrato en la cantidad o calidad requeridas. Por el contrario, el riesgo operacional, según

⁴⁶ *Vid.* Decisión de EUROSTAT 18/2004 de 11 de febrero sobre déficit y deuda: el tratamiento de las asociaciones público-privada, p. 2.

⁴⁷ *Vid.* Decisión de EUROSTAT 18/2004... *ibid.*, p. 2.

⁴⁸ *Vid.* Apartado 49 de la Sentencia Norma-A y Dekom apartado 49 y el apartado 38 de la sentencia de la Sala Tercera del TJ de 10 de marzo de 2011, relativa al Asunto C-274/09 del Privater Rettungsdienst.

lo dispuesto en el Considerando 20 de la Directiva 2014/23/UE ha de atenderse a factores que escapan del control del concesionario⁴⁹.

Una tercera categoría es el **riesgo de demanda** que cubre la variabilidad de la demanda (mayor o menor que la esperada cuando se firmó el contrato) independientemente del comportamiento o gestión del concesionario. Este riesgo solo debe cubrir un cambio en la demanda que no resulte de un menoscabo de la calidad de los servicios proporcionados por el concesionario o de cualquier acción atribuible a dicha parte que cambie la cantidad/calidad de los servicios prestados. En cambio, debe ser el resultado de otros factores, como el ciclo económico, las nuevas tendencias del mercado, la competencia directa o la obsolescencia tecnológica.

Por otra parte, para que pueda concluir que se produce la transferencia de este tipo de riesgo al concesionario, la retribución de éste debe hallarse vinculada a la demanda del servicio⁵⁰. Se asumirá que el poder adjudicador asume el riesgo cuando está obligado a garantizar un nivel de pago dado al concesionario independientemente del nivel efectivo de demanda expresado por el usuario final, haciendo irrelevantes las fluctuaciones en el nivel de demanda sobre la rentabilidad del concesionario. Sin embargo, esta declaración no se aplica cuando el cambio en la demanda se debe a una acción atribuible a las AAPP, como decisiones del gobierno general (y, por lo tanto, no solo las entidades públicas directamente involucradas en el contrato) que representan un cambio de política significativo o el desarrollo de operaciones que constituyan competencia directa, ejercidas bajo el mandato de cualquier AAPP⁵¹.

El riesgo de suministro no es otra cosa que el riesgo de demanda recogido en el artículo 5.1 de la Directiva 2014/23/UE, pues el concesionario ha de disponer o llevar a cabo una oferta de acuerdo o relacionada con la demanda efectiva del servicio a ofrecer, que sea bastante para cubrir las inversiones y el coste en el que va a incurrir, y además que se obtenga un beneficio. Si los ingresos no fueran mayores que los costes, aun habiendo

⁴⁹ COYLE FERNÁNDEZ, C. M., “Nueva Directiva sobre Adjudicación de Concesiones: ¿excluye las basadas en la transferencia del riesgo de disponibilidad?”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2014, núm. 884, p. 5.

⁵⁰ LÓPEZ MORA, M^a., *El nuevo contrato de concesión... op. cit.*, p. 154.

⁵¹ *Vid.* Decisión de EUROSTAT 18/2004... *ibid.*, p. 2.

ofertado una cantidad suficiente, el concesionario corre este riesgo, existente en estas operaciones de carácter empresarial⁵².

3.3.3. Riesgo operacional y el principio de estabilidad presupuestaria.

Las AAPP emplean el contrato de concesión fundamentalmente para cumplir con el principio de estabilidad presupuestaria y para evitar el endeudamiento del sector público, pues las operaciones llevadas a cabo mediante este tipo contractual no computan a efectos de déficit⁵³.

Por este principio, regulado e impuesto por la UE, se le exige a las distintas AAPP el cumplimiento de un presupuesto desarrollado por ellas mismas en el que se sostenga una situación de equilibrio o de superávit, en términos de capacidad de financiación como establece la definición que recoge el Reglamento 549/2013 de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea⁵⁴. El inobservancia por parte de las AAPP de dicho principio de estabilidad presupuestaria puede acarrear serias y gravosas consecuencias para las mismas.

Tanto el Reglamento 549/2013 mencionado como EUROSTAT, exponen un método de contabilización para las AAPP que establece las operaciones que computan a efectos de déficit público y cuáles no, basándose en las reglas contables aunadas en el Sistema

⁵² MÍGUEZ MACHO, L., “La distinción entre las concesiones...” *op. cit.*, p. 404.

⁵³ *Vid.* GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 26.

Según CALATAYUD PRATS I., en su obra “La estabilidad presupuestaria, la suficiencia financiera y las garantías financieras y de pago de las competencias municipales tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Dereito: Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, 2017, núm. 1: “La capacidad de financiación de una Administración Pública se produce cuando sus ingresos no financieros sean superiores a sus gastos no financieros. Por el contrario, si los ingresos no financieros no cubren los gastos no financieros, es decir, si los capítulos 1 a 7 de ingresos son inferiores a los capítulos 1 a 7 de los gastos – una vez realizados los pertinentes ajustes conforme a los criterios de la contabilidad nacional – la Administración Pública tendrá necesidad de financiación y, por tanto, deberá acudir al crédito” (p. 113).

⁵⁴ CALATAYUD PRATS I., “Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento...” *op. cit.*

Europeo de Cuentas de 2010⁵⁵. En particular, la reglas de los apartado 20.276 y siguientes del Reglamento 549/2013, exponen los requisitos esenciales para que las operaciones llevadas a cabo por las AAPP mediante un contrato de concesión no computen como endeudamiento. Para ello, el apartado 20.283 del Reglamento 549/2013 establece que es necesario delimitar quién – concesionario o AAPP – asume la mayor parte de los riesgos y qué unidad se espera que reciba la mayor parte de los beneficios de la inversión. El mismo apartado expone que los elementos de riesgo y beneficio que deben evaluarse con⁵⁶:

- **Riesgo de construcción**, que incluye los rebasamientos en los costes, la posibilidad de costes adicionales derivados de retrasos en la entrega, el incumplimiento de condiciones o códigos de construcción, y los riesgos ambientales y de otros tipos que exijan pagos a terceros.
- **Riesgo de disponibilidad**, que incluye la posibilidad de costes adicionales, como los 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.
- **Riesgo de demanda**, que incluye la posibilidad de que la demanda de los servicios sea mayor o menor de la esperada.
- **El riesgo de valor residual y obsolescencia**, que incluye el riesgo de que el activo sea inferior a su valor esperado al final del contrato y el grado en que las administraciones públicas tienen opción a adquirir los activos.
- **La existencia de financiación del garante o de concesión de garantías**, o de cláusulas de rescisión ventajosas sobre todo en caso de rescisión a iniciativa del operador.

⁵⁵ BANCO DE ESPAÑA, *Principales efectos de la aplicación del Sistema Europeo de Cuentas (SEC 2010) en las Cuentas Financieras de la Economía Española*, 15 de octubre de 2014, p.5.

⁵⁶ *Vid.* Apartado 20.283 del Reglamento 549/2013 de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea.

En conclusión, si no se da la traslación de los riesgos de construcción, demanda y disponibilidad de manera efectiva, el activo la financiación y el endeudamiento han de computar en las cuentas contables de las AAPP. La financiación mayoritaria, las garantías que cubren la mayoría de la financiación percibida, o las cláusulas de rescisión que prevén un reembolso mayoritario del proveedor de la financiación en caso de rescisión a iniciativa del concesionario provocan la ausencia de una transferencia efectiva de cualquiera de estos riesgos⁵⁷.

Asimismo, conocemos que uno de los motivos principales por los cuales las AAPP celebran contratos de concesión con el sector privado es obtener financiación privada de los capitales necesarios para ejecutar un determinado servicio u obra pública y que dicho negocio no compute como endeudamiento de las AAPP. Por ello, es razonable entender que las AAPP evitarán cualquier contrato de concesión que no suponga un transferencia efectiva de los riesgos, pues en caso inverso, la celebración del contrato de concesión perderá su motivo de ser⁵⁸.

Concorre, por ende, una estrecha conexión entre los riesgos definidos en el Reglamento 549/2013, a efectos de estabilidad presupuestaria, y los riesgos definidos en la Directiva 2014/23/UE, de modo tal que se puede afirmar que si un determinado contrato computa a efectos de déficit en aplicación de los criterios del EUROSTAT no podrá ser calificado jurídicamente como concesión⁵⁹ por no constar la transferencia del riesgo operacional, *conditio sine qua non* de estos contratos.

⁵⁷ *Vid.* Apartado 20.284 del Reglamento 549/2013 de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea.

⁵⁸ CALATAYUD PRATS I., “Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento...” *op. cit.*

⁵⁹ CALATAYUD PRATS I., “Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento...” *ibid.*

4. LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN Y EL RIESGO OPERACIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

4.1. La concesión de servicios en la Ley 9/2017 de 11 de noviembre de Contratos del Sector Público.

La gestión indirecta de servicios públicos se ha canalizado tradicionalmente a través del contrato de gestión de estos servicios, para lo cual, se requería previamente la *publicatio* del servicio y, a continuación, el contratista comenzaría a explotar el servicio en cuestión⁶⁰. Su actuación no podía constreñirse a “*realizar una serie de prestaciones que sirvieran a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio, sino que, en rigor, la sustituía, en dicha prestación*”⁶¹.

En función de la concreta modalidad de gestión indirecta del servicio público, debe concurrir alguna de las siguientes características, las cuales servirán para distinguir el tipo de contrato de gestión de servicio público ante el que nos encontramos (gestión interesada, sociedad de economía mixta, concierto y concesión⁶²):

- Distribución de los riesgos de la explotación predeterminada.
- Constitución de una nueva persona jurídica por el contratista y la Administración Pública, que será la encargada de prestar el servicio.
- Desempeño de la actividad con carácter previo por el contratista o asunción del riesgo y ventura de la operación por el contratista⁶³.

Sin embargo, con la entrada en vigor LCSP, algunos autores como MANENT ALONSO y TENHAEFF LACKSCHEWITZ, consideran que con “*La LCSP rompe esta inercia*

⁶⁰ *Vid.* Consideración III del informe 12/2010, de 23 de julio, de la JCCA (JUR 2010, 341470).

⁶¹ Fundamento 4 de la Resolución del TAC 685/2015, de 17 de julio.

⁶² *Cfr* art. 277 TRLCSP.

⁶³ En el apartado c) del artículo 277 TRLCSP se establece que una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos podrá consistir en el “concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate”.

desdoblado este contrato, y por lo tanto la gestión indirecta de servicios públicos, en los de servicios y concesión de servicios”⁶⁴.

Por otra parte, el Consejo de Estado se pronunció sobre este tema de la siguiente manera:

La diferencia entre el contrato de servicios y el contrato de gestión de servicios públicos ha pivotado tradicionalmente sobre la naturaleza de la prestación que constituye el objeto convencional. Así la calificación del objeto convencional estaba condicionada por la configuración como servicio público de las prestaciones encomendadas⁶⁵.

Ahora, desde la entrada en vigor de la LSCP, el criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios radica en quién asume el riesgo operacional⁶⁶. En consecuencia, al producirse el desplazamiento del riesgo derivado de la explotación de la actividad al contratista, éste debe asumir más que los riesgos vinculados a la gestión, de tal manera que lo determinante ya no es solo el objeto, sino también la forma de retribución del contratista. Como ya se ha visto en el análisis del riesgo operacional en la Directiva 2014/23/UE, *supra*, este desplazamiento del riesgo operacional es un rasgo característico del contrato de concesión, con el que, el contrato de concesión de servicios sustituye al antiguo contrato de gestión de servicios públicos.

“Determinados contratos que con arreglo al régimen jurídico hasta ahora vigente se calificaban como de gestión de servicios públicos, pero en los que el empresario no asumía el riesgo operacional, pasan ahora a ser contratos de servicios. Ahora bien, este cambio de calificación no supone una variación en la estructura de las relaciones jurídicas que resultan de este contrato: mediante el mismo el empresario pasa a gestionar un servicio de titularidad de una Administración Pública, estableciéndose las relaciones directamente entre el empresario y el usuario del servicio ⁶⁷.”

⁶⁴ MANENT ALONSO, L. y TENHAEFF LACKSCHEWITZ, S., “Tipología de contratos (III): los contratos para la gestión de servicios públicos”, en MESTRE DELGADO J. F. y MANENT ALONSO, L. (dirs.), *La Ley de contratos del sector público. Ley 9/2017, de 8 de noviembre: aspectos novedosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 186.

⁶⁵ Dictamen núm. 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, del Consejo de Estado al anteproyecto LCSP, p. 73.

⁶⁶ Vid. Artículo 15 LCSP.

⁶⁷ Vid. Preámbulo LCSP.

Sin embargo, la entrada en vigor LCSP ha supuesto una serie de cambios, pues el contrato de concesión de servicio no equivale directamente a su precedente, el contrato de gestión de servicios. El artículo 15 de esta norma define el contrato de concesión de la siguiente forma:

“1. El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, 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.”

Las particularidades mencionadas, que se analizan a continuación, atienden a los rasgos propios del contrato de concesión de servicios: asunción del riesgo operacional, *publicatio* y explotación.

4.1.1. Transferencia del riesgo operacional al concesionario.

Desde sus inicios las concesiones se han distinguido por la forma de retribución del contratista mediante la concesión de un derecho de explotación: desde la Instrucción de 10 de octubre de 1845⁶⁸, a la explotación por empresarios particulares de servicios públicos en la LCE⁶⁹ hasta el derecho a explotar las obras y servicios objeto del contrato, o este mismo derecho en conjunción con un pago de la Directiva 2014/23/UE.

A pesar de la objetividad de un precio cierto por la ejecución de una obra o la prestación de un servicio, la concesión se distingue por la incertidumbre sobre el buen fin del negocio⁷⁰. Esto se debe a que la pérdida o ganancia está vinculada, principalmente, de los ingresos procedentes de los usuarios finales. Dicho derecho de explotación, unido a la

⁶⁸ Vid. Art. 5 de la Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas de 10 de octubre de 1845.

⁶⁹ Vid. Art. 63 de la LCE.

⁷⁰ RECUERDA GIRELA, M.A., *Comentarios a la nueva Ley ... op. cit.*, p. 154.

traslación de los riesgos inherentes al mismo al concesionario, se denomina *aleas* o riesgo concesional⁷¹. No obstante, son necesarias otras pautas adicionales para poder particularizar el contrato de concesión.

La LCSP, en su artículo 14.4 afirma 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*” y, además, el contrato de concesión “*debe suponer 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*”. La literalidad de este artículo confirma que la concesión ya no se define sólo por la forma de remuneración del contratista, sino que se exige expresamente que el concesionario asuma el riesgo operacional⁷².

Así, la diferencia entre el derecho de explotación y asunción del riesgo operacional reside en que el primero implica la asunción, por parte del concesionario, de los aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra o del servicio⁷³, mientras que el segundo exige asumir los riesgos de demanda o suministro, o ambos⁷⁴.

Por su parte, la prohibición de umbrales de rentabilidad y la exposición a las incertidumbres de mercado, que complementan a los riesgos de demanda y suministro⁷⁵ como elementos de la transferencia del riesgo operacional, tienen un origen jurisprudencial. El riesgo operacional se habrá trasferido al concesionario si queda

⁷¹ LAZO VITORIA, X., “La clave de bóveda del sistema concesional: la transferencia de los riesgos”, *Observatorio de Contratación Pública*, 2014, recuperado el 5 de marzo de 2019 de <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.134/recategoria.208/re/menu.3/chk.48338ea10b45da6bf56854c50e8dc923>

⁷² HUERGO LORA, A. “El riesgo operacional en...” *op. cit.*, p. 32.

⁷³ Comunicación interpretativa de la Comisión..., *op. cit.*, p. 7.

⁷⁴ *Vid.* Artículo 14.4 LCSP.

⁷⁵ El riesgo de suministro se corresponde con el riesgo de disponibilidad que define la Decisión 18/2044 de la EUROSTAT, analizada *supra*.

garantizada la inexistencia de umbrales de rentabilidad, y la exposición real a las incertidumbres de mercado⁷⁶.

Según el Considerando 18 de la Directiva 2014/23/UE, la prohibición de umbrales de rentabilidad excluye toda “*reglamentación, cláusula o práctica que aliviase al operador económico de cualquier pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato*”⁷⁷. Este precepto no permite la existencia una cobertura total de los riesgos inherentes a la actividad objeto de la concesión, pero la doctrina sí permite una reducción parcial del mismo, que asuma las AAPP⁷⁸.

4.1.2. Titularidad o publicatio de la Administración.

Anteriormente, la titularidad pública del servicio o *publicatio* era una característica esencial y exclusiva del contrato de gestión de servicios públicos. El objeto de dicho contrato debía de ser “*un servicio cuya prestación había sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante*”⁷⁹. Sin embargo, en la actualidad, su incorporación a los contratos de concesión de servicios es potestativa y no exclusiva. Las características esenciales de la *publicatio*⁸⁰ del contrato de concesión de servicios son servicio público, carácter económico y falta de ejercicio por parte de la autoridad.

⁷⁶ MANTE ALONSO, L., “Tipología de contratos (II): los contratos de concesión...”, *op. cit.*, p. 164.

⁷⁷ Considerando 18 de la Directiva 2014/23/UE.

⁷⁸ La JCCA, en su informe núm. 69/2009 de 23 de julio de 2010, entre otros, se ha pronunciado a este respecto confirmando que “*el establecimiento de cláusulas que supongan una reducción parcial del riesgo asumido por el concesionario no es contrario a la naturaleza propia de las concesiones siempre que no desaparezca el núcleo de tal asunción. Es decir, siempre que, considerado el término de vida de la concesión, el concesionario haya asumido el riesgo derivado de la explotación de la obra o del servicio en su conjunto, aun cuando éste haya podido estar limitado o incluso excluido durante un cierto periodo o en relación a determinadas circunstancias.*”

⁷⁹ *Vid.* Artículo 8.1 del TRLCSP.

⁸⁰ El TS se ha referido a lo que se debe entender por *publicatio*, entre otras, en su sentencia de 13 de mayo de 2005 como “*una declaración de que la Administración asume la titularidad de la actividad y de que esta se ejerza en régimen jurídico público por la misma administración o por quien se habilite para ello*”.

De acuerdo con la LCSP, el servicio que constituya el objeto del contrato deberá ser susceptible de explotación económica y no implicar el ejercicio de autoridad⁸¹.

- a) El carácter de **servicio público** a ejecutar por la concesión haya sido especificado en una norma vigente⁸². En esto consiste la *publicatio*. Dada la dificultad para fijar el concepto de servicio público y la necesidad de un reconocimiento expreso para cumplir con dicho requisito, doctrina y jurisprudencia han coincidido en que para determinar qué se debe entender por servicio público habrá que considerar los aspectos formales en detrimento de los aspectos materiales o sustantivos. En consecuencia, a efectos LCSP, será servicio público aquél que haya sido declarado como tal.
- b) Antes de la LCSP se requería que el servicio tuviese contenido económico, es decir, que las prestaciones que implica sean susceptibles de valoración económica⁸³. En 2007 se estableció que es suficiente que las actividades fueran susceptibles de explotación⁸⁴. Con la LCSP se introdujo una novedad que permitió ampliar un contrato que con anterioridad estaba limitado a los servicios que tuviese un contenido económico⁸⁵.
- c) Y, por último, la prohibición de ejercicio de autoridad. Ante la dificultad de la delimitación del concepto de autoridad,

“las opiniones doctrinales que se han enfrentado (...) han puesto de relieve la dificultad, ante la falta de una tipología legal de servicios que implican el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, de concretar tal expresión, señalándose como ejemplos de materias vedadas a la contratación, la potestad sancionadora, la defensa nacional, la seguridad ciudadana, y el sistema penitenciario en su núcleo fundamental⁸⁶.”

⁸¹ Así lo disponía el artículo 275 TRLCSP.

⁸² Consideración jurídica III del informe 12/2010, de 23 de julio, de la JCCA. Este requisito resultaba del artículo 132 TRLCSP.

⁸³ Consideración jurídica II del informe 2/2006, de 24 de marzo, de la JCCA (JUR 2006, 299824).

⁸⁴ *Vid.* artículo 275 TRLCSP.

⁸⁵ *Vid.* artículo 155.1 TRLCAP.

⁸⁶ Consideración jurídica II del informe 2/2006, de 24 de marzo de la JCCA.

Además, como decíamos anteriormente, con la entrada en vigor de la LCSP, la *publicatio* ha pasado a configurarse como una característica accidental y susceptible de bilocación. No se trata de un cambio en lo que al concepto se refiere, sino que se ha modificado cómo debe ser aplicada sobre los contratos de servicios y concesión de servicios. Con la LCSP se rompe, según HERNÁNDEZ GONZÁLEZ “*la ecuación que unía la concesión con la prestación de un servicio público y, por consiguiente, también la que unía – de forma exclusiva – el servicio público con los contratos de gestión de servicio público*”⁸⁷.

- a) **Accidentalidad.** En los artículos que la LCSP dedica a la concesión de servicios se establecen disposiciones específicas para cuando esta tenga por objeto servicios de titularidad pública. El contrato de concesión puede recaer sobre un servicio cuya prestación sea no solo de su titularidad o sino también de su competencia⁸⁸.

La LCSP, en línea con la Directiva 2014/23/UE, no limita la concesión de servicios a los servicios que se puedan calificar como servicios públicos, pero sí establece que regirá la aplicación específica y diferenciada de determinadas normas a la concesión de servicios cuando ésta se refiera a servicios públicos. La Exposición de Motivos de la LCSP recoge algunos ejemplos de estas reglas especiales como el establecimiento de su régimen jurídico, los aspectos jurídicos, económicos y administrativos relativos a la prestación del servicio conocido como *publicatio*, la imposibilidad de embargo de los bienes afectos, el secuestro o la intervención del servicio público, el rescate del mismo, o el ejercicio de poderes de policía en relación con la buena marcha del servicio público de que se trate⁸⁹.

- b) **Bilocación.** Con la LCSP la *publicatio* deja de ser una característica privativa del contrato de concesión de servicios. Cuando estos contratos se empleen para gestionar indirectamente servicios públicos,

“deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de

⁸⁷ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2016 núm. 60, p.53.

⁸⁸ *Vid.* artículo 5 LCSP.

⁸⁹ Apartado II de la Exposición de Motivos de la LCSP.

la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio⁹⁰”.

De este modo, la titularidad del servicio público es una característica propia pero no exclusiva de los contratos de servicios. Ello se debe a que la gestión indirecta de un servicio público sin que se produzca transferencia del riesgo operacional requiere de una *publicatio*.

4.2. El riesgo operacional

El riesgo operacional que recoge la LCSP en sus artículos 15 y 14.4, y que se expusieron en el apartado anterior, se delimita según los parámetros establecidos por las directivas europeas. Por ello, en los próximos apartados, se presenta la incidencia que tiene el riesgo operacional de las concesiones sobre otros elementos integrantes en la LCSP: el riesgo y ventura, la duración del contrato de concesiones y la retribución del concesionario.

4.2.1. Riesgo operacional y riesgo y ventura.

El principio de riesgo y ventura de la contratación pública, recogido en el artículo 197 LCSP, se aplica a cualquier contrato público e implica que, inicialmente, el contratista tiene el deber de asumir íntegramente las frustraciones y los éxitos de la ejecución del contrato que tendrá lugar en un ámbito en el que pueden surgir numerosos problemas socioeconómicas, naturales o financieras⁹¹.

El Consejo de Estado definió este principio, especificando que

“éste [el contratista] se beneficia de las ventajas y rendimientos de la actividad que desarrolla y se perjudica con las pérdidas que pudieran derivarse de su quehacer

⁹⁰ Vid. artículo 312.a) LCSP.

⁹¹ RECUERDA GIRELA, M.A., *Comentarios a la nueva Ley ...*, op. cit., p. 1.180.

empresarial en la gestión de la labor pública o de interés público que tiene encomendada. La Administración permanece pues ajena a la suerte o desventura del contratista⁹²”.

Este principio de riesgo y ventura obliga al contratista a cumplir el objeto del contrato en los términos establecidos, independientemente de si se producen eventos no extraordinarios, que inciden perjudicialmente en la economía del contrato⁹³.

Nuevamente, el Consejo de Estado, en su Dictamen 1.116/2015 prevé que el riesgo y ventura inherente a cualquier contrato público implica que *“la mayor o menor onerosidad sobrevenida no autoriza al contratista a desligarse del contrato; que no le da derecho a pretender su modificación y, en fin, que los riesgos anteriores al pago han de ser soportados por el propio contratista⁹⁴”*.

Estas definiciones son muy similares a las que hasta ahora se ha presentado con respecto al riesgo operacional. Sin embargo, autores como LAZO VITORIA⁹⁵ entienden que el riesgo operacional supone un endurecimiento o formulación más estricta de principio de riesgo y ventura, o, por su parte, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ⁹⁶ puntualiza que *“el riesgo operacional forma parte del riesgo y ventura inherente a la ejecución de todo contrato público (...) pero no todo riesgo y ventura es riesgo operacional”*, y además, añade que el riesgo operacional deriva *“de factores externos que escapen del control de las partes (...)y, por lo tanto, ajenos a las condiciones en las que el concesionario ejecuta el contrato. Es decir, que se trata de un riesgo que, aunque previsible, debe ser incierto.”* Por su parte, ALIAGA MORENO⁹⁷ subraya la importancia diferenciar estos dos conceptos pues, el riesgo operacional *“no debe confundirse con el principio de riesgo y ventura que es inherente a todo contrato, ya que si así fuera, todos ellos serían concesiones”*. Además, este último

⁹² Dictamen de Consejo de Estado núm. 662/2004, de 15 de abril

⁹³ RECUERDA GIRELA, M.A., *Comentarios a la nueva Ley ...*, op. cit., p. 1.180.

⁹⁴ Vid. Dictamen de Consejo de Estado núm. 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016 sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

⁹⁵ LAZO VITORIA, X., “El futuro del mercado concesional en Europa”, *Revista CEFLegal*, núm. 154, 2013, pp. 137-174.

⁹⁶ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., *La nueva Directiva de concesiones...*, op. cit., p. 333.

⁹⁷ ALIAGA MORENO, I., “La regulación de las concesiones de obras y servicios en las nuevas Directivas europeas. Visión crítica de la regulación en Navarra”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2015, núm. 45, p. 279.

autor está de acuerdo con las consideraciones de los dos últimos, pues entiende que el riesgo operacional es “*un concepto más exigente y gravoso para el concesionario, y, por tanto, diferente del clásico principio de riesgo y ventura*”⁹⁸.

Sin embargo, otro como GONZÁLEZ DE OLANO y NAVARRO MANICH⁹⁹ o MAGIDE¹⁰⁰, no aprecian las diferencias entre el riesgo y ventura y el riesgo operacional y entienden que ambos conceptos responden a lo mismo, siendo el segundo propio de las concesiones.

Si bien la jurisprudencia no es clara en cuando a los elementos que distinguen estas dos nociones, hasta ahora, se entiende que la divergencia entre el *alea* concesional y el tradicional riesgo y ventura del resto de contratos por la inexistencia de una garantía de lucro como consecuencia de la simple prestación diligente del servicio o ejecución de la obra¹⁰¹. En conclusión, la interpretación de estos términos, con sus condicionantes jurídicos relacionados con la prohibición de umbrales de compatibilidad y la exposición a las incertidumbres de mercado, va a ocasionar numerosos pleitos.

4.2.2. La duración del contrato de concesión y el riesgo operacional.

En la misma línea que lo anterior, y con el objetivo principal de preservar la seguridad jurídica además de atraer capital privado, el plazo concesional de los contratos de concesión, que se encuentran íntimamente relacionado con el riesgo operacional, ha de ser suficiente para que el concesionario recupere la inversión realizada¹⁰².

La duración del contrato de concesiones se configura como un elemento esencial del mismo, y esta vigencia ha de ajustarse, necesariamente, al reparto de riesgos que en sus

⁹⁸ ALIAGA MORENO, I., “La regulación de las ...”, *op. cit.*, p. 281.

⁹⁹ *Vid.* GONZÁLEZ DE OLANO, G. Y NAVARRO MANICH, J. A., “Comentarios a la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión”, *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, 2014, núm. 37, p. 30.

¹⁰⁰ *Vid.* MAGIDE HERRERO, M., “Algunas reflexiones a la luz de la nueva Ley...” *op. cit.* p. 43.

¹⁰¹ RECUERDA GIRELA, M.A., *Comentarios a la nueva Ley ... op. cit.*, p. 160.

¹⁰² LAZO VITORIA, X., “El riesgo operacional ¿una nueva era para los contratos de concesión?”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2018, núm. 74 Iustel. Recuperado el 4 de abril de 2019 de <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508956>

cláusulas se establezca pues no debe favorecer de forma desproporcionada al concesionario por excesiva duración¹⁰³. El artículo 107 del TFUE prohíbe “*las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones*”. A razón de este precepto, si la duración del contrato de concesión se prolonga en exceso, ésta se podría llegar a calificar como ayuda ilegal o retribución indebida.

La Directiva 2014/23, en su artículo 18, regula la duración del contrato de concesión resaltando su carácter cerrado y estableciendo reglas específicas para las concesiones con un plazo mayor de cinco años. Este artículo 18 obliga a que el plazo concesional se calcule de tal manera que “*el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos*”¹⁰⁴.

El carácter limitado del plazo concesional se debe a la prohibición de plazos concesionales excesivamente amplios, pues estos podrían conllevar un cierre de mercado y una restricción de la competencia por obstaculizar la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento¹⁰⁵. Por otra parte, la duración debe concretarse en el contrato de concesión de tal manera que sea coherente con la configuración del riesgo operacional¹⁰⁶.

El Considerando 52 de la Directiva 2014/24/UE dispone que cabe el establecimiento de una duración superior justificada siempre que sea “*indispensable para permitir que el concesionario recupere las inversiones previstas para la ejecución de la concesión y obtenga además un beneficio sobre el capital invertido (...) en condiciones normales de explotación*”. Además, en este mismo precepto, la Directiva especifica que los poderes adjudicadores tienen la posibilidad de adjudicar una concesión por un período inferior al

¹⁰³ LÓPEZ MORA, M^a., “El nuevo contrato de concesión...” *op. cit.*, p. 177.

¹⁰⁴ Por su parte, el artículo 29 LCSP se pronuncia en el mismo sentido.

¹⁰⁵ *Vid.* Considerando 52 de la Directiva 2014/24/UE y LAZO VITORIA, X., *El riesgo operacional... op. cit.*

¹⁰⁶ *Vid.* Considerando 52 de la Directiva 2014/24/UE.

necesario para recuperar las inversiones, con la condición de que la compensación correspondiente no elimine el riesgo operacional.

El artículo 29.6 LCSP traspone el considerando 52 de la Directiva 2014/23/UE, y añade que la duración de los contratos de concesión no podrá exceder, incluyendo las posibles prórrogas, de:

- a) 40 años para los contratos de concesión de obras, y de concesión de servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio.
- b) 25 años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.
- c) 10 años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a).

Estas reglas sobre plazos máximos de las concesiones en ningún caso desvirtúan lo dispuesto en el art. 18 de la Directiva 2014/23/UE, cuya aplicación es preferente.

Además, este artículo prevé que los plazos fijados en los pliegos de condiciones solo podrán ser ampliados en un 15% de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato en las circunstancias contenidas en los artículo 270 y 290 de la propia LCSP.

Por último, el artículo 29.9 LCSP establece que el período de recuperación de las inversiones será calculado de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto al que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, y la norma que la desarrolla, el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero. Esta última norma, en su artículo 10 considera que la determinación del período de recuperación de la inversión deberá basarse en parámetros objetivos, en función de la naturaleza concreta del objeto del contrato y que las estimaciones deberán realizarse sobre la base de predicciones razonables y, siempre que resulte posible, basadas en fuentes estadísticas oficiales. Además, el apartado segundo de este artículo incluye una fórmula matemática para poder hallar dicho periodo.

Finalmente, para poder concluir este apartado, cabe mencionar la reflexión de GIMENO FELIÚ:

El plazo concesiones queda vinculado al plazo necesario de retorno de las inversiones (como plazo ordinario, se fija el de cinco años que exige la Directiva de concesiones). Es decir, no hay discrecionalidad en la decisión del plazo concesional de tal manera que los plazos máximos que ofrece la LCSP no son de directa aplicación. El plazo es un elemento esencial, que debe ser ajustado al reparto de riesgos y que no puede favorecer de forma desproporcionada al concesionario por excesiva duración, pues –además de ayuda estatal ilegal conforme a las previsiones del artículo 107 TFUE puede implicar una retribución indebida¹⁰⁷.

4.2.3. Retribución del concesionario y el riesgo operacional.

Uno de los condicionantes jurídicos de la concesión de servicios estrechamente vinculado con el riesgo operacional, es la remuneración del concesionario, que, como hemos visto, una parte significativa de su remuneración ha de provenir directamente del usuario mediante la percepción de tarifas vinculando la remuneración a la frecuencia del uso.

Si bien la remuneración del concesionario se configura como un elemento importante, no puede considerarse que se esencial¹⁰⁸, y el TJUE se ha pronunciado al respecto en numerosas ocasiones en este sentido¹⁰⁹, aclarando que el sistema de retribución es secundario, y que lo que importa en lo que al riesgo respecta es que éste dependa de la explotación del contrato y no de si el pago proviene o no directamente de la AAPP¹¹⁰.

¹⁰⁷ GIMENO FELIÚ, J. M., “La transposición de las...” *op. cit.*, p. 16.

¹⁰⁸ GARCÍA ROSA, M., “El nuevo contrato de concesión de servicios: claves para su fiscalización”. *Auditoría Pública*, 2018, núm. 71, pp. 99.

¹⁰⁹ *Vid.* Sentencia de la Sala Tercera del TJ de 10 de septiembre de 2009, relativa al Asunto C-206/08 *Eurawasser*, Sentencia de la Sala Segunda del TJ de 18 de julio de 2007 relativa al Asunto C-382/05, Comisión c. Italia, o la Sentencia de la Sala Segunda del TJ de 10 de marzo de 2011 relativa al Asunto C-274/09, *Privater Rettungsdienst*.

¹¹⁰

La Sentencia del TJUE de 10 de marzo de 2011 relativa al Asunto C-274/09, *Privater Rettungsdienst* establece que

“si bien el modo de remuneración es, por tanto, uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate y que la inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios (...). A este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (...), que 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.”

Otro tema relevante con respecto a la retribución del concesionario es su fijación por vía de tarifas, como bien es aclarado en el apartado sexto de la Exposición de Motivos de la LCSP. De esta manera, se hace efectivo el hecho de que la operación concesional compute como no déficit¹¹¹ según lo dispuesto en el SEC 2010¹¹².

Con la finalidad de explicar este criterio por lo que ha optado nuestra legislación, LÓPEZ MORA¹¹³, indica que

“la tasa es un impuesto que recauda la Administración por lo que evidencia la no existencia de gestión económica ni de explotación y, por lo tanto, tampoco existiría transferencia del riesgo además de suponer recaudación para un gasto público que puede

¹¹¹ LÓPEZ MORA, M^a., *El nuevo contrato de concesión...*, op. cit., p. 338.

TORNOS MAS, J., “La tarifa como forma de retribución de los concesionarios: una figura constitucional y necesaria”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 24, 2011, págs. 22 a 29.

¹¹² Reglamento 549/2013 de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea.

¹¹³ LÓPEZ MORA, M^a., *El nuevo contrato de concesión...*, op. cit., p. 338.

comportar déficit y esto casaría mal con la finalidad que precisamente se quiere evitar con la licitación vía concesión.”

Con respecto a la naturaleza de tarifa de la retribución del concesionario, hay que aclarar que lo relevante es la finalidad pública que las legitima, es decir, asegurar la suficiencia y el equilibrio financiero de los servicios públicos a los que se refieren, y que no es importante si el sujeto que las recibe pertenece al sector público o al privado¹¹⁴.

La LCSP es clara en estos términos, pues no por su literalidad, no cabe duda la retribución de la concesión tiene naturaleza jurídica de tarifa como prestación patrimonial de carácter público, coactivas, pero no tributarias¹¹⁵, y ésta no puede ser de opción por la entidad contratante. Ésto es así porque si se mantuviera la naturaleza tributaria de tasa, los ingresos obtenidos por la gestión de los servicios públicos por vía concesional computarían como déficit de acuerdo con la SEC 2010, comprometiendo por ello, la estabilidad presupuestaria¹¹⁶.

¹¹⁴ VILLAR ROJAS, F.J., “Las tarifas por la prestación de servicios públicos: ¿una categoría inconstitucional?”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2017, núm. 69. Recuperado el 17 de abril de 2019 de <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507858>.

¹¹⁵ VILLAR ROJAS, F.J., “Las tarifas por la prestación...”, *ibid*.

¹¹⁶ LÓPEZ MORA, M^a., *El nuevo contrato de concesión...*, *op. cit.*, p. 339.

4.3. El riesgo operacional y el principio de equilibrio económico-financiero.

Todo lo estudiado hasta ahora, nos hace percibir que la norma comunitaria ha cambiado la manera mediante la cual el concesionario se relaciona con la AAPP, pues, hasta la Directiva 2014/23/UE el concesionario colaboraba con la AAPP, pero posterior a dicha norma, existe una compartimentación de riesgos de mercado entre el organismo público y el operador privado.

Funcionando como colaborador, el concesionario podía beneficiarse de toda modificación del contrato, y con ello, del restablecimiento del equilibrio económico-financiero; los plazos en las concesiones eran más largos, y en caso de resolución anticipada, las AAPP podrían responder por más daños¹¹⁷.

TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA aclara que, en contraste, con el riesgo operacional, el concesionario está sujeto a las incertidumbres del mercado, y las AAPP asumen menores riesgos que la etapa anterior, por lo que, consecuentemente, la responsabilidad en supuestos de terminación anticipada será menor¹¹⁸.

De esta manera, la regulación de la concesión, tanto en la norma comunitaria como en la nacional, dispone que el concesionario asume el riesgo operacional, pero no en su totalidad y que, cuando se pacte el reparto de riesgos entre el poder adjudicador y el concesionario, éste no debe ser alterado ni modificado¹¹⁹. No obstante, el concesionario tiene reconocido el derecho al reequilibrio económico-financiero recogido en el artículo 290 LCSP, de manera que el contratista no tenga que asumir todos los riesgos provenientes de la variación de las circunstancias acordadas en el momento de la

¹¹⁷ Vid. Dictamen del Consejo de Estado núm. 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, sobre el Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público, p. 67

¹¹⁸ TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, J., “El impacto del concepto de riesgo operacional sobre las solicitudes de reequilibrio de concesiones administrativas. A propósito del dictamen del Consejo de Estado 660/2014”, en *Anuario de Derecho Administrativo 2017, Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo*, Civitas, 2017, p. 670.

¹¹⁹ LÓPEZ MORA, M^a., *El nuevo contrato de concesión...*, op. cit., p. 267.

celebración del contrato, pues éstas pueden ser causa imprevisible o derivadas de la actuación de la propia administración¹²⁰.

La JCCA de Aragón, en su Informe núm. 24/2013, de 25 de diciembre precisa la base del principio de equilibrio económico financiero estableciendo que

“La regla del equilibrio financiero del contrato de concesión se fundamenta en la exigencia de una remuneración integral y suficiente del concesionario, lo que habilita el “reajuste” de las contraprestaciones cuando circunstancias sobrevenidas e imprevisibles (...) incidan en la economía de la concesión. Obviamente, en estos reajustes no puede ser corregida en beneficio del concesionario la TIR pactada, en tanto se vulneraría el principio de igualdad de trato en la comparación de ofertas de la licitación¹²¹.”

Así, el principio fundamental del equilibrio económico-financiero se basa es que si esas modificaciones alteran el régimen económico del contrato se deberá compensar a la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que se consideraron básicos en la adjudicación del contrato¹²².

En cuanto a la regulación de este principio, el artículo 290 LCSP prevé que la concesión de servicios solo puede ser modificada en lo relativo a las características básicas del servicio y las tarifas que han de abonar los usuarios¹²³, exclusivamente si concurrieran razones de interés público y las circunstancias recogidas en los arts. 203 a 207 LCSP para la modificación de los contratos públicos. Estos preceptos, que recogen un régimen aún más estricto que el de la Directiva 2014/23/UE¹²⁴, establecen que

“el importe de las modificaciones no podrá superar: a) el 20% del precio inicial del contrato, cuando se trate de modificaciones previstas en el pliego de cláusulas

¹²⁰ RECUERDA GIRELA, M.A., *Comentarios a la nueva Ley ... op. cit.*, p. 1.574.

¹²¹ Informe de la JCCA de Aragón núm. 24/2013, de 25 de diciembre, p.16.

¹²² RECUERDA GIRELA, M.A., *Comentarios a la nueva Ley ... op. cit.*, p. 1.663. Por otra parte, el artículo 290.3 LCSP recoge que si el acuerdo no tiene trascendencia económica no procederá el reequilibrio.

¹²³ La modificación de las tarifas ha de entenderse que se refiere a cambios sustanciales y no a la mera revisión del art. 289 LCSP. *Vid.*, en este sentido, la recomendación de la Junta Consultiva de contratación pública del Estado, de 10 de diciembre de 2018

¹²⁴ *Vid.* Artículo 43 de la Directiva 2014/23/UE.

administrativas particulares y; b) el 10%, IVA excluido, cuando se trate de modificaciones no previstas en el pliego, excepto que la modificación consista en añadir obras o servicios adicionales, o derive de circunstancias imprevisibles, en cuyo caso, podrá alcanzar (...) el 50% de su precio inicial, IVA excluido (siempre que no altere la naturaleza global del contrato)¹²⁵.”

Por otra parte, la cláusula de derecho privado *rebus sic stantibus* posee especial relevancia en los contratos de concesión ya que, al ser la transferencia de riesgos un aspecto esencial y estar el concesionario obligado a realizar cuantiosas inversiones que han de recuperarse en un amplio periodo temporal, si se alteran las circunstancias existentes en el momento de su celebración, aparece la necesidad de mantener el equilibrio económico de la concesión mediante la adaptación del mismo a la nueva situación del mercado¹²⁶.

La sentencia del TS de 17 de julio de 1991 establece que

“el mantenimiento del equilibrio financiero constituye una fórmula excepcional que, según la Sentencia de 9 de octubre de 1987, debe coordinarse con el principio de riesgo y ventura, al objeto de impedir que esa excepcionalidad se convierta en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario a modo de un seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa, trasladándolos íntegros a la «res pública» en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales¹²⁷.”

Así, si se permitiera el reequilibrio económico del contrato en cualquier caso se crearía un “seguro” que cubriría la totalidad de los riesgos de la concesión, en contra, precisamente, de lo que establece en su definición con respecto al riesgo operacional,

¹²⁵ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., *La nueva Directiva de concesiones...*, op. cit., p. 333.

¹²⁶ TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, J., *El impacto del...* op. cit., p. 675. Esta cláusula se ha aplicado a la contratación pública de una manera restrictiva, si bien cabe mencionar que se admitió específicamente en el reconocido caso de las concesiones el Arrêt del Consejo de Estado francés de la Compañía General Francesa de Tranvías de 1910: “*Es de esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden y las obligaciones que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar parte de la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión*”.

¹²⁷ FJ. Núm. 4 de la Sentencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo del TS de 17 de julio de 1991.

pues no se produciría la correcta traslación de los riesgos al concesionario y, además, la operación concesional computaría en el balance de la AAPP de acuerdo con el SEC¹²⁸.

Debido a esta excepcionalidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia ha declinado la posibilidad de que “*las pérdidas basadas en cálculos económicos previstos erróneamente ab origine, ofertas mal realizadas, o la crisis económica*”¹²⁹ sean causas de aplicación de la cláusula de reequilibrio económico-financiero.

Antes de la LCSP y de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (“LRJSP”), introdujo una modificación a la responsabilidad patrimonial de la Administración (“RPA”), entendida ésta como la “*la obligación de la Administración de indemnizar al concesionario por la extinción anticipada o resolución de la concesión*”¹³⁰.

Antes de esta reforma, se establecía que las pérdidas que podían ocasionar el incumplimiento de las obligaciones del concesionario, o la declaración de insolvencia y liquidación de contratista, obligaban a la AAPP a devolver al concesionario el importe de las inversiones realizadas, salvo la parte que ya se hubiera amortizado¹³¹. Este supuesto, claramente generoso para los concesionarios¹³², colocaba a la AAPP en una situación desventajosa y perjudicial, pues no se consigue el objetivo pretendido con la formulación de la concesión, que era, precisamente que la misma fuera financiada por el sector

¹²⁸ Vid. Apartado 20.284 del Reglamento 549/2013 de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea.

¹²⁹ CALATAYUD PRATS I., “Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento...” *op. cit.*

¹³⁰ FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., “En torno a la controvertida compatibilidad del concepto de concesión con la Responsabilidad Patrimonial de la Administración en caso de resolución”, p. 17. Recuperado el 10 de marzo de 2019 de http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/27_11_2017_17_11-Acevedo_2017.pdf En torno al concepto de RPA, el autor admite que “*pese a la identidad terminológica, ciertamente no muy afortunada, no debe confundir esta RPA con la responsabilidad patrimonial de la Administración de carácter extracontractual, también denominada responsabilidad aquiliana, cuyo régimen jurídico habrá que buscar en las nuevas Leyes 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.*”

¹³¹ CALATAYUD PRATS I., “Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento...”, *op. cit.* El autor describe que el abono del importe devuelto por las AAPP por la inversión realizada por el concesionario, se hacía en concepto de expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de los bienes necesarios para la explotación de la concesión.

¹³² FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., “En torno a la controvertida...”, *op. cit.*, p. 18.

privado, a largo plazo y, que no computase como endeudamiento o déficit en virtud del SEC¹³³.

Este régimen anterior a la LRJSP se aplicaba sin tener en cuenta si la causa de resolución provenía del abandono, renuncia unilateral, incumplimiento por parte del contratista de las obligaciones que había adquirido mediante el contrato de concesión, declaración de concurso o de declaración de insolvencia del concesionario por falta de rentabilidad de la inversión¹³⁴.

Así, ante esta situación, la LRJSP introdujo en el TRLCSP, con su disposición final novena modificaciones relativas a la resolución de los contratos de concesión con el fin de trasladar el riesgo al concesionario, impidiendo así garantizar un reembolso mayoritario de la inversión al contratista en caso de resolución, ajustando el ordenamiento jurídico español a la norma comunitaria¹³⁵.

Por otra parte, autores como FERNÁNDEZ ACEVEDO¹³⁶ consideran que esta reforma podía suponer “*un importante incentivo para la elaboración de cálculos más rigurosos de las inversiones necesarias en las concesiones*” puesto que el contratista ya no posee garantía alguna de que la vaya a recuperar, lo que probamente conlleve una administración del negocio más diligente y eficiente.

¹³³ FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., “Mantenimiento del equilibrio económico y responsabilidad patrimonial como técnicas de moderación del riesgo concesional”. En *Contratos administrativos, equilibrio económico-financiero ea taxa interna de retorno: a lógica das concessoes e parcerias público-privadas*. Fórum editora, Brasil, 2016. p. 255.

¹³⁴ FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., “En torno a la controvertida...”, *op. cit.*, p. 19.

¹³⁵ RUÍZ GARCÍA, E., *El control interno de la gestión económico-financiera de la concesión de obras y concesión de servicios locales*, Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo, 2018, núm. 71, p. 43.

Según el Considerando 19 de la Directiva 2014/23/UE, si se garantiza al concesionario la recuperación de la totalidad de las inversiones realizadas pues desaparecería cualquier tipo de riesgo para el concesionario, y no debería considerarse concesión a efectos de dicha norma. Así, si la AAPP reembolsara al contratista la mayoría de la inversión realizada y los costes se eliminaría el riesgo, pues existía garantía de aseguramiento del beneficio del concesionario.

¹³⁶ FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., “En torno a la controvertida...”, *op. cit.*, p. 24.

4.3.1. Casos de ruptura del equilibrio económico-financiero de la concesión.

Los supuestos en los que ocurre la ruptura del equilibrio económico-financiero y, por tanto, procede realizar el reequilibrio son la modificación contractual y, por otro lado, que actuaciones de la AAPP, que son de carácter obligatorio para el concesionario, determinen la ruptura sustancial de la economía del contrato¹³⁷. Además, también cabe restablecer el equilibrio por hechos asociados a supuestos de fuerza mayor o riesgo imprevisible¹³⁸.

- A. En cuanto al primer caso, conocido como “*ius variandi*”, obliga a reestablecer el equilibrio económico del contrato en aquellos casos en los que se modifica la concesión mediante la potestad unilateral y exorbitante de la AAPP, que conlleva una mayor onerosidad para el contratista¹³⁹.
- B. En segundo lugar, regulada en el apartado cuarto del artículo 290 LCSP, se encuentra el caso de que sean las actuaciones de la AAPP, de carácter obligatorio para el concesionario, las que determinen la ruptura sustancial de la economía del contrato. Este supuesto se denomina “*factum principis*”, y se trata de decisiones imprevisibles de la AAPP que perjudican al concesionario de manera directa¹⁴⁰ y que se adoptan fuera del ámbito propio de la relación contractual¹⁴¹.

En cambio, el último párrafo del apartado 4 del artículo 290 LCSP establece que no existirá derecho al restablecimiento cuando se hayan incumplido las previsiones de demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el que

¹³⁷ RECUERDA GIRELA, M.A., *Comentarios a la nueva Ley ... op. cit.*, p. 1.663. En cuanto al carácter tasado de estos supuestos, la sentencia del TS núm. 449/2012, de 28 de enero de 2015 precisa que: “*en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración ("ius variandi" o "factum principis"), o por hechos que se consideran "extra muros" del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible.*”

¹³⁸ TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, J., *El impactodel... op. cit.*, p. 674.

¹³⁹ CALATAYUD PRATS I., *Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento... op. cit.* Cebe mencionar que, las causas de fuerza mayor a efectos de reequilibrio económico-financiero serán las enumeradas en el artículo 239 LCSP, para el contrato de obras.

¹⁴⁰ *Vid.* Dictamen del Consejo de Estado núm. 632/1994, de 19 de mayo de 1994.

¹⁴¹ *Vid.* Informa de la JCCA núm. 61/2008 de 31 de marzo de 2009.

haya realizado por el concesionario, entendiendo que esos supuestos entran en el riesgo y ventura contractuales¹⁴². Este estudio de viabilidad, regulado en el artículo 285.2 LCSP y concretado en el artículo 247 LCSP, deberá contener entre otras, “*las previsiones sobre demanda de uso e incidencia económica y social de las obras en su área de influencia y sobre la rentabilidad de la concesión*”¹⁴³. Además, este estudio deberá pronunciarse sobre los riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de las obras y el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario, para la evaluación del riesgo operacional¹⁴⁴, así como los criterios necesarios para valorar la tasa de descuento¹⁴⁵.

Asimismo, resalta la importancia de que estos estudios de viabilidad sean objeto de algún mecanismo de control externo para garantizar que se ajustan a la realidad del mercado. La crisis económica demostró que la inexactitud de los estudios de viabilidad desarrollado por la AAPP con escasa participación de los licitadores ha llevado a la denuncia de la concesión por parte del concesionario que se veía incapaces de obtener los resultados previstos y solicitaban el reequilibrio económico-financiero de la concesión, en aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible¹⁴⁶.

El Consejo de Estado entiende que un correcto estudio de viabilidad evitará la implementación de concesiones no viables y que terminan en procedimientos de liquidación concursal de las concesionarias y resoluciones anticipadas con un coste muy elevado para las arcas públicas, en cuanto que tiene que responder a la

¹⁴² RECUERDA GIRELA, M.A., *Comentarios a la nueva Ley ... op. cit.*, p. 1.664.

¹⁴³ Artículo 247.2 c) LCSP.

¹⁴⁴ La Directiva 2104/23/UE obliga a incluir el riesgo operacional en el estudio de viabilidad con el fin de obtener una mayor seguridad respecto al reparto de los riesgos, especificando que estos deberán ser asumidos por el concesionario, salvo que nos encontremos con riesgos imprevisibles que queden fuera del riesgo operacional.

¹⁴⁵ *Vid.* Artículo 247.2 LCSP.

¹⁴⁶ RECUERDA GIRELA, M.A., *Comentarios a la nueva Ley ... op. cit.*, p. 1.650.

responsabilidad patrimonial prevista en el caso de rescate o resolución anticipada de la concesión¹⁴⁷.

En último lugar, cabe señalar la novedad introducida por el artículo 290.6 LCSP, que recoge el derecho del contratista a desistir del contrato si le resulta **“excesivamente oneroso”**. Esta causa de resolución solo procede en caso de que la excesiva onerosidad derive de la aprobación de una disposición de carácter general, con posterioridad a la celebración del contrato, por una AAPP distinta de la concedente; o bien, cuando el concesionario esté obligado legal o contractualmente a incorporar avances técnicos que las mejoren y cuya disponibilidad en el mercado no existiera al formalizar el contrato¹⁴⁸.

Este precepto aclara que se entenderá que el contrato ha devenido “excesivamente oneroso” cuando esas circunstancias impliquen un incremento neto actualizado de los costes de, al menos, el 5% de importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el periodo resultante hasta su terminación y para dicho incremento deberán deducirse los posibles ingresos adicionales.

No obstante, el artículo en su último párrafo dispone que, en caso de desistimiento, la resolución no dará derecho a indemnización alguna a ninguna de las partes del contrato. De la literalidad del precepto se entiende que debe existir una aceptación del desistimiento, pues si no, se darían los abandonos del servicio, que el legislador trata siempre de evitar¹⁴⁹.

Por último, cabe señalar que la jurisprudencia ha declarado válidas las cláusulas contractuales en la que se disponga la renuncia a la indemnización por parte del concesionario en el supuesto de que la propia AAPP prescinda del servicio objeto de la concesión, sin que esto provoque la ruptura del equilibrio económico financiero. Esta

¹⁴⁷ El Consejo de Estado su dictamen núm. 1116/2015 al Anteproyecto de la LCSP se pronuncia sobre los mecanismo de control externo de los estudios de viabilidad *“pues la experiencia ha demostrado que, si los mismos se hubieran realizado con el rigor necesario, se habría evitado uno de los grandes problemas con los que se enfrenta la contratación pública en nuestros días, esto es, la inviabilidad de una serie de obras públicas (en especial vías públicas), con las subsiguientes aperturas de procedimientos de liquidación concursal de concesionarias y resoluciones anticipadas de este tipo de contratos”*.

¹⁴⁸ Artículo 290.6 LCSP.

¹⁴⁹ RECUERDA GIRELA, M.A., *Comentarios a la nueva Ley ... op. cit.*, p. 1.665.

argumentación jurisprudencial se basa en la libertad de pactos y en lo establecido en el artículo 6.2 CC¹⁵⁰.

4.3.2. Efectos de la resolución del contrato de concesión: la RPA.

A pesar de que la regla general es el cumplimiento del contrato de concesión, puede concurrir, como hemos, visto diversas causas para resolver el mismo¹⁵¹, que no sólo se trata el incumplimiento de alguna de las partes, sino también otras modificaciones contractuales provenientes de circunstancias sobrevenidas o llevadas a cabo por las AAPP por razones de interés público¹⁵².

El artículo 190 LCSP contiene una serie de privilegios que ostentan las AAPP con respecto a los contratos de concesión, entre los que se encuentran “*declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato, suspender la ejecución del mismo, acordar su resolución y determinar los efectos de esta*”¹⁵³. La resolución de los contratos solo es obligatoria en determinados supuestos como la declaración de insolvencia del concesionario¹⁵⁴. Más allá de estos supuestos, el derecho a instar la resolución de la concesión se configura de manera potestativa en favor de la parte a la que no le sea imputable la causa de resolución¹⁵⁵.

La LCSP recoge, en su artículo 295, los efectos de la resolución anticipada según sea responsable de ésta la AAPP o el concesionario, siguiendo el criterio establecido por la disposición final novena de la LRJSP. La reforma de la RPA que trajo dicha LRJSP, adaptando el ordenamiento jurídico español a la norma comunitaria, pretendía facilitar empleo de la figura concesional, limitando la obligación de la AAPP de abonar la parte

¹⁵⁰ Vid. La Sentencia del TS, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7ª, núm. 144/1999 de 24 de mayo de 2004.

¹⁵¹ Las causas de resolución del contrato de concesión de servicios están listadas en el artículo 294 LCSP.

¹⁵² MESTRE DELGADO, J.F., *La extinción del contrato de concesión de servicios en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre*. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, 2018, núm. 74, p. 48.

¹⁵³ Artículo 190 LCSP.

¹⁵⁴ Artículo 212.2 LCSP.

¹⁵⁵ MESTRE DELGADO, J.F., *La extinción del contrato... op.cit.*, p. 48.

no amortizada de las inversiones llevadas a cabo por el contratista¹⁵⁶, que deberán revertir a la AAPP. Si no se hubiese modificado este régimen, las concesiones resueltas anticipadamente se contabilizarían computando el total de la inversión como déficit y deuda pública, privándolos así de uno de sus principales atractivos para las AAPP¹⁵⁷.

En el sistema concesional, al partirse del presupuesto de que el servicio que presta el contratista es titularidad de la AAPP, la extinción de contrato haría que dicho servicio revierta al órgano público, teniéndose que valorar, para ello, las inversiones llevadas a cabo por el contratista¹⁵⁸. La LCSP establece la reversión gratuita de las instalaciones al término normal del plazo concesional¹⁵⁹. En cambio, en caso de extinción anticipada se tendrá que estudiar quién ha sido el responsable de dicha finalización, pues, a razón del riesgo operacional, no cabe que la AAPP garantice al concesionario el abono de las inversiones realizadas si la concesión se extingue por causa no imputable al órgano público¹⁶⁰.

El primer apartado del artículo 295 LCSP establece que en los casos en los que la AAPP sea responsable de la resolución, ésta tendrá que compensar a la concesionaria todas las inversiones realizadas, abonando el importe de las inversiones realizadas *“por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de los servicios objeto de concesión, atendiendo a su grado de amortización^{161”}*.

Así, en los supuestos en los que la resolución es imputable a la AAPP (una demora de la entrega de la contraprestación o medios auxiliares superior a seis meses, el rescate, la supresión del servicio, la imposibilidad de la explotación por actos posteriores de la Administración¹⁶²) además del abono de las inversiones realizadas, la AAPP indemnizará

¹⁵⁶ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., *La nueva Directiva de concesiones...*, *op. cit.*, p. 341.

¹⁵⁷ LÓPEZ MORA, M^a., “El nuevo contrato de concesión...” *op. cit.*, p. 277.

¹⁵⁸ RECUERDA GIRELA, M.A., *Comentarios a la nueva Ley ... op. cit.*, p. 1.681.

¹⁵⁹ Artículo 291 LCSP.

¹⁶⁰ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., *La nueva Directiva de concesiones...*, *op. cit.*, p. 341.

¹⁶¹ Artículo 295.1 LCSP.

¹⁶² Supuestos recogidos en las letras b), c), d) y e) del art. 294 LCSP.

los daños y perjuicios al concesionario, incluidos los beneficios futuros que se cuantificarán conforme establece el art. 280.3 a) de la LCSP.

Sin embargo, si la resolución es por causas no imputables a la AAPP el régimen de valoración será el determinado en el art. 281 LCSP¹⁶³, consistente en un procedimiento único para liquidar el contrato y establecer la indemnización de daños y perjuicios que ha de abonar el concesionario culpable a la AAPP¹⁶⁴. Este precepto concreta dicho procedimiento mediante una subasta al alza, siendo el único criterio de adjudicación el precio, que se determinará en función del valor actual de los flujos futuros de caja que se prevea obtener durante el periodo que reste hasta la terminación de la concesión¹⁶⁵. En el supuesto de que la subasta quedara desierta se rebajará el tipo en un 50%, constituyendo éste el valor de la concesión si, en dicha segunda subasta, volviera a quedar desierta. De esta forma se evita abonar al concesionario un reembolso mayoritario de la inversión puesto que la Administración solo garantiza ese 50%¹⁶⁶.

No obstante, el artículo 282 e) LCSP dispone que, si la resolución del contrato de concesión sucede incluso antes del comienzo de la explotación del servicio, el tipo de licitación ascenderá al 70% del importe equivalente a la inversión que el concesionario haya realizado.

Si la causa de resolución fuera, en concreto, imputable al concesionario, el artículo 280 LCSP prevé que se le incautará la garantía y, además, tendrá que abonar los daños y perjuicios causados a la AAPP, que excedan del importe de dicha garantía¹⁶⁷.

Este proceso pretende, por tanto, una novación subjetiva del contrato, pues se reemplaza al contratista por otro nuevo, pero se mantiene las condiciones del contrato de concesión

¹⁶³ El criterio para establecer el valor del importe a abonar al concesionario por la inversión realizada será el de valor de mercado de la concesión en *La nueva Directiva de concesiones...*, *op. cit.*, p. 342.

¹⁶⁴ CALATAYUD PRATS I., *Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento...* *op. cit.*

¹⁶⁵ *Vid.* Artículo 280 y 281 LCSP. La fijación del tipo en la primera subasta o licitación se hará conforme a lo dispuesto en el artículo 282 LCSP.

¹⁶⁶ *Vid.* Artículo 281 LCSP. Este sistema es criticado por parte de la doctrina, pues consideran que carece de sentido “relicitar” una concesión que no ha funcionado. En este sentido, *vid.* MAGIDE HERRERO, M., *Algunas reflexiones a la luz de la nueva Ley...* *op. cit.* p. 46.

¹⁶⁷ Artículo 280.2 LCSP.

incluyendo el plazo de duración, pues el artículo 280 LCSP cuando indica que, en todo caso, el nuevo concesionario se subrogará en la posición del primitivo concesionario¹⁶⁸.

En cuanto al riesgo operacional, la configuración de la operación de reemplazo garantiza que dicho riesgo se traslade al concesionario saliente ya que el precio que la AAPP abona por las inversiones que ha realizado será muy inferior al que el contratista ha satisfecho durante el periodo contractual¹⁶⁹.

Por último, independientemente de a quién le sea imputable la causa de resolución, - concesionario o entidad del sector público - el cálculo de la indemnización no ha de considerar las posibles prórrogas puesto que éstas dependerán de la voluntad de la AAPP¹⁷⁰.

En síntesis, se aprecia que el proceso regulado en la LCSP a seguir en los supuestos de resolución anticipada del contrato de concesión por causa imputable al concesionario se desarrolla en una sola operación en la que se incluye tanto la liquidación del contrato como la cuantificación de la indemnización por daños y perjuicios.

¹⁶⁸ LOZANO CUTANDA, B., *Nuevo régimen de resolución de las concesiones de obras públicas y drástica reducción de la RPA del concesionario en el Proyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público*, en Análisis Gómez Acebo & Pombo, 2016, pp. 1-5. Recuperado el 8 de abril de 2019 de <https://www.gap.com/publicaciones/nuevo-regimen-de-resolucion-de-las-concesiones-de-obras-publicas-y-drastica-reduccion-de-la-rpa-del-concesionario-en-el-proyecto-de-ley-de-regimen-juridico-del-sector-publico/>

¹⁶⁹ CALATAYUD PRATS I., *Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento... op. cit.*

¹⁷⁰ *Vid.* STS de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7ª, núm. 2553/2014 de 13 de octubre de 2015.

5. CONCLUSIÓN

A grandes rasgos, lo analizado en este trabajo admite apreciar que la LCSP regula los contratos de concesión de tal manera que el adjudicatario asume un menor riesgo que en la concesión de la Ley 13/2003. Esto es debido, principalmente a que la nueva ley ya no se requiere la asunción del riesgo de demanda por parte de concesionario, si no que basta con el riesgo de suministro. En la práctica, esta distinción de riesgos hace sea difícil de diferir entre el que asume cualquier contratista de obra o de servicios y el que debería asumir el concesionario, y por tanto, complica la calificación de los contratos y el entendimiento de las consecuencias de dicha calificación. Dada la inexistencia de antecedentes de riesgo operacional, la Directiva 2014/23 debería haber concretado los elementos necesarios que facilitaran su correcta calificación.

Sin embargo, por ser la Directiva 2014/23 la primera regulación de contrario de concesión, hay autores que consideran que se ha centrado en la regulación del traslado del riesgo operacional al concesionario, olvidando cuestiones como la regulación del reequilibrio económico-financiero del contrato o el reparto adecuado de riesgos. Estos autores unen esta omisión al tejido de la política económica de la UE que, actualmente se está centrando en el equilibrio del déficit presupuestario de los Estados Miembros.

Hasta la LCSP, la manera de distinguir entre las concesiones y contratos de obras y de servicios no radicaba en el procedimiento de licitación, si no en el plazo. Actualmente el plazo se constituye como un elemento accesorio del contrato de concesión dirigido a proporcionar el encuadre del contrato de servicios u obras de aquellos contratos que se hayan calificado como concesiones por no transferirse correctamente el riesgo operacional.

De esta manera, actualmente el fundamento más relevante para optar entre la concesión o el contrato de obras o de servicios es el mejor tratamiento contable regulado en las normas de SEC-2010, pues en el contrato de concesión la inversión no computa como déficit ni como deuda pública. La utilidad de la concesión para la AAPP es puramente financiera, pues el concesionario se convierte en financiador de la AAPP, permitiendo que la inversión no compute como déficit y deuda pública.

En regulaciones anteriores a la LCSP el contrato de concesión se constituía como la manera que tenía la AAPP para financiar obras a coste cero, ya que era el concesionario quién asumía el riesgo de construcción y de demanda. De esta forma, los usuarios pagarían un precio fijo y el riesgo y ventura del posible desajuste entre ingresos y gastos previstos y reales serían soportados por el concesionario, y la AAPP no asumiría riesgo alguno. Sin embargo, los mecanismos empleados para prever la demanda resultaron ser completamente inútiles, puesto que los estudios de viabilidad de la concesión no estimaron correctamente los datos necesarios para poder analizar la solvencia técnica y económica de los distintos proyectos concesionales. Esto desembocó en una crisis concesional, ya que el sistema no resultó rentable ni para las entidades privadas concesionarias, las cuales incluso entraron en concurso de acreedores, ni para la propia AAPP, debido a que la idea de concesión a coste cero resultó ser completamente aparente pues se preveía la RPA en caso de resolución por cualquier causa.

La LCSP regula la nueva concesión con una menor asunción del riesgo y prevé la RPA solo por causas imputables a la Administración, de tal manera que ya no se buscan las concesiones a coste cero para la AAPP.

Además, la LCSP se ha ocupado de la cuestión discutida sobre la relación entre riesgo de suministro y riesgo de disponibilidad, reconociendo las concesiones de obra con pagos por disponibilidad, sin asunción del riesgo de demanda, supuesto más demandado por el mercado, y, a la vez, criticado por la doctrina. Así, al defensa de que el riesgo operacional va más allá del principio de riesgo y ventura que asume todo contratista, el concesionario debe asumir el riesgo de que, aun cumpla éste diligentemente las condiciones pactadas, se tenga que negar el uso de la obra o del servicio o no se cumplan los estándares de calidad y disponibilidad, por no ser la demanda la prevista.

Ahora la asunción de un riesgo operacional se conoce *a priori*, mientras que en la regulación anterior, el concesionario asumía, teóricamente, un riesgo mucho mayor, incluyendo el riesgo de demanda, pero, en la práctica, en caso de resolución del contrato el concesionario recuperaba la inversión realizada mediante la RPA, lo cual implicaba que la asunción de riesgo era nula.

Para evitar esta diferencia teórico-práctica, la LCSP pretende evitar que por la vía de los artículos que regulan la ejecución del contrato se incumpla la transferencia del riesgo operacional, con la consecuencia de que el contrato pierda su condición de concesión y que la inversión se configure como déficit y deuda en la contabilidad pública. Así, se descarta que el incumplimiento de las previsiones de demanda sea motivo de justificación del restablecimiento del equilibrio económico-financiero, implicando directamente las consecuencias de la aplicación de normas y principios como el *rebus sic stantibus*.

Los cambios son más aparentes que reales, porque ya se venían licitando concesiones en las que el concesionario no asumía el riesgo de demanda.

Quedan abiertas cuestiones como la relación y coordinación de las normas contables recogidas en la SEC-2010 y las expuestas en la LCSP, pues se trata de normas que no se encuentran sometidas a una relación jerárquica. No queda claro si cualquier contrato de concesión en el que se transmita correctamente el riesgo operacional y formalmente licitado y adjudicado, hará que la inversión llevada a cabo no se impute al déficit y deuda pública, pues la coordinación entre la norma comunitaria, la LCSP y la normativa contable es total, y que las dos primeras tengan que interpretarse e integrarse según lo dispuesto en la última.

Sin embargo, la cuestión abierta más relevante en relación con el riesgo operacional es su distinción con el riesgo y ventura, común a todo contratista, y sus implicaciones en el ámbito del reequilibrio económico-financiero. Así, la LCSP, en su artículo 245.1 prevé que las “obras se ejecutarán a riesgo y ventura del concesionario quien, además asumirá el riesgo operacional de la concesión”, pero es necesaria la labor interpretativa de los tribunales para poder delimitar las zonas grises en las que se encuentran estos términos. Tanto la doctrina administrativa como los órganos consultivos españoles han interpretado la jurisprudencia comunitaria de tal manera que el riesgo operacional debe implicar un “plus” al principio de riesgo y ventura, para que un contrato sea calificado como concesión. En consecuencia, la concreción del riesgo operacional es ciertamente complicado, sobre todo en los ámbitos donde la transferencia del riesgo de demanda no es posible o resulta difícil. Esta transferencia del riesgo operacional debe llevarse a cabo individualmente en cada contrato de concesión, por los poderes adjudicadores, tomando

consideración las circunstancias que rodeen al contrato y debe de ser idóneo para la explotación del mismo.

En definitiva, el fundamento de la concesión ha pasado de ser que la inversión no sea asumida por la AAPP, sino por los usuarios, a que su razón de ser sea puramente financieras. La concesión ya no sirve para ahorrar costes a la Administración, sino para que esos costes se reflejen de otro modo en la contabilidad.

La configuración de los contratos en la LCSP, y sobre todo el de la concesión, está dirigida a aprovechar la financiación privada y las técnicas contables de cómputo de déficit y deuda. Esto, unido a que no se puede asumir que la totalidad del riesgo lo asumirá el concesionario, hace que los estudios de viabilidad de los proyectos de concesión y la ejecución de los mismos deban ser controlados de acuerdo con el principio de eficiencia.

Así, la aplicación estricta de la transferencia al concesionario del riesgo operacional no podrá darse si no se revisan periódicamente las condiciones o el precio y tarifas de la concesión para que la concesión siga siendo eficiente, y no pierda su fundamento por su larga duración. Por ello, deben preverse técnicas de reequilibrio o ajuste financiera del proyecto basados en informes o mecanismos de control, que favorezcan a la consecución de la concesión en beneficio de la AAPP, la entidad privada contratante, pero sobre todo de la ciudadanía.

Por último, cabe mencionar que la LCSP contiene una cláusula de derecho de desistimiento para los supuestos de onerosidad extraordinaria sobrevenida como consecuencia del *ius variandi* o de un *factum principis* o de la aplicación de la cláusula de progreso. Se entiende que esta cláusula se constituye como un mecanismo para suprimir pretensiones de restablecimiento del equilibrio financiero, pero, aún así, plantea diversas dudas, pues implica que concesionario deberá asumir un riesgo que le será difícilmente soportable sin recibir contraprestación alguna, sobre todo en el contexto económico y social que vivimos, caracterizado por avances tecnológicos que podrán trastornar el cauce y pervivencia de muchos contratos de concesión.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

6.1. Normativa

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

Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE

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.

6.2. Resoluciones judiciales

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, relativa al Asunto C-458/03, *Parking Brixen*.

Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2011 relativa al Asunto C-348/10, Norma-A SIA y Dekom SIA contra Latgales plānošanas reģions.

6.3. Dictámenes

Dictamen núm. 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, del Consejo de Estado sobre anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público.

6.4. Obras doctrinales

ALIAGA MORENO, I., “La regulación de las concesiones de obras y servicios en las nuevas Directivas europeas. Visión crítica de la regulación en Navarra”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2015, núm. 45, pp. 260-311.

CALATAYUD PRATS I., “La estabilidad presupuestaria, la suficiencia financiera y las garantías financieras y de pago de las competencias municipales tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Dereito: Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, 2017, núm. 1, pp. 107-152.

CALATAYUD PRATS I., “Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista de las concesiones de obra y Servicio público: la liquidación del contrato (RPA) y la indemnización de daños y perjuicios”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 2017, núm. 44, Iustel. Recuperado el 7 de marzo de 2019 de <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507100>.

CALVO GONZÁLEZ, F.J., “La concesión de servicio público: un estudio sobre su secuestro y su caducidad”, *Noticias jurídicas*, 2016. Recuperado el 7 de marzo de 2019 de <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11441-la-concesion-de-servicio-publico:-un-estudio-sobre-su-secuestro-y-su-caducidad/>

COYLE FERNÁNDEZ, C. M., “Nueva Directiva sobre Adjudicación de Concesiones: ¿excluye las basadas en la transferencia del riesgo de disponibilidad?”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2014, núm. 884, p. 5.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., “En torno a la controvertida compatibilidad del concepto de concesión con la Responsabilidad Patrimonial de la Administración en caso de resolución”. Recuperado el 10 de marzo de 2019 de http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/27_11_2017_17_11-Acevedo_2017.pdf

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., “Mantenimiento del equilibrio económico y responsabilidad patrimonial como técnicas de moderación del riesgo concesional”. En *Contratos administrativos, equilibrio economico-financiero ea taxa interna de retorno: a*

lógica das concessões e parcerias público-privadas. Fórum editora, Brasil, 2016. p. 253-282.

GARCÍA PELAYO, M., “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza, 1979.

GARCÍA ROSA, M., “El nuevo contrato de concesión de servicios: claves para su fiscalización”. *Auditoría Pública*, 2018, núm. 71, pp. 91-100.

GIMENO FELIÚ L.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*, 2017, núm. 43, pp. 31-78.

GIMENO FELIÚ, J. M., “La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades”, *Documentación Administrativa: Nueva Época*, 2017, núm. 4, pp. 7-30.

GONZÁLEZ DE OLANO, G. Y NAVARRO MANICH, J. A., “Comentarios a la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión”, *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, 2014, núm. 37, p. 44-57.

GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

GUILLÉN CARAMÉS, J., “El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesiones”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2018, núm. 941, pp. 10-10.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., *La Nueva Concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, Aranzadi, Canarias, 2018.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., “La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado, en Las nuevas directivas de contratación pública: Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo”, en *Observatorio de los Contratos Públicos*, 2015, Número Monográfico especial, Aranzadi, Zaragoza pp. 169-240.

HUERGO LORA, A., “Skin in the game: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2018, núm. 74 Iustel. Recuperado el 14 de abril de <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508472>

LAGUNA DE PAZ, J. C., “Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos”, *Revista de Administración Pública*, 2017, núm. 204, pp. 41-68.

LAZO VITORIA, X., “El futuro del mercado concesional en Europa”, *Revista CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 154, 2013, pp. 137-174.

LAZO VITORIA, X., “El riesgo operacional ¿una nueva era para los contratos de concesión?”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2018, núm. 74 Iustel. Recuperado el 4 de abril de <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508956>

LAZO VITORIA, X., “La clave de bóveda del sistema concesional: la transferencia de los riesgos”, *Observatorio de Contratación Pública*, 2014. Recuperado el 5 de marzo de 2019 de <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.134/relcategoria.208/relmenu.3/chk.48338ea10b45da6bf56854c50e8dc923>

LÓPEZ MORA, M^a., *El nuevo contrato de concesión: el riesgo operacional*, Atelier, Barcelona, 2019

LOZANO CUTANDA, B., “Nuevo régimen de resolución de las concesiones de obras públicas y drástica reducción de la RPA del concesionario en el Proyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”, en *Análisis Gómez Acebo & Pombo*, 2016, pp. 1-5. Recuperado el 8 de abril de 2019 de <https://www.gap.com/publicaciones/nuevo-regimen-de-resolucion-de-las-concesiones-de-obras->

[publicas-y-drastica-reduccion-de-la-rpa-del-concesionario-en-el-proyecto-de-ley-de-regimen-juridico-del-sector-publico/](#)

LUNA QUESADA, J., “El control municipal de las concesiones administrativas: el caso de los servicios e instalaciones deportivas”, *Auditoría Pública*, 2014, núm. 62, p. 63-81.

MAGIDE HERRERO, M., “Algunas reflexiones a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, en particular sobre los contratos de concesión”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 2017, núm. 46, pp. 40-55.

MENÉNDEZ GARCÍA, P. y FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., “Análisis histórico-jurídico de la concesión de obra pública”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.), *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obra pública*, Civitas, 2010, Navarra, 2ª ed. pp. 51-102.

MESTRE DELGADO, J.F., “La extinción del contrato de concesión de servicios en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2018, núm. 74, p. 44-51.

MESTRE DELGADO, J. F. Y MANET ALONSO, L., *La Ley de contratos del sector público. Ley 9/2017, de 8 de noviembre: aspectos novedosos*, Tirant lo Blanch, 2018, Valencia.

MÍGUEZ MACHO, L., “La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la Directiva 2014/23/UE: repercusiones para el derecho español, en Las nuevas directivas de contratación pública: Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo”, en *Observatorio de los Contratos Públicos*, 2015, Número Monográfico especial, Aranzadi, Zaragoza pp. 395-409.

RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., “La Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión”, *Revista Jurídica de Navarra*, 2014, núm. 58, pp. 95-158.

RECUERDA GIRELA, M.A., *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Civitas, 2017, Pamplona.

- RUIZ GARCÍA, E., “El control interno de la gestión económico-financiera de la concesión de obras y concesión de servicios locales”, *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, 2018, núm. 71, p. 41-54.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “Contratos del sector público y Derecho de la Unión”, *Revista de Administración Pública*, 2016, núm. 200, pp. 83-102.
- TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, J., “El impacto del concepto de riesgo operacional sobre las solicitudes de reequilibrio de concesiones administrativas. A propósito del dictamen del Consejo de Estado 660/2014”, en *Anuario de Derecho Administrativo 2017, Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo*, Civitas, 2017.
- VILLALBA PÉREZ, F. “La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 2014, núm. 2, pp. 79-98.
- VILLAR ROJAS, F.J., “Las tarifas por la prestación de servicios públicos: ¿una categoría inconstitucional?”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2017, no 69, p. 12-21.
- ZEGARRA VALDIVIA, D., “Concesión administrativa e iniciativa privada”, *THEMIS-Revista de Derecho*, 1999, núm. 39, pp. 99-119.