

---

# El riesgo operacional en los contratos públicos locales

Francisco L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo*  
*Universidad de La Laguna*

## RESUMEN

*La nueva Ley de contratos del sector público introduce el concepto de «riesgo operacional» como elemento de diferenciación de las concesiones frente a los contratos de obras y de servicios. Esta medida lleva consigo la desaparición del tradicional contrato de gestión de servicios públicos, lo que tiene un enorme impacto en la contratación de las entidades locales. Por otro lado, la regulación del riesgo operacional en la concesión de servicio resulta más restrictiva que en la concesión de obras. Se trata de una limitación que no deriva de las Directivas de contratación pública de 2014 y que tampoco tiene ninguna justificación en la ley. En juego está el futuro de las concesiones de servicio.*

**Palabras clave:** contratos públicos locales; contrato de concesión; concesión de obras; concesión de servicios; riesgo operacional; riesgo de demanda y suministro.

## ABSTRACT

*The new Public Procurement Law introduces the concept of «operational risk» as an element to differentiate concessions from works and services contracts. This measure has led to the disappearance of the traditional public services management contract, which has a huge impact on local procurement. At the same time, the regulation of operational risk in the service concession is more restrictive than in the works concession. This is a limitation that does not stem from the Public Procurement Directives of 2014 and that does not have any justification in the Law. The future of service concessions is at stake.*

**Keywords:** local public contracts; concession contracts, works concession, service concession, operating risk, demand or supply risk.

**SUMARIO:** I. EL RIESGO OPERACIONAL: UN NUEVO CONCEPTO JURÍDICO PARA DEFINIR LAS CONCESIONES.—II. EL CONCEPTO DE RIESGO OPERACIONAL EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: 1. La unificación del régimen jurídico de las concesiones de obras y de servicios. 2. El «derecho de explotación» como elemento definidor de las concesiones: de la remuneración por los usuarios a la transferencia del riesgo de explotación. 3. El contenido del «riesgo operacional»: significado de los términos «riesgo de demanda» y «riesgo de oferta».—III. EL RIESGO DE DEMANDA Y DE SUMINISTRO/OFERTA EN LA NORMATIVA CONTABLE Y PRESUPUESTARIA APLICABLE A LAS CONCESIONES: 1. Los riesgos del concesionario según la CINIIF 12: transferencia del riesgo de disponibilidad, del riesgo de demanda o de ambos. 2. La vinculación del riesgo de oferta con los riesgos de construcción y de disponibilidad en la OCDE. 3. La tradicional distinción entre riesgo de construcción, riesgo de disponibilidad y riesgo de demanda en el Reglamento SEC. 4. Consideraciones generales.—IV. LA REGULACIÓN DEL RIESGO OPERACIONAL EN LA LCSP DE 2017: 1. Consecuencias de la transposición de las Directivas en la tipificación de los contratos. 2. La diferente configuración del riesgo operacional en la concesión de obras y de servicios: 2.1. La transferencia del riesgo de demanda y/o de disponibilidad en la concesión de obras. 2.2. La asunción del riesgo de demanda en la concesión de servicios. 3. La distinción entre concesiones de servicios y contrato de servicios.—V. INCIDENCIA DEL RIESGO OPERACIONAL EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS LOCALES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. EL RIESGO OPERACIONAL: UN NUEVO CONCEPTO JURÍDICO PARA DEFINIR LAS CONCESIONES

La Ley 9/2017, de contratos del sector público (en adelante, LCSP), ha elevado a primer plano el concepto de *riesgo operacional*. Este protagonismo se debe a que es el criterio que se utiliza para diferenciar el contrato de concesión (de obras o de servicios) del contrato público de obra o de servicios<sup>1</sup>.

Se trata una expresión hasta hace poco desconocida en el mundo jurídico. Su origen hay que buscarlo en la literatura económica, donde se utiliza como sinónimo de riesgo empresarial (también bajo la denominación de «riesgo operativo»)<sup>2</sup>. En términos generales, se refiere al hecho de que la empresa pueda incurrir en pérdidas financieras como consecuencia de su actividad económica. Su introducción en el campo jurídico y, en particular, en la regulación de los contratos públicos, viene de la mano de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Así se recoge en la exposición de motivos de la propia LCSP, al afirmar que «en lo que respecta a los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, merece destacarse que en ambas figuras necesariamente debe haber una transferencia del riesgo operacional de la Administración al concesionario, delimitándose en el

<sup>1</sup> Un análisis más amplio en F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018, en particular, pp. 171-343; y en M.ª E. LÓPEZ MORA, *El nuevo contrato de concesión: el riesgo operacional*, Atelier, 2019, en especial, pp. 143-185.

<sup>2</sup> El Diccionario del español jurídico de la Real Academia Española define el «riesgo operativo» como el «riesgo de que una entidad de crédito sufra un daño como consecuencia de su deficiente organización interna o de errores y malas prácticas de sus empleados».

art. 14 de la Ley, en línea con lo establecido en la nueva Directiva de adjudicación de contratos de concesión, los casos en que se considerará que el concesionario asume dicho riesgo operacional». Precizando, poco más adelante, que «el criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios es, como se ha dicho antes, quién asume el riesgo operacional. En el caso de que lo asuma el contratista, el contrato será de concesión de servicios. Por el contrario, cuando el riesgo operacional lo asuma la Administración, estaremos ante un contrato de servicios» (apdo. IV).

Como veremos más adelante, el concepto de «riesgo operacional» reemplaza al de «riesgo de explotación», que era la expresión que venía utilizando la jurisprudencia comunitaria para referirse a las concesiones. Conviene subrayar que este cambio de terminología que se produce en la traducción española de la Directiva no opera de igual forma en otros idiomas:

— En la versión inglesa, los textos jurisprudenciales utilizan las expresiones de «*risk associated with operation of the service*», «*risk of operating the service*» o «*operating risk*»; expresión, esta última, que es la que recoge también la Directiva de concesiones.

— En francés, la jurisprudencia habla de «*risque d'exploitation économique*» o de «*risque lié à l'exploitation*»; mientras que la Directiva de concesiones hace referencia al «*risque d'exploitation*».

— En lengua alemana, tanto los textos jurisprudenciales como la Directiva de concesiones hablan de «*Betriebsrisiko*».

— La excepción es la versión italiana, que en las sentencias usa las expresiones de «*rischio economico legato alla gestione*» o de «*rischio di gestione*»; mientras que en la Directiva de concesiones se habla de «*rischio operativo*».

En definitiva, riesgo operacional, riesgo operativo o riesgo de explotación se pueden utilizar indistintamente para definir las concesiones de obras y de servicios. Lo importante es establecer el contenido y alcance de este concepto jurídico, lo que obliga a analizar, en primer lugar, el Derecho de la Unión Europea y, con posterioridad, el Derecho nacional.

## II. EL CONCEPTO DE RIESGO OPERACIONAL EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

### 1. La unificación del régimen jurídico de las concesiones de obras y de servicios

La Directiva 2014/23/UE, conocida como Directiva de concesiones (en lo sucesivo, DC), tiene como objetivo unificar el régimen jurídico de las concesiones de obras y de servicios en el conjunto de los Estados miembros de la Unión Europea, sin menoscabar la libertad que estos tienen para decidir el modo de ejecución de sus obras y servicios

públicos: directamente o a través de un sujeto interpuesto (art. 2)<sup>3</sup>. Se trata de garantizar los principios básicos de la contratación pública, mediante el establecimiento de un marco jurídico adecuado y equilibrado que garantice a todos los operadores económicos de la Unión el acceso efectivo y no discriminatorio al mercado concesional (circunstancia que, en materia de servicio público, no estaba plenamente asegurada en todos los Estados miembros)<sup>4</sup>.

La Directiva 2014/23/UE concibe las concesiones de obras y de servicios como un contrato público con unas características específicas, lo que justifica la instauración de un régimen más flexible que el regulado en la Directiva general de contratos públicos (apartados primero y segundo del preámbulo). Con la debida prudencia, el legislador comunitario adopta una posición intermedia entre los países que entienden las concesiones como un supuesto de delegación del poder público (excluido de la legislación de contratos) y aquellos otros que las somete a las mismas reglas que el resto de contratos públicos (como sucede en España). Corresponde a los Estados miembros definir el nivel de equiparación entre ambas categorías<sup>5</sup>.

Partiendo de esta premisa, la Directiva se aplica a todas las concesiones de obras y de servicios que alcancen el umbral comunitario (que actualmente está fijado en 5.548.000 euros, cuantía que se debe revisar cada dos años)<sup>6</sup>, incluyendo también las de los sectores especiales. Si bien, ante la presión de algunos Estados miembros, la Comisión se vio obligada a introducir un amplio régimen de excepciones (entre las que cabe destacar el sector del agua y el transporte de viajeros por ferrocarril y carretera)<sup>7</sup>, así como una regulación más flexible (la DC habla de un «régimen simplificado») para las concesiones relativas a los denominados «servicios a las personas» (sociales, sanitarios, educativos o culturales)<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> Al respecto, señala el Preámbulo que «la presente Directiva no debería menoscabar en modo alguno la libertad de los Estados miembros y de las autoridades públicas para realizar obras o prestar servicios directamente al público o para externalizar tal suministro mediante delegación a terceros. Los Estados miembros y las autoridades públicas deberían continuar siendo libres para definir y especificar las características de los servicios que hayan de prestarse, incluidas las eventuales condiciones relativas a la calidad o el precio, de conformidad con el Derecho de la Unión, con el fin de lograr sus objetivos de interés público» (apdo. 5).

<sup>4</sup> De esta forma, las concesiones de servicios van a tener, por primera vez, la condición de contratos sujetos a regulación armonizada. No sucedía lo mismo con la concesión de obras, que ya estaba sometida a determinados preceptos de la Directiva general de contratación pública de 2004.

<sup>5</sup> «Estas disposiciones de coordinación —señala— no deberían ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos citados y para garantizar un cierto grado de flexibilidad. Los Estados miembros han de poder completar y desarrollar estas disposiciones si lo consideran oportuno, en particular si desean reforzar la observancia de los citados principios».

<sup>6</sup> Art. 9 DC y Reglamento Delegado (UE) 2017/2366, de la Comisión, de 18 de diciembre, que modifica la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que se refiere a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos.

<sup>7</sup> Este último se rige por el Reglamento (CE) núm. 1370/2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, que regula la figura del «contrato de servicio público» (que tanto puede ser una concesión como un contrato de servicio).

<sup>8</sup> Sobre los objetivos de la Directiva y su régimen de exclusiones se puede consultar: F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, «La nueva directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado», en J. M.<sup>a</sup> GIMENO FELIÚ *et al.*, *Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 171-212.

Al margen de estas singularidades, la Directiva no establece diferencia alguna entre la concesión de obras y la concesión de servicios: los contratos de concesión presentan, por lo general, las mismas características, cualquiera que sea su objeto (ya sea una obra o un servicio). En consecuencia, se entiende por *concesión* todo contrato oneroso, celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadoras confían la *ejecución de obras* (concesión de obras) o la *prestación y la gestión de servicios* distintos de la ejecución de las obras (concesión de servicios) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el *derecho a explotar las obras o los servicios* objeto del contrato únicamente, o bien este mismo derecho en conjunción con un pago (cdo. 11 y art. 5)<sup>9</sup>; expresión que no se refiere a las cantidades que pagan los usuarios, sino al precio pagado por la entidad concedente como contraprestación de las obras realizadas o de los servicios prestados.

De acuerdo con esta definición, la concesión se presenta como una modalidad de colaboración público-privada (CPP) de naturaleza contractual, cuya principal característica distintiva radica en el *derecho de explotación* de las obras o servicios (con independencia de que vaya o no acompañada del pago de un precio por parte de la entidad concedente). De esta forma, la concesión se diferencia de la empresa mixta (que es una modalidad de CPP de carácter institucional) y de los contratos públicos de obras y servicios (que se caracterizan por la ausencia de riesgo de explotación).

## 2. El «derecho de explotación» como elemento definidor de las concesiones: de la remuneración por los usuarios a la transferencia del riesgo de explotación

Como ha quedado expuesto, el elemento que caracteriza a las concesiones en la Directiva 2014/24/UE es el *derecho de explotación* de las obras o servicios por parte del concesionario. Se trata, no obstante, de un concepto que no ha sido pacífico y que ha dado lugar a interpretaciones diferentes por parte de una jurisprudencia comunitaria que, aún en defecto del Derecho derivado, ha velado por garantizar la aplicación de los principios de la contratación pública<sup>10</sup>.

En un primer momento, siguiendo el criterio de la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones del año 2000, el TJUE adopta un concepto estricto de concesión, que tiene como finalidad llevar al redil del Derecho derivado el mayor

---

<sup>9</sup> La definición de la *concesión de obra pública* aparece ya en el art. 1 de la Directiva 89/440/CEE, que modifica la Directiva 71/305/CEE; y la *concesión de servicio* lo hace en el art. 1.2 de la Directiva 2004/18/CE. La delimitación de las concesiones frente a los contratos públicos fue objeto de especial atención en la *Comunicación interpretativa sobre las concesiones en el Derecho comunitario* del año 2000 (C 121/12, de 29 de abril de 2000).

<sup>10</sup> Sobre la evolución de esta jurisprudencia nos hemos ocupado en «La construcción del contrato de concesión en el Derecho de la Unión Europea», en J. M.<sup>a</sup> BAÑO LEÓN (dir.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al Profesor S. Muñoz Machado*, t. III, CEPC, Madrid, 2016, pp. 2449-2480.

número posible de contratos. Por *derecho de explotación* se entiende el derecho del concesionario a cobrar a los usuarios por la utilización de las obras y servicios. Conforme a este criterio, las concesiones y los contratos se diferencian entre sí por el *origen de la remuneración*: pagada directamente por la Administración, en el contrato público; o mediante tarifas abonadas por los usuarios, en la concesión. Si bien, no se impide que el Estado pueda asumir una parte del coste de explotación de la obra o servicio con el fin de aminorar el precio que el usuario debe pagar, siempre que no se elimine el riesgo de explotación<sup>11</sup>.

Desde el punto de vista del Derecho interno, esta interpretación tenía un serio inconveniente y es que excluía la posibilidad de *concesiones gratuitas* o *concesiones frías* (retribuidas íntegramente por la Administración), que a efectos del Derecho derivado se consideraban contratos de obras o de servicios<sup>12</sup>. El problema se planteó con la contratación por el INSALUD de la prestación del servicio de terapias respiratoria a domicilio en diferentes provincias, afirmando el TJUE que, dado que era la Administración sanitaria española quien retribuía el servicio y que esta seguía siendo la responsable de la prestación, se trataba de «contratos públicos de servicios y no de contratos de gestión de servicios públicos calificados de concesión de servicios»<sup>13</sup>.

Sin embargo, en 2007 se comienza a atisbar un cambio jurisprudencial que desvincula la concesión de la procedencia externa de la remuneración, para fijarse en la *localización del riesgo de explotación*: se afirma ahora que la retribución por los usuarios no es el único criterio, ni el decisivo, para calificar un contrato como concesión. Lo verdaderamente importante es la *traslación al concesionario de una parte significativa del riesgo de explotación*, entendiendo como tal el hecho de que el contratista no tenga garantizada la recuperación de la totalidad de las inversiones. Por el contrario, la inexistencia de transmisión al contratista del riesgo derivado de la operación o la transmisión de un riesgo reducido significa que la prestación constituye un contrato público de obras o de servicios y no una concesión.

Este cambio de rumbo se consolida con la STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser*, C-206/08 (EU:C:2009:540), recaída con ocasión de la adjudicación del servicio público de suministro de agua potable y de evacuación de aguas residuales por una

<sup>11</sup> Entre otras, STJ de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, C-458/03 (EU:C:2005:605); de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07 (EU:C:2008:621); de 27 de octubre de 2005, *Contse SA*, C-234/03 (EU:C:2005:644); y de 6 de abril de 2006, *ANAV*, C-410/04 (EU:C:2006:237).

<sup>12</sup> Dicha exégesis colisionaba con la configuración de las concesiones de servicios públicos asentada históricamente en nuestra legislación, consagrada en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL), que admite la posibilidad de concesiones retribuidas exclusivamente por la Administración (art. 129 RSCL). La polémica sobre la utilización de la concesión para la gestión de servicios públicos gratuitos se planteó en el Informe de la JCCA del Estado núm. 27/02, de 23 de octubre, concluyéndose que la prestación indirecta del servicio de depuración de aguas residuales era un *contrato de gestión de servicios públicos*.

<sup>13</sup> STJUE de 27 de octubre de 2005, *Comisión/España*, C-158/03 (EU:C:2005:642), apartado 32. *Vid.* F. J. VILLAR ROJAS, «La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales», *RAP*, núm. 172, 2007, pp. 141-188.

mancomunidad de municipios de Alemania. El Tribunal sostiene que «el hecho de que el prestador de servicios sea remunerado por pagos provenientes de terceros, en el caso de autos, los usuarios del servicio en cuestión, es una de las formas que puede adoptar el ejercicio del derecho a explotar el servicio reconocido al prestador» (apdo. 53). Pero lo verdaderamente relevante es la «transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio» (apdo. 68). Aunque se trate de un riesgo muy limitado debido a la aplicación de la normativa propia del sector de actividad de que se trata (apdos. 72 y 76), en la medida que «debe seguir siendo posible que las entidades adjudicadoras, actuando de buena fe, garanticen la prestación de servicios mediante una concesión, si consideran que se trata de la mejor manera de garantizar el servicio público de que se trata» (apdo. 74)<sup>14</sup>.

En definitiva, aunque el riesgo asumido sea muy limitado, estaremos en presencia de una concesión cuando la normativa aplicable o las cláusulas contractuales no garanticen la cobertura íntegra de las inversiones y los costes soportados por el operador, de modo que se pueda encontrar en una situación deficitaria, viéndose obligado a obtener financiación por sus propios medios (es lo que se conoce como «riesgo de pérdida»)<sup>15</sup>.

De este modo, el Tribunal rehúye aplicar un criterio cuantitativo del riesgo, obligando a un análisis del contenido económico de cada contrato en particular, que resulta de más difícil apreciación. En cambio, sí precisa la cualidad que debe tener el riesgo de explotación, al que caracteriza como un *riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado* y, por tanto, distinto del riesgo derivado de la mala gestión o de errores de previsión por parte del concesionario (que son riesgos inherentes a cualquier tipo de contrato). Esto significa que comprende, entre otros, el riesgo derivado de la competencia, el riesgo por el desajuste entre la oferta y la demanda, el riesgo a no cubrir íntegramente los gastos de explotación o el riesgo de responsabilidad por los perjuicios causados por los fallos del servicio<sup>16</sup>.

Al margen de las dificultades que entraña, esta nueva lectura va a permitir calificar como *contrato público* un contrato retribuido a través de las tarifas abonadas por los usuarios, cuando concurra la circunstancia de que la Administración compense las pérdidas del contratista o el número de usuario esté determinado de antemano, de modo que el operador económico pueda hacer una previsión razonable de la economía del contrato que elimine el riesgo de explotación o lo haga insignificante<sup>17</sup>. Por el contrario,

---

<sup>14</sup> Ello lleva a la doctrina a afirmar que puede haber concesión cuando se transfiera al concesionario una parte significativa de un riesgo muy limitado (R. CARANTA, «An introduction to the Concessions Directive», en *Munus, Rivista Giuridica dei servizi pubblici*, núm. 3, 2018, p. 1116).

<sup>15</sup> STJUE de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst*, C-274/09 (EU:C:2011:130), apartados 42-48.

<sup>16</sup> STJUE de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst*, C-274/09 (EU:C:2011:130), apartados 37 y 38.

<sup>17</sup> Este es el caso, por ejemplo, de la STJUE de 10 de noviembre de 2011, *Norma-A SIA*, C-348/10 (EU:C:2011:721), que califica como *contrato público de servicio* la prestación del servicio de transporte público por autobús en la comarca de Ludza (Letonia), en el que, si bien el contratista era retribuido por los usuarios con arreglo a tarifas establecidas, la entidad adjudicadora venía obligada a compensar al prestador

cuando no esté garantizada la recuperación de la inversión ni los costes de explotación se estará ante una *concesión de obras o de servicios*, con independencia de que la retribución corra a cargo de los usuarios o de la propia Administración contratante (por tanto, también van a tener cabida dentro de este concepto las concesiones gratuitas o frías)<sup>18</sup>.

Esta nueva línea jurisprudencial parecía adaptarse mucho mejor a nuestra legislación, que configura la concesión como un contrato a *riesgo y ventura* del concesionario. Así se entendió en un principio, llegándose a identificar el riesgo de explotación con la cláusula riesgo y ventura<sup>19</sup>. Sin embargo, a partir de 2009, la JCCA del Estado desvincula ambos conceptos, precisando que el riesgo de explotación es un criterio autónomo, de carácter económico-financiero, que se diferencia del riesgo general, común a todos los contratos (del que forman parte el error de cálculo y la mala gestión empresarial). No obstante, se hace una interpretación restrictiva que equipara el riesgo operacional con el *riesgo de demanda*: para que la relación se califique de concesión es imprescindible que la retribución del concesionario dependa del *nivel de uso o frecuentación de la obra o servicio* por parte de los usuarios (con independencia de que proceda de los pagos de los usuarios o de la propia entidad contratante)<sup>20</sup>.

De acuerdo con esta lectura del Derecho comunitario, que los tribunales administrativos especiales acogen de forma mayoritaria<sup>21</sup>, no existe riesgo operacional cuando la Administración contratante: *a)* se obligue a pagar una cantidad fija ajena al nivel de demanda real, o *b)* retribuya al contratista en función de la disponibilidad de las obras o servicios prestados, conforme a los parámetros de cantidad y calidad determinados en el contrato. No obstante, es posible encontrar algunos pronunciamientos (los menos)

---

del servicio las pérdidas derivadas de la explotación y a pagarle una cantidad en concepto de beneficio, consistente en multiplicar los ingresos por un porcentaje de beneficio que se calcula incrementando en el 2,5 por 100 el tipo medio del EURIBOR en los doce meses del año de referencia (apdos. 48-49 y 52-55). En consecuencia, entiende el Tribunal que el operador económico no asume una parte significativa del riesgo de explotación.

<sup>18</sup> La STJUE de 22 de abril de 2011, *Comisión/España*, C-423/07 (EU:C:2010:211) aceptó la calificación como *concesión de obra pública* del contrato para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje A-6, en sus conexiones con Segovia y Ávila, así como la conservación y explotación de la autopista de peaje A-6, tramo Villalba-Adanero, sin entrar a considerar la existencia de riesgo de explotación.

<sup>19</sup> Informe de la JCCA del Estado núm. 04/08, de 28 de julio.

<sup>20</sup> Por todos, los Informes de la JCCA del Estado núm. 65/08, de 31 de marzo de 2009, núm. 22/09, de 25 de septiembre, y núm. 12/2010, de 23 de julio. Este criterio queda positivado en los arts. 238 y 257.1 de la LCSP de 2007 (arts. 255 y 281.1 del TRLCSP 2011), que hacen depender la retribución del concesionario de la utilización de la obra o servicio.

<sup>21</sup> Esto motivó un cambio de calificación de muchos contratos de gestión de servicios públicos que pasan a calificarse como contratos de servicios, permitiendo su control por los tribunales administrativos especiales en materia de contratación pública. Este fue el caso, por ejemplo, de las Resoluciones del TACRC núms. 280, 515 y 548 de 2015, relativas al contrato de recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria; o de la Resolución del TACRC núm. 58/2017, recaída en relación con la prestación del servicio municipal de abastecimiento de agua potable y alcantarillado. *Vid.* A. FORTES MARTÍN, *La gestión contractual del servicio de recogida de residuos domésticos*, Iustel, 2018, pp. 201-260; y F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, «La prestación de servicios públicos hidráulicos mediante concesión», en EZQUERRA HUERVA y NAVARRO CABALLERO (dirs.), *Contratación Pública y Agua*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 159-199.

que se posicionan en sentido contrario, incluyendo dentro del riesgo operacional tanto el riesgo de demanda como el riesgo de disponibilidad<sup>22</sup>.

Esta era la situación en nuestro país en el momento en que se aprueban las nuevas Directivas, lo que va a provocar un claro retraimiento de la técnica concesional en servicios públicos tradicionales (como el abastecimiento de agua, la recogida y tratamiento de residuos, la limpieza viaria, los servicios sociales, entre otros).

### 3. El contenido del «riesgo operacional»: significado de los términos «riesgo de demanda» y «riesgo de oferta»

La Directiva de concesiones no es ajena a la evolución de la jurisprudencia del TJUE, de forma que asume el criterio de la transferencia del riesgo de explotación, al que —como ya hemos indicado— denomina ahora con el tecnicismo económico de «riesgo operacional». Pero el legislador comunitario no se detiene aquí, sino que da un paso más, al intentar delimitar el contenido de este último, lo que hace en los considerandos 18 a 20 y en el propio art. 5. El resultado no ha sido todo lo satisfactorio que cabía esperar en la medida que, lejos de aportar mayor claridad, la Directiva introduce mayor nivel de incertidumbre, abriendo nuevamente las puertas a la controversia. La polémica alcanza tanto al propio concepto de concesión como al significado del riesgo operacional<sup>23</sup>.

Es así que, de una parte, al definir la concesión, la Directiva parece estar acogiendo el criterio de la procedencia externa de la remuneración, al afirmar que en este tipo de contratos la contrapartida «consiste en el *derecho a explotar las obras o servicios* objeto del contrato únicamente, o este derecho en conjunción con un pago» (cdo. 11 y art. 5)<sup>24</sup>. Pero, de otra parte, reafirma que el elemento decisivo es la transferencia al concesionario del riesgo operacional, aseverando en el considerando 18 que «la *característica principal* de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la *transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico* que supone la posibilidad de que *no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes* que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador».

En consecuencia, no existirá concesión, a efectos de la Directiva, cuando concurra alguna de las siguientes situaciones:

---

<sup>22</sup> En este sentido se posicionan los Informes de la JCCA de Aragón núm. 4/2014, de 22 de enero, y núm. 13/2015, de 30 de septiembre; y el Informe de la JCCA de la Generalitat de Catalunya núm. 9/2016, de 1 de diciembre.

<sup>23</sup> En cualquier caso, la Directiva de concesiones trajo consigo una reducción de la conflictividad vinculada a la calificación del contrato, toda vez que las concesiones de servicio pasan a ser ya contratos armonizados y, por consiguiente, quedan sometidas al control de los tribunales administrativos especiales.

<sup>24</sup> Asimismo, en el considerando 11 precisa que «estos contratos pueden conllevar o no la transferencia de la propiedad a los poderes o entidades adjudicadores, pero estos obtienen siempre los beneficios derivados de las obras o servicios».

— Cuando el *poder adjudicador o la entidad adjudicadora* alivie al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos *ingresos mínimos* que sean *iguales o superiores* a las inversiones y a los costes que deba asumir en relación con la ejecución del contrato (cdo. 18).

— Cuando la *reglamentación específica del sector* elimine el riesgo estableciendo una *garantía* en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato (cdo. 19).

Por el contrario, no impide la consideración de concesión el hecho de que el riesgo esté limitado (cdo. 19)<sup>25</sup> o que la remuneración proceda exclusivamente del poder o entidad adjudicadora, lo que permite englobar bajo la técnica concesional las concesiones gratuitas o frías (que la Comisión calificaba como una modalidad de CPP diferente de la concesión): estas pueden considerarse concesiones si la recuperación de las inversiones y de los costes satisfechos por el operador, para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios, depende de la *demanda* o del *suministro* efectivos de esos bienes o servicios (cdo. 18, *in fine*).

El siguiente paso era intentar aclarar el concepto de «riesgo operacional»; lo que a la vista de los resultados no parece haberse conseguido plenamente (al menos, en nuestro país, donde la doctrina ha seguido discutiendo si puede haber concesiones sin riesgo de demanda). La causa de esta polémica radica en la interpretación de los términos *riesgo de demanda-riesgo de oferta* (o suministro) como subconceptos del «riesgo operacional»; y, en particular, en el cambio de terminología que opera la Directiva con respecto a la Propuesta de Directiva de 2011, donde se hablaba —de forma más precisa— de riesgo de demanda y de riesgo de disponibilidad<sup>26</sup>. Lo cierto es que si se analizan con detalle tanto la Directiva como la normativa que regula el tratamiento económico-contable de las concesiones se puede constatar que esta polémica resulta un tanto artificiosa, como veremos a continuación.

De acuerdo con la Directiva de concesiones, lo verdaderamente relevante es que el concesionario asuma el riesgo económico derivado de la operación (con independencia de la naturaleza de la prestación y de los destinatarios de la misma), quedando expuesto a una *hipotética pérdida de la inversión*<sup>27</sup>. A partir de esta premisa, establece una serie de caracteres para definir el *riesgo operacional*:

<sup>25</sup> Señala la Directiva que «lo mismo ocurre, por ejemplo, en sectores con tarifas reglamentadas, o cuando se limita el riesgo operacional mediante regímenes contractuales que prevén una compensación parcial, incluida la compensación en caso de adelantarse la caducidad de la concesión por motivos atribuibles al poder o entidad adjudicador, o por causas de fuerza mayor».

<sup>26</sup> Precisaba el art. 2.2 de la Propuesta de Directiva que «el riesgo económico puede ser de los tipos siguientes: a) riesgo relacionado con la utilización de las obras o la demanda de prestación del servicio, y b) riesgo relacionado con la disponibilidad de las infraestructuras proporcionadas por el concesionario o utilizadas para la prestación de servicios a los usuarios» (COM/2011/0897 final).

<sup>27</sup> Se trata de un *riesgo de pérdida* o de «déficit de explotación» meramente hipotético, en la medida que, como dispone la propia Directiva la duración de las concesiones debe calcularse de modo que permita al concesionario recuperar «las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto a un rendimiento

1.º La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una *exposición real a las incertidumbres del mercado*, aunque no es necesario que exista un nivel elevado de riesgo, sino que basta con que cualquier pérdida potencial estimada en que pueda incurrir el concesionario *no sea meramente nominal o desdeñable* [art. 5.1.b)]<sup>28</sup>. De esta forma, se entiende que el concesionario asume el riesgo operacional cuando no exista una garantía de compensación completa de los costes del operador<sup>29</sup>. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario (cdo. 20).

2.º El riesgo operacional debe derivarse de *factores que escapan al control de las partes*. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos del contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si se trata de un contrato público como de una concesión (cdo. 20).

3.º Existirá riesgo operacional cuando no esté garantizado que, *en condiciones normales de funcionamiento*, el concesionario 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; de lo que cabe derivar su compatibilidad con el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato en caso de mayor onerosidad sobrevenida por circunstancias que no se hubieran podido prever<sup>30</sup>.

4.º El riesgo operacional puede consistir en un riesgo de demanda, en un riesgo de suministro/oferta o en ambos. Debe entenderse por *«riesgo de demanda»* el que se debe a

---

sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos» (art. 18.2 DC).

<sup>28</sup> En la Propuesta de Directiva de la Comisión, de 20 de diciembre de 2011, se establecía la necesidad de que el riesgo operacional fuera «sustancial»; requisito que se suprimió durante el debate parlamentario, sustituyéndolo por la exigencia de que la pérdida económica no sea meramente nominal o desdeñable.

<sup>29</sup> En los debates previos a la DC, algunos parlamentarios expresaron la dificultad de compatibilizar la transferencia del riesgo operacional con la prestación de servicios públicos. Así lo hizo la parlamentaria alemana Heide Rühle, quien afirmaría que «para servicios vitales como el abastecimiento de agua, por ejemplo, el sector público siempre tiene que garantizar la prestación de estos servicios». Las mismas dudas expresó también, Thomas Händel, ponente de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo, afirmando que «el criterio para la transferencia del riesgo es inadecuado. Si un concesionario de suministro de agua se volviera insolvente, el Estado tendría que garantizar el suministro de agua. El riesgo nunca se transferiría totalmente al concesionario» (estas opiniones se pueden consultar en EUROPEAN PARLIAMENT, *The Award of Concession Contracts Brussels*, Workshop, Directorate General for Internal Policies, 10 de mayo de 2012, p. 208). Aunque esta crítica se podía hacer extensiva a otros servicios públicos, el debate se resolvió, de una parte, reduciendo el nivel de riesgo exigible y, de otra, excluyendo el sector del agua de la Directiva de concesiones.

<sup>30</sup> Conviene recordar que el Consejo de la UE descartó incluir en la DC el principio de equilibrio económico porque consideró que queda garantizado a través de las normas de modificación del contrato (Propuesta de Directiva, orientación general de 26 de noviembre de 2012, punto núm. 10). Es así que el art. 43.1, apartado c), de la DC permite modificar el contrato hasta el 50 por 100 del valor de la concesión original, sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de licitación, cuando «la necesidad de modificación se derive de circunstancias que un poder o entidad adjudicador diligente no podía prever».

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.

Es en relación con este último aspecto donde surge la problemática, al plantearse si el «riesgo de oferta/suministro» equivale al riesgo de disponibilidad, lo que significa que pueden haber concesiones sin riesgo de demanda, esto es, que se sustenten en el pago por disponibilidad al concesionario (y no por el uso o frecuentación de la obra). En esta dialéctica, un sector de opinión considera que la concesión exige siempre la concurrencia del riesgo de demanda (en la línea que han venido manteniendo los tribunales administrativos de contratación), en la medida que el riesgo de disponibilidad es un riesgo común a todos los contratos<sup>31</sup>. Por el contrario, son mayoría los que —desde una posición menos apriorística— entienden que la Directiva admite tanto las concesiones con riesgo de demanda como con riesgo de disponibilidad, flexibilizando de esta manera la jurisprudencia del TJUE: ambos se refieren a la *fase de explotación*, por lo que no cabe confundirlo con el riesgo de construcción<sup>32</sup>.

Lo cierto es que esta cuestión ya fue objeto de discusión durante la tramitación de la Directiva<sup>33</sup>. Las enmiendas 13 y 65 del Parlamento europeo proponían modificar la Propuesta de Directiva de la Comisión de 20 de diciembre 2011 por considerar que la definición y el significado del «riesgo de disponibilidad», que figuraba en los considerandos y en el apartado 2 del art. 2, no resultaban muy claros<sup>34</sup>. En su lugar, se introduce la

<sup>31</sup> En este sentido se había expresado, en relación con la Proposición de Directiva, F. GOISIS, «Concessioni di costruzione e gestione di lavori e concessioni di servizi», *IUS Publicum*, junio de 2011, pp. 2-9.

<sup>32</sup> Esto no significa que se excluya el *riesgo de construcción*, lo que sucede es que el riesgo operacional opera en la fase de explotación (o fase de operación) de la obra o servicio, lo que le diferencia del riesgo que existe en el resto de contratos.

<sup>33</sup> Según la Propuesta de Directiva, el riesgo operacional podía ser: *a*) riesgo relacionado con la utilización de las obras o la demanda de prestación del servicio, y *b*) riesgo relacionado con la disponibilidad de las infraestructuras proporcionadas por el concesionario o utilizadas para la prestación de servicios a los usuarios. Por el contrario, no se consideraban riesgo operacional: el *riesgo financiero* (relacionado con el aumento de los costos del capital prestado), los *riesgos regulatorios* (en relación a los cambios en el entorno regulatorio), los *riesgos de construcción* (comunes a los contratos de obras públicas) y los *riesgos de gestión* (mala gestión o errores de juicio por parte del operador económico). *Vid.* COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concessions contracts. Non-paper from the Commission services*, Brussels, 17 de febrero de 2012, 6626/12, p. 9.

<sup>34</sup> El texto de la enmienda núm. 13 era el siguiente: «Un riesgo operacional debería derivarse de factores que estén fuera del control de las partes y, por tanto, no puede deberse a defectos en la ejecución del contrato por ninguna de sus partes. Se define 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. El riesgo operacional puede incluir, entre otros, 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 o el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los costes de explotación de los servicios». Paralelamente, la enmienda 65 proponía modificar también el art. 2 de la Propuesta de Directiva, para incorporar los conceptos de riesgo de demanda y riesgo de oferta (*vid.* Proyecto de Resolución Legislativa del Parlamento Europeo de 1 de febrero de 2013). Ambos tipos de riesgos se recogían ya en la Propuesta de Compromiso de la Presidencia del Consejo de Europa de 30 de noviembre de 2012.

fórmula que finalmente recogería la Directiva: «El riesgo operacional puede consistir en un *riesgo de demanda* o en un *riesgo de suministro*, o bien en un *riesgo de demanda y suministro*» («*demand o supply risk*», en la versión inglesa). Según se explica en la justificación de la enmienda, el texto propuesto trata de vincular el riesgo operacional con las decisiones del concesionario relativas a sus inversiones para la ejecución de la concesión<sup>35</sup>.

Sin embargo, se mantiene el párrafo de la Propuesta de Directiva que aclara que «algunos acuerdos que estipulan un *pago íntegro por parte del poder adjudicador o la entidad adjudicadora* pueden denominarse *concesiones* si la recuperación de las inversiones o costes en que hubiera incurrido el operador por la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la *demanda* o de la *disponibilidad* de esos bienes o servicios» (cdo. 7, *in fine*). Precisión, que tiene como finalidad dar cabida a las *concesiones gratuitas o frías*; y que se incorpora en el considerando 18 de la Directiva, sustituyendo únicamente el término «disponibilidad» por «suministro» (no sucede así en su traducción al inglés, que en todo momento utiliza los términos *demand or supply*).

Parece evidente, pues, que la Comisión y el Parlamento europeo utilizan el concepto de riesgo de suministro como sinónimo de riesgo de disponibilidad, lo que lleva a afirmar a RICCHI que el motivo de este cambio no es otro que el empleo de una terminología más propia de la literatura económica, donde se habla de riesgo de demanda y de oferta<sup>36</sup>. Señala este autor (coincidiendo con la doctrina italiana mayoritaria) que el «riesgo operativo del lado de la oferta» (que es la expresión que utiliza la versión italiana de la Directiva) se encuentra vinculado a las concesiones de obras o servicios fríos, estando asociado al riesgo de disponibilidad (que se refiere al modo concreto en el que la concesión se ejecuta)<sup>37</sup>.

De acuerdo con esta interpretación, cabe sostener que, junto al *riesgo de construcción* (propio de la fase de construcción o de establecimiento del servicio), la transferencia del

---

<sup>35</sup> La Comisión también utiliza la expresión «*risks on the supplier side*» (riesgos del lado del proveedor), que junto con los «*demand risks*» integran los «*market risks*» (EUROPEAN COMMISSION, *Risk management in the procurement of innovation*, Luxembourg, 2010, pp. 45-47).

<sup>36</sup> M. RICCHI, «La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice di contratti pubblici», *Urbanistica e appalti*, núm. 7, 2014, pp. 746-750.

<sup>37</sup> La transferencia del *riesgo de oferta* exige un sistema de penalización, de aplicación automática, en caso de incumplimientos de los estándares de cantidad, seguridad y calidad que respondan a factores externos al concesionario, de modo que no se garantice la recuperación de la totalidad de las inversiones y de los costes de explotación que el concesionario tenga que soportar. De esta forma, se supera la anterior (y difusa) interpretación que entendía que la figura concesional no podía ser compatible con la prestación de servicios públicos, ni con la remuneración del concesionario por parte del poder o entidad adjudicadora. En este sentido se pronuncian: C. CONTESSA, «La concessioni nella nuova Direttiva europea», en CONTESSA y CROCCO, *Appalti e concessioni. Le nuove Directive Europee*, Dei, 2015, p. 170; A. LUPO, «La concessione di servizi», en F. SAITTA (dir.), *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Cap. XIII, 2016, nota 1324; V. FERRARO, «La concessione e il Diritto europeo: il complesso equilibrio tra la tutela della concorrenza e la "specialità" del regimen dei contratti della pubblica amministrazione», *Rivista Italiana de Diritto Pubblico Comunitario*, núm. 1, 2016, pp. 274-276; y, más recientemente, F. FRACCHIA, «Concessions and public contracts. The italian case», *Munus, Rivista Giuridica dei servizi pubblici*, núm. 3, 2018, pp. 1125-1134.

riesgo operacional puede comportar la asignación al concesionario del *riesgo de demanda* (propio de las concesiones calientes) o del *riesgo de suministro/oferta/disponibilidad* (más propio de las concesiones gratuitas o frías) o de ambos tipos de riesgos (propio de las denominadas concesiones tibias)<sup>38</sup>.

De esta forma, podemos afirmar que la Directiva devuelve a la concesión lo que la jurisprudencia del TJUE se había llevado al contrato público de obras y de servicios. Se trata, además, de una lectura que está en consonancia con el tratamiento contable y presupuestario de las concesiones de obras y servicios, como se explicará a continuación.

### III. EL RIESGO DE DEMANDA Y DE SUMINISTRO/OFERTA EN LA NORMATIVA CONTABLE Y PRESUPUESTARIA APLICABLE A LAS CONCESIONES

#### 1. Los riesgos del concesionario según la CINIIF 12: transferencia del riesgo de disponibilidad, del riesgo de demanda o de ambos

En el año 2006, el Comité de Interpretaciones de las Normas Internacionales de Información financiera (CINIIF) publicó la *Interpretación núm. 12*, titulada «Acuerdos de concesión de servicios» (conocida como CINIIF 12), que establece los criterios para contabilizar la infraestructura objeto de las concesiones en las cuentas de los concesionarios<sup>39</sup>.

De acuerdo con la CINIIF 12, el concesionario actúa en calidad de proveedor de servicios. Su misión puede consistir en construir o mejorar la infraestructura destinada a la prestación de un servicio público (*servicios de construcción o mejora*); en explotar y mantener esa infraestructura durante un periodo de tiempo estipulado (*servicios de explotación*); o en ambas prestaciones (*servicios de construcción o mejora y servicios de explotación*)<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> A diferencia del riesgo de construcción, el *riesgo de disponibilidad* vincula al concesionario durante toda la vida de la concesión, eliminando el efecto pernicioso que puede tener el hecho de que la rentabilidad del contrato se alcance con la construcción de la obra, lo que puede tener un efecto desincentivador del cumplimiento de las obligaciones propias de la explotación, como bien sostiene C. MELÓN PARDO, «Atribución y reparto de riesgos en el seno de la colaboración público-privada para la ejecución de infraestructuras inmobiliarias», *Actum Inmobiliario & Urbanismo*, núm. 15, 2011, p. 17, disponible en <https://blog.efl.es/articulo-doctrinal/atribucion-y-reparto-de-riesgos-en-el-seno-de-la-colaboracion-publico-privada-para-la-ejecucion-de-infraestructuras-inmobiliarias/>.

<sup>39</sup> Estos criterios de interpretación han sido adoptados por la Unión Europea en el Reglamento (CE) núm. 1126/2008, modificado por Reglamento (CE) núm. 254/2009, que inserta la CINIIF 12.

<sup>40</sup> Los ingresos ordinarios y los costes relacionados con los servicios de construcción o mejora se contabilizarán de acuerdo con las NIC 11; y los de los servicios de explotación con arreglo a la NIC 18. Si el concesionario presta más de un servicio (esto es, servicios de construcción o mejora y servicios de explotación) al amparo de un único contrato, la contraprestación recibida o por recibir se imputará por referencia a los valores

La naturaleza de la contraprestación determina su posterior tratamiento contable. Al respecto, la CINIIF establece dos formas de reconocer la infraestructura, en función del *riesgo de incertidumbre* que pese sobre los futuros ingresos del concesionario, diferenciando entre: *activo financiero*, si el riesgo de demanda lo asume el concedente; y *activo intangible*, si lo asume el concesionario<sup>41</sup>. En este sentido, se establece que la contraprestación recibida —o por recibir— por el concesionario podrá consistir en derechos, bien sobre un activo financiero, bien sobre un activo intangible, o en ambos componentes:

1.º El concesionario reconocerá un *activo financiero* en la medida en que tenga un derecho contractual incondicional a percibir del concedente (o por orden del mismo) efectivo u otro activo financiero por los servicios de construcción (en este caso, los flujos de efectivo están garantizados por el concedente). Este derecho incondicional existe si *el concedente se compromete por contrato a pagar al concesionario*:

- a) ciertos importes estipulados o determinables, o
- b) la diferencia, en su caso, entre los importes percibidos de los usuarios del servicio público y ciertos importes estipulados o determinables, aun cuando el pago esté supeditado a que se garantice que la infraestructura satisface una serie de requisitos de *calidad y eficiencia* (asumiendo el concesionario el riesgo de disponibilidad).

2.º Por su parte, el concesionario reconocerá un *activo intangible* en la medida en que se le confiera un derecho a cobrar a los usuarios del servicio público, que no se encuentre respaldado por ninguna garantía de déficit por parte del concedente. El *derecho de cobro a los usuarios* no constituye un derecho incondicional a percibir efectivo, dado que los importes dependen de la medida en la que el público utilice el servicio (los flujos de efectivo del concesionario están condicionados por el uso, asumiendo el riesgo de demanda).

Por consiguiente, frente al criterio de la Comisión Europea (que exige en todo caso el riesgo de demanda), las Normas Internacionales de Contabilidad parten de un *concepto amplio de concesión*, en el que tiene cabida también las concesiones gratuitas o frías. En consecuencia, la contraprestación del concesionario puede depender, bien de los pagos efectuados por el concedente, con arreglo a criterios de rendimiento, calidad y eficiencia (*concesiones frías*, con *riesgo de operación o de disponibilidad*), bien de las tarifas abonadas por los usuarios (*concesiones calientes*, con *riesgo de demanda*), o bien de ambos (*concesiones tibias*, en las que el concedente garantiza al operador un importe mínimo, que complementa los pagos de los usuarios).

En España, estos criterios se encuentran recogidos en la Orden EHA/3362/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas concesionarias de infraestructuras públicas. Como establece su artículo segundo, estas normas se aplican a todas las empresas concesionarias que

---

razonables relativos de los servicios prestados, cuando resulte posible identificar los correspondientes importes por separado.

<sup>41</sup> DELOITTE, *IFRIC 12 Service concession arrangements. A pocket practical guide*, febrero de 2011.

formalicen «acuerdos de concesión» que tengan por objeto la construcción, incluida la mejora, y explotación, o solamente la explotación, de infraestructuras que están destinadas a la prestación de servicios públicos de naturaleza económica<sup>42</sup>. En su introducción se precisa que «el hecho de que la empresa soporte un *riesgo de operación o disponibilidad* en la prestación del servicio, es decir, el riesgo de que la empresa concesionaria preste un servicio de calidad inferior o un servicio menos eficiente a lo pactado en el citado acuerdo, y pueda verse por ello sometida a algún tipo de penalización, no condiciona el registro del *activo financiero* sin perjuicio de que la empresa deba contabilizar un gasto como consecuencia de la citada penalización» (apdo. III.6).

En definitiva, las normas contables admiten las concesiones abonadas por la Administración, sometidas a riesgo de disponibilidad (también denominado «de operación»), entendiendo como tal el asociado al cumplimiento de exigencias de calidad o eficiencia racional del servicio prestado durante toda la vida del contrato.

## 2. La vinculación del riesgo de oferta con los riesgos de construcción y de disponibilidad en la OCDE

Con la finalidad de clarificar el tratamiento presupuestario y contable de la asociación público-privada, la División de Presupuestos y Gasto Público de la Dirección de Gobernanza Pública y Dirección Territorial de la OCDE elaboró, en 2008, el documento denominado *Public-Private Partnerships: in pursuit of risk sharing and value for money*<sup>43</sup>. Este documento diferencia entre el *contrato de colaboración público-privada* (CCPP) y la *concesión* (coincidiendo con las tesis de la Comisión Europea), y define los tipos de riesgos asumidos por el socio privado, lo que aporta nuevos datos para entender el significado del riesgo operacional.

En primer lugar, aun reconociendo que comparten un tronco común, la OCDE sostiene un *concepto estricto de concesión*, que se separa del *contrato de colaboración público-privada* (CCPP), fundamentalmente, por el origen de la remuneración (ello, a su vez, conlleva asumir un diferente nivel de riesgo):

— En el *CCPP* la remuneración del colaborador privado puede consistir en pagos periódicos del Estado, en tarifas abonadas por los usuarios o en ambos, siendo así que, si el Estado asume también la remuneración del contrato, los pagos pueden estar subordinados al cumplimiento de las condiciones de calidad y cantidad (aceptándose el pago por disponibilidad por los servicios prestados durante la vida útil del proyecto).

---

<sup>42</sup> Según se explica en la Introducción, no se hace referencia expresa a las categorías de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 «con el objetivo de mantener la norma en un marco estrictamente contable, libre por tanto del sesgo que la calificación jurídica pudiera en determinados casos suponer» (apdo. II.3).

<sup>43</sup> También existe una versión francesa, bajo el título *Les partenariats public-privé: partager les risques et optimiser les ressources*. Con posterioridad, se publicaría la *Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships*, mayo de 2012.

— Por su parte, el *concesionario* se retribuye a través de los derechos recaudados a los usuarios (lo que le lleva a asumir una parte sustancial del riesgo de explotación).

Por tanto, en este esquema no tienen cabida las concesiones frías o gratuitas, que serían una modalidad de CCPP.

Y, en segundo lugar, define el *riesgo* como la probabilidad de que el resultado efectivo de la gestión (ingresos, gastos y beneficios) difiera del resultado previsto. Este puede consistir, bien en un «riesgo jurídico y político» (que debe recaer sobre el Estado), o bien en un «riesgo comercial» que, a su vez, se subdivide en dos categorías:

a) El *riesgo de oferta*, que debe ser asumido por el socio privado, del que forma parte tanto el *riesgo de construcción* como el *riesgo de explotación* vinculado a la oferta, que incluye el riesgo de disponibilidad, el riesgo tecnológico, el riesgo financiero y el riesgo asociado al valor residual (después de amortización).

b) El *riesgo de demanda*, que se refiere al riesgo relativo a las posibilidades comerciales de la operación y que depende principalmente de las preferencias de los consumidores, de la competencia, de la existencia de productos de sustitución, etc. Este riesgo también corresponde al colaborador privado, si bien el Estado puede atenuar el mismo, garantizando un mínimo de ingresos con el fin de hacer atractiva la operación.

En suma, el documento viene a confirmar tres ideas principales: en primer lugar, que los *pagos por disponibilidad* están asociados a la remuneración del contrato por parte de la Administración (esto es, con la prestación de servicios gratuitos para los ciudadanos); en segundo lugar, que el *riesgo de disponibilidad* forma parte del riesgo de oferta; y, en tercer lugar, que el *riesgo de demanda* puede ser un riesgo compartido entre la Administración y el socio privado.

### 3. La tradicional distinción entre riesgo de construcción, riesgo de disponibilidad y riesgo de demanda en el Reglamento SEC

Cuando todavía la Directiva de concesiones se encontraba en proceso de discusión, la Oficina Estadística de la Comisión Europea (EUROSTAT) aprobó un nuevo *Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales*, denominado SEC 2010<sup>44</sup>. Esta norma establece los criterios para determinar si los activos de la colaboración público-privado deben considerarse activos públicos (registrándose en el balance de las administraciones públicas) o activos privados (diluyendo el impacto en las cuentas públicas durante toda la vida del contrato), lo que va a depender de la transferencia del riesgo al operador económico<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> Reglamento (UE) núm. 549/2013, de 21 de mayo, que denominaremos Reglamento SEC 2010. Esta norma sustituye al SEC 95, que había sido aprobado por Reglamento (CE) núm. 2223/96 y en cuyo desarrollo se adoptó la *Decisión 18/2004, de 11 de febrero*, relativa al tratamiento contable en las cuentas nacionales de los contratos firmados por entidades públicas en el marco de operaciones de colaboración con entidades privadas.

<sup>45</sup> En el pasado existía la preocupación de que los gobiernos de los Estados miembros pudieran utilizar la colaboración público-privada como forma de ocultar sus gastos y sus nuevos pasivos en los balances públicos,

Al igual que hiciera la OCDE, el Reglamento SEC 2010 diferencia los *contratos de CPP* de las *concesiones* atendiendo, principalmente, al modo de retribución del operador privado: por la Administración contratante, en los primeros; y por los usuarios finales del servicio, en las segundas:

— En el caso de los *CCPP*, la mayoría de los ingresos del contratista depende de los pagos realizados por la Administración contratante, independientemente de si la demanda proviene directamente de la Administración o de los usuarios. Ello se debe a que, por lo general, tienen por objeto servicios que no están sometidos a actividades comerciales, como hospitales, colegios, prisiones, etc. (servicios públicos, en definitiva).

— Por su parte, la *concesión* tiene por objeto infraestructuras susceptibles de explotación comercial, de ahí que la remuneración del operador privado dependa «predominantemente» de las tarifas abonadas por los usuarios finales del servicio (la Administración solo puede pagar una parte menor de los ingresos; lo que excluye las concesiones gratuitas)<sup>46</sup>.

A su vez, el tratamiento contable de los *CCPP* y de las *concesiones* dependerá de cómo opere la transferencia del riesgo en ambos tipos de contratos, pudiendo contabilizarse en el balance del socio público o del socio privado:

— Los activos del *CCPP* solo pueden considerarse activos privados si existe una fuerte evidencia de que el socio privado soporta el *riesgo de construcción* y, además, el *riesgo de disponibilidad*, el *riesgo de demanda* o *ambos* (fórmula que se asemeja a la recogida en la Directiva de concesiones).

— Por su parte, los activos de las *concesiones* se registrarán en el balance del socio privado cuando el concesionario asume el «*riesgo comercial*», lo que dependerá tanto de factores externos (demanda de los usuarios finales, su disposición a pagar, etc.) como de su propia gestión y del mantenimiento de los activos; mientras que, de contrario, se contabilizarán en el balance de la Administración cuando esta financie la mayoría de los costos de construcción o garantice al concesionario un nivel mínimo de ingresos o de rentabilidad.

El Reglamento SEC no se detiene aquí, sino que también define los distintos tipos de riesgos a tomar en consideración, así como los criterios para que se pueda entender que existe transferencia del riesgo:

---

acumulando costes para el futuro y contraviniendo las normas del Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Para corregir esta situación, EUROSTAT ha elaborado unas reglas para la contabilidad estadística de la colaboración público-privada, que se basan en la distribución de los principales riesgos del proyecto entre la Administración y el operador privado. Para ayudar a su comprensión, el EUROSTAT elaboró los siguientes documentos: *Manual on Government Deficit ad Debt. Implementation of ESA 2010*, última edición de 2016; y *A Guide to the statistical treatment of PPPS*, 2016.

<sup>46</sup> El Eurostat parece estar pensando en las *concesiones de obras*, que hasta la aprobación de la Directiva de concesiones eran las únicas que estaban reguladas por el Derecho derivado. De hecho, el Reglamento SEC 2010 diferencia las «asociaciones público-privadas» de los «contratos de concesión de servicios» (apdo. 15.42). En relación con estas últimas, se afirma que «los contratos de concesión de servicios no deben registrarse como activos cuando no sean transferibles o no pueda realizarse ningún valor mediante su transferencia».

a) *Riesgo de construcción*, que incluye los sobrecostes, 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. Podría evidenciar que la Administración asume la mayor parte de los riesgos constructivos, si tiene la obligación de realizar pagos regulares al socio, sin tener en cuenta la realización de los activos y su estado real.

b) *Riesgo de disponibilidad*, que incluye la posibilidad de costes adicionales, como los de mantenimiento y financiación, y las penalizaciones soportadas porque el volumen o la calidad de los servicios no cumple las normas especificadas en el contrato. Para que se considere transferido este riesgo, los pagos de la Administración deben depender del *nivel efectivo de disponibilidad suministrada* por el socio durante un periodo de tiempo normalmente largo (cantidad, seguridad y calidad).

c) *Riesgo de demanda*, que incluye la posibilidad de que la demanda de los servicios sea mayor o menor de la esperada, cuando no sea imputable a la gestión del socio privado ni resulte de una inadecuada o baja calidad de los servicios prestado. Dependerá de otros factores, como el ciclo de los negocios, las nuevas tendencias de mercado, la competencia directa, el cambio en las preferencias de los usuarios finales o la obsolescencia tecnológica. Se entenderá que la Administración asume el riesgo de demanda cuando está contractualmente obligada a garantizar un determinado nivel de retribuciones al socio privado, independientemente del *nivel efectivo de la demanda* expresado por el usuario final, haciendo irrelevante las fluctuaciones en el nivel de demanda sobre la rentabilidad del contrato<sup>47</sup>.

Al margen de otras consideraciones, cabe destacar que el Reglamento SEC utiliza la fórmula «riesgo de disponibilidad/riesgo de demanda» para referirse a lo que la OCDE identificaba como «riesgo de oferta/riesgo de demanda», conectándolo con los pagos periódicos efectuados por la Administración al socio privado en función del nivel de disponibilidad suministrado (de acuerdo con parámetros de cantidad, seguridad y calidad) durante toda la vida del contrato.

#### 4. Consideraciones generales

La lectura conjunta de los diferentes documentos contables analizados, permite formular las siguientes conclusiones:

Primero. La identificación de las concesiones con el riesgo de demanda tiene sentido en aquellos sistemas que diferencian el contrato de concesión del contrato de colaboración público privada atendiendo al origen principal de la retribución: abonada

---

<sup>47</sup> Juntos a estos, también hay otros riesgos que deben tenerse en consideración, como son: 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; y 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 [Reglamento (UE) núm. 549/2013, de 21 de mayo, apdo. 20.283].

por los usuarios (en las concesiones); pagos periódicos realizados por la Administración contratante (en los CCPP). En este modelo no caben las concesiones gratuitas o frías, que constituyen una modalidad del contrato del CCPP<sup>48</sup>.

Segundo. En los sistemas que utilizan un concepto amplio de concesión (inclusivas de las concesiones calientes, tibias y frías), como ha sido tradicional en España y recoge ahora la Directiva de concesiones, la contraprestación del concesionario puede depender, bien de los pagos efectuados por el concedente, con arreglo a criterios de rendimiento, calidad y eficiencia (*riesgo de operación o de disponibilidad*), bien de las tarifas abonadas por los usuarios (*riesgo de demanda*), o bien de ambos (cuando el concedente garantiza al operador un importe mínimo, que complementa los pagos de los usuarios).

Tercero. El *riesgo de demanda* es compatible con la retribución de la concesión por parte de la Administración (pago por uso o frecuentación), que puede limitar el riesgo asumido por el concesionario con el fin de facilitar el acceso a la financiación o de aminsonar el pago por los usuarios (precios sociales).

Cuarto. El *riesgo de disponibilidad* forma parte del *riesgo de oferta* y está conectado con la remuneración del contrato por parte de la Administración, mediante un sistema de pagos periódicos que conlleve penalizaciones automáticas que permitan rebajar los pagos en caso de incumplimiento por el concesionario de los estándares de volumen o calidad de la prestación a lo largo de toda la vida del contrato; de forma tal que no tenga garantizada la recuperación de las inversiones y los costes (existiendo una posibilidad de pérdida potencial).

En consecuencia, incorporadas las concesiones gratuitas o frías a la Directiva de concesiones (y no existiendo el CCPP), todo parece confirmar que el *riesgo operacional* comprende no solo el *riesgo de demanda*, sino también el *riesgo de disponibilidad* (que en la DC recibe la denominación de *riesgo de oferta o de suministro*).

## IV. LA REGULACIÓN DEL RIESGO OPERACIONAL EN LA LCSP DE 2017

### 1. Consecuencias de la transposición de las Directivas en la tipificación de los contratos

Como ya es conocido, la transposición de las Directivas núms. 23 y 24 de 2014 al ordenamiento jurídico español trae consigo importantes cambios en la tipificación de

---

<sup>48</sup> Así lo recoge el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* de 2004 (COM/2004/0327, de 30 de abril, p. 9), que diferencia entre el modelo de «concesión», que se caracteriza por el modo en que se remunera al contratista, que consiste en cánones abonados por los usuarios del servicio, que se completan, en su caso, con subvenciones concedidas por los poderes públicos; y el denominado modelo de «iniciativa de financiación privada», en el que la remuneración del socio privado adopta la forma de pagos periódicos realizados por el socio público, que pueden ser fijos o calcularse de manera variable, en función, por ejemplo, de la disponibilidad de la obra, de los servicios correspondientes o, incluso, de la frecuentación de la obra (este último, es el caso de los peajes «sombra» o virtuales).

las diferentes modalidades contractuales. Como se explica en el apartado IV de la exposición de motivos de la nueva LCSP, las principales novedades en este ámbito afectan tanto a las clases de contratos como a su delimitación: de una parte, se suprimen los *contratos de gestión de servicios públicos* y de *colaboración público-privada*; y, de otra parte, se introduce el *riesgo operacional* como criterio delimitador de las concesiones frente a los contratos públicos de obras y de servicios<sup>49</sup>.

La supresión del *contrato de gestión de servicios públicos* obliga a reconducir los distintos modos de gestión indirecta de los servicios públicos hacia el nuevo contrato de concesión de servicios o, en su defecto, hacia el contrato público de servicio, siguiendo el criterio del riesgo operacional<sup>50</sup>. Esta afirmación tiene una excepción en el caso de las empresas mixtas, en la medida que la DA 22 mantiene la posibilidad de que se adjudique directamente a una *sociedad de economía mixta* un contrato de concesión de obras o de servicios. Ocurre, sin embargo, que en realidad no estamos en presencia de una modalidad contractual, sino ante una fórmula organizativa (se trata de un supuesto de colaboración público-privada institucional)<sup>51</sup> constituida para la prestación indirecta de un servicio público, que se podrá articular a través de una concesión de servicios o de un contrato públicos de servicios, en tanto se adecúe a las características propias de cada uno<sup>52</sup>.

Lo mismo sucede con el extinto *contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*, que ha tenido una vida muy fugaz (su desaparición contrasta con la eu-

---

<sup>49</sup> El impacto de las nuevas Directivas no ha tenido el mismo alcance en otros Estados miembros con similar tradición jurídica. Así, por ejemplo, el *Derecho francés* mantiene la distinción entre los «*marchés de partenariat*» y los «*contrats de concession*», conservando —a su vez— la clásica figura de la «*délégation de service public*» (a la que califica de contrato de concesión) en el ámbito de los municipios, departamentos y regiones (Ordonnance núm. 2016-65, relativa a los contratos de concesión; y Ordonnance núm. 2018-1074, sobre código de la compra pública); y el *Derecho italiano* diferencia entre los «*contratti di concessione*» y el «*partenariato pubblico privato*», entre los que se insertan (como figuras diferentes), entre otros, la «*finanza di progetto*» y el «*contrato de disponibilità*» (Decreto Legislativo núm. 50/2016, por el que se aprueba el código de los contratos públicos).

<sup>50</sup> En este sentido se expresa la DA 34 de la LCSP, a cuyo tenor «las referencias existentes en la legislación vigente al contrato de gestión de servicios públicos se entenderán realizadas tras la entrada en vigor de la presente Ley al contrato de concesión de servicios, en la medida en que se adecuen a lo regulado para dicho contrato en la presente Ley». Por otro lado, la DA 19 dispone que los Concierdos para la prestación de asistencia sanitaria celebrados por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas tendrán la naturaleza de contratos de concesión de servicios.

<sup>51</sup> Vid. la *Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada* de 2008 (2008/C 91/02, DOCE de 12 de abril de 2008).

<sup>52</sup> Señala la jurisprudencia del TJUE que en la gestión indirecta de servicios mediante una sociedad de economía mixta hay que diferenciar dos fases: por un lado, la constitución de la sociedad y la selección del socio privado (que no se rige por las Directivas de contratación) y, por otro, la adjudicación a dicha sociedad del contrato para la prestación del servicio (que se somete a las Directivas de contratación). Por tanto, cuando la selección del socio privado se haya realizado de acuerdo con la normativa sobre contratación pública, la adjudicación posterior del contrato se puede hacer directamente (sin un nuevo proceso de licitación). Por todas, SSTJUE de 15 de octubre de 2009, *Acoset*, C-196/08 (EU:C:2009:628); y de 22 de diciembre de 2010, *Mehiläinen Oy*, C-215/09 (EU:C:2010:807). Ello explica la limitación contenida en la DA 22 de la LCSP.

foria que generó su regulación en la LCSP de 2007). Según la exposición de motivos de la nueva LCSP, la causa de su supresión ha sido «la escasa utilidad de esta figura en la práctica». En realidad, su incorporación tenía como finalidad ejecutar prestaciones que tradicionalmente se venían haciendo a través del contrato de concesión. La propia exposición de motivos reconoce que «su objeto se puede realizar a través de otras modalidades contractuales, como es, fundamentalmente, el contrato de concesión». No en vano, se trata de una figura que, a pesar de estar prevista en el *soft law*<sup>53</sup>, no contaba con regulación en el Derecho derivado (ni las Directivas de 2004, ni las de 2014 lo tipificaban como una modalidad contractual específica).

El *contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado* se diferenciaba del contrato de gestión de servicios públicos y, en particular, de la *concesión de servicios públicos*, principalmente, por el modo de remuneración del socio privado: mediante el pago por la Administración de un precio que se satisface durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento, en el primer caso (art. 11.4 del TRLCSP de 2011); y mediante una retribución fijada en función de la utilización de los servicios, que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración, en el segundo (art. 281.1 del TRLCSP 2011). En consecuencia, el *contrato de colaboración público-privada* (al igual que la concesión de obra pública) podía basarse tanto en el *riesgo de demanda* como en el *riesgo de disponibilidad* o en ambos<sup>54</sup>; mientras que el *contrato de gestión de servicios públicos* tan solo admitía el *riesgo de demanda*.

Este diferente régimen retributivo llevaría a la JCCA del Estado a calificar la *gestión indirecta del servicio de recogida y transporte de residuos* como un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, afirmando en su Informe núm. 22/09, de 25 de septiembre, que:

«En la actualidad es relativamente frecuente el supuesto en que la retribución del contratista se liga no tanto a los costes de la prestación sino a la disponibilidad de las instalaciones o del servicio objeto del contrato. Tales figuras contractuales pueden ser calificadas, en función de sus características, como *contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado*, pero no como concesiones administrativas»<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> En particular, la *Comunicación de la Comisión sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* de 2005 (COM/2005/569 final, de 15 de noviembre) y el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* de 2004, que diferencia entre la CPP puramente contractual (en particular, la concesión y la «*public-private finance*») y la CPP institucionalizada (la sociedad de economía mixta o «*join venture between the public and private sectors*»).

<sup>54</sup> Entre las estipulaciones obligatorias de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, debían incluirse necesariamente las referidas a las «condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los *riesgos de disponibilidad o de demanda* de dichas prestaciones» [art. 136.b) del TRLCSP de 2011].

<sup>55</sup> Precisa la JCCA del Estado que «no existe *concesión* cuando el mayor o menor volumen de los ingresos del empresario depende exclusivamente de que este, sea en cumplimiento de sus obligaciones o no, preste mejor

La LCSP de 2017 rompe este dualismo, simplificando las categorías contractuales. Por tanto, en teoría, la supresión del contrato de colaboración entre el sector público y privado debería permitir reconducir nuevamente este tipo de prestaciones hacia el contrato de concesión. Sin embargo, como veremos a continuación, el legislador no modifica la naturaleza del riesgo de la concesión de servicios, lo que va a dificultar esta labor.

## 2. La diferente configuración del riesgo operacional en la concesión de obras y de servicios

Los arts. 14 y 15 de la LCSP definen los contratos de concesión de obras y de servicios en los mismos términos que la Directiva de concesiones (haciendo recaer el elemento diferencial en la transferencia al concesionario del riesgo operacional, que puede abarcar el riesgo de demanda, el de suministro o ambos)<sup>56</sup>. Sin embargo, no sucede lo mismo cuando se regula su régimen económico financiero, en la medida que, de una parte, la *concesión de obras* se vincula con los riesgos de demanda y de disponibilidad, mientras que la *concesión de servicios* lo hace solo con el riesgo de demanda<sup>57</sup>.

---

o peor el servicio o, si se prefiere, se acomode o no a determinados estándares o indicadores de control de calidad en su prestación, sino cuando su *retribución depende de los rendimientos de su explotación*. Eso sí, *es indiferente que estos rendimientos provengan directamente de los usuarios de este o de la Administración concedente*. Esta ha sido también la posición mayoritaria de los tribunales administrativos especiales en materia de contratación pública, que —con contadas excepciones— vinculan el riesgo operacional con el riesgo de demanda, haciendo depender la retribución del concesionario del *uso o frecuentación de la obra o del servicio* por parte de los usuarios (a título de ejemplo, cabe mencionar las Resoluciones del TACRC núms. 58/2017 y 631/2917 dictadas en relación con la adjudicación del servicio de abastecimiento de agua potable, que llegan a resultados distintos: la primera la califica como contrato de servicios y la segunda como concesión de servicios). Un análisis más amplio de la doctrina de las juntas consultivas y de los tribunales administrativos especiales en F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La nueva concesión...*, *op. cit.*, pp. 267-292.

<sup>56</sup> Probablemente debido a su carácter controvertido, el *Proyecto de Ley de 2 de diciembre de 2016* omitía la definición de los conceptos de «riesgo de demanda» y «riesgo de suministro» recogida en la Directiva de concesiones, que finalmente se incorporó al art. 14.4 como consecuencia de la aceptación de la enmienda núm. 26 del GP Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea. Sin embargo, aquella redacción no era algo excepcional, pues tampoco se mencionan las clases de riesgos en la *Concession Contracts Regulations 2016*, por la que se transpone la Directiva de concesiones en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte (art. 3.4), ni en la *Ordonnance núm. 2016-65*, que regula el contrato de concesión en Francia (art. 5); por su parte, el *Código de Contratos Públicos italiano* vincula el riesgo operativo con el riesgo de construcción, el riesgo de disponibilidad y el riesgo de demanda (art. 3, zz).

<sup>57</sup> Como vimos al inicio del presente trabajo, la exposición de motivos no hace presagiar esta distinción entre la concesión de obras y la concesión de servicios. *Vid.* F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La nueva concesión...*, *op. cit.*, pp. 315-343; y X. LAZO VITORIA, «El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión», en GIMENO (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 517-544.

### 2.1. *La transferencia del riesgo de demanda y/o de disponibilidad en la concesión de obras*

En la *concesión de obras*<sup>58</sup>, el legislador nacional diferencia entre el *riesgo y ventura* (que es propio de todos los contratos) y el riesgo operacional (que es consustancial a las concesiones). En este sentido, el art. 254 proclama que «las obras se ejecutarán a *riesgo y ventura* del concesionario, quien, además, asumirá el *riesgo operacional* de la concesión». Tan solo se exceptiona de esta regla aquella parte de la obra que pudiera ser ejecutada por cuenta de la Administración, según lo previsto en el apartado 2 del art. 252, en cuyo caso registró el régimen general previsto para el contrato de obras.

Al mismo tiempo, por lo que se refiere al *régimen económico-financiero*, la LCSP de 2017 recoge la posibilidad de *financiación conjunta* del contrato, mediante aportaciones públicas tanto a la *construcción* de las obras objeto del contrato (arts. 265 y 266) como a su *explotación* (art. 268), limitando de este modo el alcance del riesgo operacional asumido por el concesionario. Para ello será necesario que concurra alguna de las causas previstas en la Ley: las primeras deberán responder a razones de rentabilidad económica o social, o por concurrir singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de las obras<sup>59</sup>; mientras que las segundas tendrán como fin garantizar la *viabilidad económica de la explotación* de las obras (que es independiente del deber de mantenimiento del equilibrio económico de la concesión)<sup>60</sup>. En todo caso, el sistema de ayuda pública deberá estar previsto en los pliegos de condiciones y, asimismo, respetar la transferencia efectiva del *riesgo operacional*, como prescriben los arts. 252.3 y 265.2 (por lo que no podrá excluir totalmente el riesgo del contrato)<sup>61</sup>.

En cuanto al *sistema de retribución*, el art. 267 consagra el derecho del concesionario a percibir una retribución por la *utilización de las obras* (en la forma prevista en el pliego

<sup>58</sup> Un análisis general en J. J. LAVILLA RUBIRA, «Régimen jurídico de la concesión de obras», en GIMENO (dir.), *Estudio...*, op. cit., pp. 1415-1446; J. JIMÉNEZ LÓPEZ, «El contrato de concesión de obras», en GAMERO y GALLEGO (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2506-2572; y J. MARTÍNEZ CALVO, «El contrato de concesión de obra pública: novedades de su régimen jurídico», *RAP*, núm. 206, 2018, pp. 319-356.

<sup>59</sup> La *financiación de las obras* podrá correr a cargo de la propia Administración concedente, de una Administración distinta o de organismos internacionales (art. 265.3) y se podrá llevar a cabo durante la fase de ejecución o una vez concluidas las obras objeto de la concesión (arts. 252 y 266.1).

<sup>60</sup> Las *aportaciones públicas a la explotación* podrán consistir en: a) subvenciones, anticipos reintegrables, préstamos participativos, subordinados o de otra naturaleza, para ser aportados desde el inicio de la explotación de las obras o en el transcurso de las mismas, o b) ayudas, incluyendo todo tipo de garantías, en los casos excepcionales en que, por razones de interés público, resulte aconsejable la promoción de la utilización de las obras antes de que su explotación alcance el umbral mínimo de rentabilidad. Dichas aportaciones, que deberán estar previstas en el pliego, no se podrán incrementar con posterioridad a la adjudicación del contrato, sin perjuicio del reequilibrio previsto en el art. 270.

<sup>61</sup> En coherencia, el art. 250.1, letra m) precisa que los pliegos de cláusulas administrativas particulares «deberán hacer referencia a la distribución entre la Administración y el concesionario de los riesgos relevantes en función de las características del contrato, si bien en todo caso el riesgo operacional le corresponderá al contratista».

de cláusulas administrativas particulares) que revestirá la denominación de *tarifa* y tendrá naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario. De acuerdo con el modelo tradicional, el legislador estatal reconoce que la retribución del concesionario podrá ser abonada directamente por los usuarios o por la propia Administración concedente, lo que —a su vez— da lugar de un régimen jurídico diferenciado<sup>62</sup>:

a) Las tarifas que *abonen los usuarios* por la utilización de las obras, que serán fijadas por el órgano de contratación en el acuerdo de adjudicación, tendrán el carácter de máximas, de modo que los concesionarios podrán aplicar tarifas inferiores cuando así lo estimen conveniente (lo que, obviamente, dependerá de las aportaciones públicas que reciba).

b) Por su parte, la retribución por la utilización —o, mejor, explotación— de la obra podrá ser *abonada por la Administración* teniendo en cuenta el *grado de disponibilidad* ofrecido por el concesionario y/o su *utilización por los usuarios*, en los términos que establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares (en consonancia con lo previsto en la DC)<sup>63</sup>. Pues bien, como indicamos al analizar el concepto de riesgo operacional, se precisa que:

«En caso de que la retribución se efectuase mediante *pagos por disponibilidad* deberá preverse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la inclusión de *índices de corrección automáticos* por nivel de disponibilidad independientes de las posibles penalidades en que pueda incurrir el concesionario en la prestación del servicio»<sup>64</sup>.

Por consiguiente, nada impide adjudicar una concesión de obras que sea financiada parcialmente con aportaciones públicas y retribuida íntegramente por la Administración concedente con arreglo al sistema de pagos por disponibilidad, siempre y cuando se prevea un sistema de minoración del pago que permita una traslación efectiva del riesgo operacional que no sea meramente nominal o desdénfiable (como dispone la DC).

---

<sup>62</sup> El concesionario podrá retribuirse igualmente con los ingresos procedentes de la explotación de la zona comercial directamente vinculada a la concesión. Dada la diversidad de fuentes de financiación, viene obligado a separar contablemente los ingresos provenientes de las aportaciones públicas y aquellos otros procedentes de las tarifas abonadas por los usuarios de las obras y, en su caso, los procedentes de la explotación de la zona comercial.

<sup>63</sup> Se establece, pues, una clara diferencia con el régimen previsto en el art. 255.4 del TRLCSP, que vinculaba la retribución abonada por la Administración con el régimen de utilización de las obras. Señala LAZO VITORIA que el *pago por disponibilidad* constituye el mecanismo de retribución del concesionario habitual en materia de infraestructura vial (X. LAZO VITORIA, «El riesgo operacional...», *loc. cit.*, pp. 342-343; y de la misma autora «El riesgo operacional ¿una nueva era para los contratos de concesión?», en *El Cronista*, núm. 74, 2018, pp. 62-69). El mismo sistema retributivo se utiliza también en otros Estados miembros de la UE (DELOITTE-SEOPAN, *Hacia un modelo eficiente de colaboración público-privada*, febrero de 2017, pp. 35-39 y 58; y J. MARTÍNEZ CALVO, «El contrato de concesión...», *loc. cit.*, p. 330).

<sup>64</sup> Estos índices de corrección tienen naturaleza distinta de las penalidades por incumplimiento previstas en el art. 264 de la LCSP. Al respecto, el art. 259.5 nos recuerda que la inclusión, en los pliegos de condiciones, de mecanismos para medir la calidad del servicio ofrecida por el concesionario, y otorgar ventajas o penalizaciones económicas en función de los mismos, no puede ser utilizada para limitar el riesgo operacional de la concesión.

En todo caso, es importante que el *estudio de viabilidad* incorpore la información necesaria para poder verificar la existencia de riesgo operacional: niveles de calidad que resulta necesario cumplir; previsiones sobre la demanda de uso e incidencia económica y social de las obras en su área de influencia y sobre la rentabilidad de la concesión; riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de las obras; coste de la inversión a realizar y el sistema de financiación propuesto para la construcción de las obras, con la justificación de su procedencia; y el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario, así como los criterios que sean precisos para valorar la tasa de descuento (art. 247.2)<sup>65</sup>.

## 2.2. La asunción del riesgo de demanda en la concesión de servicios

En la concesión de servicios<sup>66</sup>, la retribución del concesionario también se podrá abonar tanto por los usuarios del servicio como por la Administración concedente. Sin embargo, a diferencia de las concesiones de obras, el art. 289 de la LCSP vincula dicha retribución exclusivamente con la *utilización o frecuentación* del activo (esto es, con el pago por demanda). En este sentido, prescribe que:

«El concesionario tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una *retribución fijada en función de su utilización* que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración»<sup>67</sup>.

Nada se dice, en cambio, sobre la posibilidad de que la retribución del concesionario pueda depender del *nivel de disponibilidad* del servicio ofrecido por el concesionario (como sí sucede en las concesiones de obras). Este doble régimen económico-financiero de las concesiones (que ya aparecía recogido en el Anteproyecto de Ley) fue objeto de algunas críticas, sin éxito alguno. Así lo hizo el Informe de la JCCA de Aragón núm. 8/2015, de 20 de mayo, que se proponía unificar el régimen de distribución de riesgo, advirtiendo que «si no se aclara explícitamente que también es posible que la retribución del concesionario (de servicios) vaya ligada al riesgo de disponibilidad —como si se hace, en cambio, para el concesionario de obras— puede fácilmente concluirse que no es posible la retribución basada en el citado criterio»; como de hecho vienen interpre-

<sup>65</sup> Dicho estudio deberá someterse a información pública por plazo de un mes (prorrogable por idéntico plazo en razón de la complejidad del mismo), lo que permitirá la participación de los potenciales licitadores y financiadores en la determinación del contrato. La relevancia del estudio de viabilidad y del análisis del *Value for Money* (que demuestre que la concesión constituye la opción más eficiente) es destacada por el TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO, *Asociaciones público-privadas en la UE: deficiencias generalizadas y beneficios limitados*, 2018, pp. 39-42; y, en España, por DELOITTE-SEOPAN, *Hacia un modelo eficiente...*, *op. cit.*, pp. 41-60.

<sup>66</sup> En general, sobre este tipo de contratos, J. TORNOS MAS, «El contrato de concesión de servicios», en GIMENO (dir.), *Estudio...*, *op. cit.*, pp. 1447-1484; y X. LAZO VITORIA, «El contrato de concesión de servicios», en GAMERO y GALLEGU (dirs.), *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 2586-2587.

<sup>67</sup> En este caso, la redacción es la misma que el art. 257 de la LCSP de 2007 establecía para el contrato de gestión de servicios públicos.

tando mayoritariamente los tribunales administrativos especiales en materia de recursos contractuales (en contra de lo previsto en la Directiva de concesiones).

Es posible entender que esta limitación se circunscribe exclusivamente a aquellas concesiones que tengan como único objeto la explotación de un servicio y no a aquellas otras que, además de la explotación, comprenda también la construcción o mejora de la infraestructura, en la que cabría admitir el sistema de pago por disponibilidad (concesión conjunta de obra y servicios)<sup>68</sup>.

Sea como fuere, se trata de una restricción injustificada, que no es coherente con la supresión del contrato de colaboración público-privada (tal como ya hemos indicado) y que, además, caza mal con la realidad ya que, precisamente, es en el ámbito de los servicios públicos donde la posibilidad de explotación comercial es menor (por lo general, no suele haber un mercado competitivo y, en muchas ocasiones, el número de usuarios se encuentra predeterminado), lo que no es óbice para la aplicación del modelo concesional, como ha reconocido el TJUE<sup>69</sup>. Esta colisión es aún mayor si se tiene en cuenta el modelo de gestión de servicios de las ciudades inteligentes, que se sustenta sobre tres pilares: *integración de servicios* (lo que permitirá generar economía de escalas), *calidad* (lo que implica el pago por resultados, conforme a criterios objetivos y medibles) e *innovación* (lo que requiere la aplicación continua de nuevas tecnologías)<sup>70</sup>.

Por este motivo, consideramos que, en las *concesiones gratuitas o frías*, la remuneración del concesionario debería poder adoptar la forma de pagos periódicos realizados por la Administración, en función de la utilización del servicio (riesgo de demanda) y/o en función de los niveles de cantidad, calidad y seguridad (riesgo de disponibilidad); en este último caso, mediante un sistema de reducción de los pagos o de imposición de penalidades automáticas por incumplimientos de los estándares fijados en el contrato que respondan a factores externos al concesionario (de modo que exista una posibilidad

---

<sup>68</sup> A esta conclusión permite llegar la referencia expresa a «la explotación del servicio» del art. 267.4 y la aplicación supletoria del régimen de la concesión de obras prevista en el art. 297, ambos de la LCSP.

<sup>69</sup> Señala la STJUE *Enrauwasser*, C-206-08 (ya citada) que, en lo que se refiere al alcance del riesgo, no se deben acoger posiciones extremas, dado que «es corriente que algunos sectores de actividad, en particular en los sectores relativos a actividades de utilidad pública, como es el caso del *suministro de agua y de la evacuación de aguas residuales*, sean objeto de una reglamentación que puede tener como resultado limitar los riesgos económicos que se corren» (apdo. 72); no siendo razonable pedir a la autoridad pública concedente que cree condiciones de competencia y de riesgo económico superiores a las que existen en el sector en función de la normativa aplicable (apdo. 75). Por tanto, el hecho de que en estas actividades el riesgo de explotación sea muy limitado no impide que se pueda prestar el servicio mediante concesión (estos sectores, a los que el TJUE alude como «*public service utilities*», equivalen a nuestros servicios públicos tradicionales).

<sup>70</sup> *Libro Blanco de las Smart Cities*, elaborado por Enerlis, Ernst and Young, Ferrovial and Madrid Network, 2012, pp. 23-24 Como ya hemos indicado en otro trabajo anterior, la puesta en marcha de iniciativas de *smart cities* pasa por promover —entre otras medidas— fórmulas de colaboración público-privada, que incluyan un adecuado reparto de los riesgos; contratos de gestión integral de servicios (frente a la atomización de contratos); contratos de resultados, de acuerdo con indicadores de calidad objetivos y medible; y contratos de larga duración, que permitan economías de escala y la amortización de las inversiones (F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, «La construcción de las *smart cities* desde la contratación pública: la compra de bienes y servicios innovadores», *El Derecho a la ciudad: el reto de las smart cities*, Atelier, 2018, pp. 125-126).

real de que el concesionario pueda sufrir una pérdida por la explotación que no sea meramente nominal o desdeñable).

### 3. La distinción entre concesiones de servicios y contrato de servicios

La aplicación del criterio del riesgo operacional va a traer consigo la transmutación de las categorías contractuales hasta ahora existentes. Esto se debe, fundamentalmente, a dos circunstancias:

*a) Concesiones de servicio público que pasan a ser contratos de servicio:*

El primero de los cambios afecta a determinadas operaciones que —con arreglo al TRLCSP— se calificaban como contratos de gestión de servicios públicos y que ahora pasan a considerarse *contratos de servicios*, por no conllevar la traslación del riesgo operacional al contratista. Ahora bien, como se encarga de precisar el legislador, la alteración de la calificación de estos contratos no supone necesariamente una variación en la estructura de las relaciones jurídicas que resultan del 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».

El régimen de prestación del servicio público no depende de la calificación jurídica del contrato. Es así que, como se venía haciendo en los contratos de gestión de servicios públicos, el art. 312 aplica a este tipo de *contratos de servicios* las normas relativas al *régimen sustantivo del servicio público*<sup>71</sup>: es el caso, por ejemplo, de la determinación de los aspectos jurídicos, económicos y administrativos relativos a la prestación del servicio; la imposibilidad de embargo de los bienes afectos; el secuestro o la intervención del servicio público; el rescate del mismo; el ejercicio de poderes de policía en relación con la buena marcha del servicio público de que se trate; o la aplicación de las causas de resolución del contrato propias de la concesión de servicios. A ellos se suman otro tipo de medidas, como es la posibilidad —prevista en el art. 29.4— de prorrogar el contrato tras su vencimiento hasta la formalización del nuevo contrato con el fin de garantizar la continuidad de la prestación y, en todo caso, por un periodo máximo de nueve meses<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Señala la exposición de motivos de la Ley que el art. 312 recoge «las normas específicas del antiguo contrato de gestión de servicios públicos relativas al régimen sustantivo del servicio público que se contrata y que en la nueva regulación son comunes tanto al *contrato de concesión de servicios* cuando estos son servicios públicos, lo que será el caso más general, como al *contrato de servicios*, cuando se refiera a un servicio público que presta directamente el empresario al usuario del servicio».

<sup>72</sup> Junto a ello cabe mencionar también la posibilidad de fijar un plazo de duración mayor que garantice la continuidad de los tratamientos a los usuarios (art. 29.4); o la incorporación de reglas especiales vinculadas a la existencia de costes de inversión iniciales, lo que incide tanto en la duración del contrato (art. 29.4), como en la determinación del precio, pudiéndose compensar al contratista los costes de establecimiento del servicio (art. 309.2). Aun así, quedan otras cuestiones sin aclarar, como puede ser la necesidad de estudio de viabilidad, la posibilidad de captación de financiación privada, la suspensión por demora en el pago o las causas de resolución del contrato por supresión o rescate del servicio.

Este es el viejo «contrato de gestión de servicios públicos a riesgo y ventura», que ahora la Ley pasa a denominar «contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía». Se trata, no obstante, de una denominación poco afortunada, porque discrimina todos aquellos servicios públicos que no tienen por destinatario directo a la ciudadanía y cuya gestión indirecta también se deberá canalizar, de no existir riesgo operacional, a través del *contrato de servicios*<sup>73</sup>. No parece que esta sea la intención del legislador (que en el art. 312 se refiere a una actividad «asumida por la Administración respectiva como propia de la misma»), sino que más bien es fruto de una mala técnica legislativa: el «principio pro servicio» obliga a hacer extensivas las mismas especialidades a todos los contratos de servicios que tengan por objeto la prestación de servicios públicos; también a los que tienen como beneficiario directo a la propia Administración (como sucede con la recogida y tratamiento de residuos) o a la colectividad (como en el alumbrado público, la limpieza viaria, la protección civil o la protección del medio ambiente, entre otros)<sup>74</sup>.

b) *Contratos de servicios que pasan a ser concesiones de servicio:*

En segundo lugar, se quiebra el vínculo que unía el contrato de concesión exclusivamente con la ejecución de obras y la gestión de servicios públicos, abriendo —de este modo— la posibilidad de que «actividades de servicios», que no tienen la consideración de servicios públicos, se presten mediante la técnica concesional, al asumir el contratista el riesgo operacional. Así sucede, principalmente, con la explotación de los servicios de cafetería, restauración, reprografía, etc., en edificios públicos que dejan de ser contratos de servicios para convertirse en concesiones de servicios<sup>75</sup>.

Dado que la concesión de servicios pasa a tener un doble objeto, se hace también necesario establecer un régimen diferenciado para las *concesiones de servicio público* (propia-mente dichas) con la finalidad de poder garantizar la continuidad y buena marcha de los servicios públicos. Así, con carácter previo a la contratación, deberá procederse al establecimiento del *régimen jurídico del servicio público*, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y

---

<sup>73</sup> Así sucede, por ejemplo, con los servicios de alumbrado público (Resolución del TACRC núm. 285/2015), recogida y tratamiento de residuos (Resolución del TACRC núm. 280/2015), acogida de animales domésticos (Resolución del TACRC núm. 141/2015), prevención e intervención en emergencias (Resolución del TACRC núm. 205/2015) y socorrismo (Resolución del TACRC núm. 540/2018) o retirada de vehículos (Resolución del TACRC núm. 493/2018). Vid. J. C. LAGUNA DE PAZ, «Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos», *RAP*, núm. 204, 2017, pp. 41-68; M. A. BERNAL BLAY, «La contratación de los servicios a las personas», en GAMERO y GALLEGOS (dirs.), *Tratado...*, op. cit., t. III, en particular, pp. 2853-2862; y F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, «La delimitación de los contratos públicos de servicios y de concesión de servicios», en GIMENO (dir.), *Estudio...*, op. cit., pp. 477-515.

<sup>74</sup> En este sentido, F. J. VILLAR ROJAS, «El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales», *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 11, 2017, pp. 89-92.

<sup>75</sup> No obstante, esta problemática afecta también a otro tipo de «servicios». Así, por ejemplo, se califica como concesión de servicios la explotación de una piscina (Resolución del TACRC núm. 317/2017), un kiosko de bar (Resolución del TACRC núm. 666/2018) o un mini tren turístico (Resolución del TACRC núm. 790/2018).

regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio (arts. 284.2 y 285).

Estas especialidades no serán aplicables a las concesiones de servicios que no sean servicios públicos. No obstante, hay otros aspectos de la Ley en los que no se hace esa misma distinción, como sucede con las obligaciones del concesionario (art. 288, en particular, la continuidad del servicio), la reversión del servicio (art. 291) o las causas de resolución del contrato (art. 294); lo que puede dar lugar a cierta conflictividad.

## V. INCIDENCIA DEL RIESGO OPERACIONAL EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS LOCALES

A lo largo del presente trabajo hemos visto como la aplicación del criterio del riesgo operacional ha ido cambiando el panorama nacional de la contratación pública en los últimos diez años; alcanzando —en la nueva LCSP— un nivel de complejidad que resultará difícil de superar en posteriores reformas<sup>76</sup>.

Este nuevo marco jurídico afecta también a la contratación local, que no sale indemne de estos cambios. En este sentido, cabe recordar que la única regulación que la Ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen local, hace de la contratación local la encontramos en el art. 85.2. *b*), que se refiere a los modos de gestión indirecta (contractual) de los servicios públicos (habida cuenta de la derogación del art. 88 por la LCSP de 2007). La redacción actual de este precepto proviene de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, que sustituyó la referencia expresa a las diferentes modalidades del *contrato de gestión de servicio público* (concesión, gestión interesada, concierto, arrendamiento y empresa mixta) por la remisión genérica a lo previsto para este tipo de contratos en la legislación de contratos. Como explica VILLAR ROJAS, la supresión del contrato de gestión de servicios públicos y la cláusula derogatoria de la LCSP imponen la reinterpretación de este precepto, que debe entenderse referida a las nuevas fórmulas de prestación indirecta (contractual) de servicios públicos<sup>77</sup>.

Como es sabido, la LCSP de 2017 incorpora dos únicas disposiciones (adicionales segunda y tercera) sobre competencias y normas específicas de la contratación de las entidades locales<sup>78</sup>. En este sentido, la DA 3.<sup>a</sup>, en su apartado primero, establece la

<sup>76</sup> En la práctica, la aplicación del riesgo operacional ha generado nuevos problemas a los operadores jurídicos, incrementando notablemente el nivel de conflictividad. Esta situación parece relajarse tras la entrada en vigor de la LCSP, en la medida que la calificación del contrato ha dejado ya de ser una preocupación para los tribunales administrativos, que —en la mayoría de los casos— dan por buena las tipificaciones que realizan los órganos de contratación.

<sup>77</sup> F. J. VILLAR ROJAS, «El impacto de la nueva Ley...», *loc. cit.*, pp. 80-81. La fuerza derogatoria de la LCSP afecta también a los arts. 113 y ss. del RSCL, en la medida que entren en contradicción con la nueva regulación.

<sup>78</sup> Sobre estas disposiciones *vid.* J. G. GÓMEZ MELERO, «Contratación de los entes locales», en GAMERO y GALLEGOS (dirs.), *Tratado...*, *op. cit.*, t. III, pp. 2710-2751; y J. COLÁS TENAS, «Las especialidades de la contratación pública en la administración local», en GIMENO (dir.), *Estudio...*, *op. cit.*, pp. 1565-1614.

aplicación de las reglas contenidas en la propia ley a las contrataciones que realicen las Administraciones públicas locales, con las especialidades que se recogen en dichas disposiciones adicionales.

Por lo que se refiere, en particular, al *contrato de concesión*, la DA 3.<sup>a</sup> incluye dos reglas específicas:

— En el apartado 5 establece que el *expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad*, que exige el art. 86.1 de la LBRL, se tramitará conjuntamente con el *estudio de viabilidad* regulado en los arts. 247 (concesión de obras) y 285.2 (concesión de servicios) de la LCSP.

— Y, en el apartado 11, faculta a los municipios de población inferior a 20.000 habitantes para licitar contratos de *concesión de servicios* no armonizados para la gestión de dos o más servicios públicos diferentes. Para ello será necesario que se cumplan dos requisitos: *a)* que la anualidad media del contrato no supere los 200.000 euros, y *b)* que el órgano de contratación justifique en el expediente de contratación esta decisión con base en la necesidad objetiva de proceder a la gestión unificada de dichos servicios. Es necesario, además, que el pliego de cláusulas administrativas particulares precise el ámbito funcional y territorial del dicho contrato.

Al margen de estas dos cuestiones, el legislador estatal no hace ninguna mención específica a las concesiones de obras o de servicios locales. Por tanto, a los efectos de la correcta calificación del contrato, habrá que estar a las modalidades de contratación y a los criterios de delimitación previstos con carácter general en la LCSP, que han quedado expuestos en el presente trabajo<sup>79</sup>.

En consecuencia, los efectos que derivan de la aplicación del criterio del riesgo operacional a la contratación pública local son, básicamente, los siguientes:

Primero. La supresión del *contrato de gestión de servicios públicos* determina que la única modalidad clásica de gestión indirecta de los servicios públicos que se mantiene en la esfera local es la *concesión*, si bien lo hace revestido con un nuevo traje. El resto de técnicas desaparecen como tales, debiendo conceptualizarse, bien como concesión de servicios, o bien como contratos de servicios, dependiendo de que exista o no transferencia del riesgo operacional (tal como establece la DA 34 de la LCSP)<sup>80</sup>.

En cualquier caso, esta transformación jurídica solo afectará a los contratos nuevos y no a los adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, que —como es

---

<sup>79</sup> Como ya hemos indicado, el legislador francés ha optado por una solución diferente, conservando en el ámbito local la clásica figura de la «*délégation de service public*» (a la que califica de contrato de concesión) (art. 58 de la Ordonnance núm. 2016-65, relativa a los contratos de concesión, que modifica el art. L 1411 del Código general de las colectividades territoriales).

<sup>80</sup> Esta es la opinión también de los tribunales administrativos especiales, cuya doctrina se resume en las Resoluciones del TACRC núms. 96/2018, 885/2018 y 119/2019. En la doctrina, F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, «La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos», *El Cronista*, núm. 60, 2016, pp. 50-58, y *La nueva concesión...*, *op. cit.*, pp. 293-314.

tradicional— conservan su calificación y régimen jurídico; ni tampoco a los expedientes de contratación que se hubieran iniciado antes de dicha fecha, que se seguirán rigiendo por la normativa anterior, tal como dispone la DT 1.<sup>a</sup> de la LCSP<sup>81</sup>.

Segundo. El criterio delimitador del nuevo contrato de concesión no es la naturaleza de la prestación. Lo relevante es comprobar si existe *transferencia del riesgo operacional al concesionario*, entendiéndose como tal que, en condiciones normales, no se encuentre totalmente garantizada la recuperación de las inversiones y de los costes de explotación. Ello hace que muchos contratos que antes se calificaban de gestión de servicios públicos pasen a ser ahora contratos de servicios<sup>82</sup>.

Tercero. La *prestación de un servicio público* se podrá gestionar indirectamente, bien mediante una *concesión de servicios* (si hay riesgo operacional), o bien mediante un *contrato público de servicios* (cuando no haya riesgo operacional). Por tanto, es posible que una misma prestación (por ejemplo, servicios de limpieza viaria y de recogida de residuos) se pueda calificar, en unos casos, como concesión de servicios (Resolución del TACRC núm. 190/2019) y, en otros, como contrato de servicios (Resoluciones del TACRC núms. 118/2019, 130/2019 y 186/2019), según las condiciones económicas recogidas en el pliego.

Ahora bien, en la medida que el objeto es el mismo, en ambos casos se aplicarán las normas relativas al *régimen sustantivo del servicio público*, que permitan garantizar la continuidad y regularidad de la prestación. No obstante, entre estos dos contratos existe una importante diferencia, y es que, desde un punto de vista contable, la *concesión* se registra en el balance del concesionario (diluyendo el impacto en las cuentas públicas durante toda la vida del contrato), mientras que el *contrato de servicios* lo hace en el balance de la Administración (consolidando deuda).

La consecuencia es que, en la práctica, la concesión de servicios va a resultar menos atractiva para el socio privado (al tener que financiarse con la explotación, sin tener garantizada la recuperación de las inversiones), mientras que el contrato de servicios lo será para la Administración (que verá incrementar el porcentaje de déficit público).

Cuarto. El *contrato de concesión de servicios* puede tener por objeto tanto la prestación de un servicio de la exclusiva titularidad de la Administración local (servicio público en sentido estricto) como servicios de su competencia que no sean esenciales para los ciudadanos (servicios no públicos). Solo en el primer escenario se aplicará el régimen estatutario del servicio público (de modo análogo a como sucedía con el contrato de gestión de servicios públicos). En todo caso, se excluyen de la concesión los servicios

---

<sup>81</sup> Sobre el régimen transitorio, *vid.* F. J. VILLAR ROJAS, «El impacto de la nueva Ley...», *loc. cit.*, pp. 78-80.

<sup>82</sup> Vigente ya la nueva LCSP, el TACRC califica como *contrato de servicios* la prestación de los servicios de recogida selectiva de residuos municipales de envases ligeros, papel y cartón (Resolución núm. 94/2019), salvamento y socorrismo en piscinas municipal (Resolución núm. 111/2019), transporte sanitario (Resoluciones núms. 147/2019, 131/2019 y 137/2019) o de podología en centro de mayores (Resolución núm. 161/2019). Por el contrario, califica como *concesión de servicios*, por ejemplo, la prestación del servicio de transporte regular de viajeros por carretera (Resolución núm. 184/2019).

que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos (exclusión que, aunque la LCSP no lo diga expresamente, afecta también al contrato de servicios).

Quinto. La *retribución del concesionario* podrá ser abonada directamente por los usuarios (concesiones calientes), por la Administración concedente (concesiones gratuitas o frías) o por ambos pagadores (concesiones tibias). No obstante, esta retribución variará en función del tipo de concesión: en las *concesiones de servicios* dependerá de la utilización que los usuarios hagan del servicio (riesgo de demanda); mientras que en las *concesiones de obras*, la Administración podrá pagar en función del grado de disponibilidad ofrecido por el concesionario (riesgo de disponibilidad) y/o su utilización por los usuarios (riesgo de demanda), en la forma que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

La Directiva de concesiones no hace esta distinción, lo que puede ser un argumento favorable a la aplicación del pago por disponibilidad también a las concesiones de servicio, especialmente cuando conlleven la ejecución de obras (ejemplo, construcción y explotación de un centro sociosanitario).

En todo caso, el pago por disponibilidad requiere la inclusión de índices de corrección automáticos por nivel de disponibilidad independientes de las posibles penalidades en que pueda incurrir el concesionario en la prestación del servicio.

Sexto. En la *concesión de obras*, la traslación del riesgo operacional es compatible con la facultad de la Administración de otorgar al concesionario *subvenciones o ayudas públicas* (tanto en la fase de construcción como en la fase de explotación de la obra), que contribuyan a financiar las obras o a garantizar la viabilidad económica de su explotación. Bajo ninguna circunstancia estas aportaciones públicas podrán garantizar la recuperación total de las inversiones realizadas y de los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras.

Nada se dice, en cambio, respecto de la concesión de servicios. Sin embargo, ello no es óbice para aceptar la financiación conjunta de los servicios, con el fin de reducir las tarifas a abonar por los usuarios y de facilitar el acceso a los mercados financieros (como, por lo demás, se viene aceptando, al menos, desde el RSCL); siempre que no elimine la asunción del riesgo operacional por parte del concesionario.

Séptimo. El *contrato de concesión* debe permitir, durante la vida del contrato y de acuerdo con una buena y ordenada administración, la amortización de las inversiones, cubrir los gastos de explotación y obtener un margen de beneficio razonable; siendo compatible con el mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato frente a circunstancias sobrevenidas que produzcan una mayor onerosidad del contrato, ya se trate de un supuesto de *ius variandi*, riesgo imprevisible, actuaciones de la Administración concedente que resulten obligatorias para el concesionario (*factum principis*) o fuerza mayor<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> Arts. 270 y 290 de la LCSP, en relación con los arts. 262 y 239. Constituye una doctrina consolidada en nuestro ordenamiento jurídico que la gestión deficiente y el error de cálculo imputable al concesionario forman

En este sentido, cabe llamar la atención sobre la necesidad de prestar especial atención a la *fase preparatoria* del contrato, mejorando los métodos de predicción de riesgos; lo que junto a otras medidas, como la fijación de plazos de duración más cortos que los máximos previstos en el art. 29.6 de la LCSP<sup>84</sup> y la división del contrato en varios lotes, podrán contribuir a minimizar el riesgo de incumplimiento o de modificaciones que determinen un mayor coste del contrato.

En cualquier caso, aún es pronto para predecir las consecuencias que (más allá del cambio terminológico) el principio de riesgo operacional puede tener en la prestación de los servicios públicos. Lo que sí parece probable es un encarecimiento a corto plazo de las concesiones que se adjudiquen, como consecuencia de tener que incorporar los concesionarios dicho riesgo en sus ofertas.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL BLAY, M. A.: «La contratación de los servicios a las personas», en GAMERO y GALLEGO (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- CARANTA, R.: «An introduction to the Concessions Directive», *Munus, Rivista Giuridica dei servizi pubblici*, núm. 3, 2018.
- COLÁS TENAS, J.: «Las especialidades de la contratación pública en la administración local», en GIMENO (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.
- CONTESA, C.: «La concessioni nella nuova Direttiva europea», en CONTESA y CROCCO, *Appalti e concessioni. La nuove Directtive Europee*, Dei, 2015.
- COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION: *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concessions contracts. Non-paper from the Commission services*, Brussels, 17 de febrero de 2012.
- DELOITTE: *IFRIC 12 Service concession arrangements. A pocket practical guide*, febrero de 2011.
- DELOITTE-SEOPAN: *Hacia un modelo eficiente de colaboración público-privada*, febrero de 2017.
- EUROPEAN COMMISSION: *Risk management in the procurement of innovation*, Luxembourg, 2010.
- EUROPEAN PARLIAMENT: *The Award of Concession Contracts Brussels*, Workshop, Directorate General for Internal Policies, 10 de mayo de 2012.
- EUROSTAT: *Manual on Government Deficit ad Debt. Implementation of ESA 2010*, Luxembourg, 2016.
- *A Guide to the statistical treatment of PPPS*, 2016.

---

parte del *riesgo y ventura* del contrato. Más problemática resultaba el restablecimiento del equilibrio del contrato como consecuencia del *error de cálculo de la Administración* en la elaboración de la documentación contractual, que cuenta tanto con pronunciamientos favorables (STS de 14 de marzo de 1985, RJ 1985/1592; e Informe de la JCCA de Aragón núm. 24/2013), como desfavorables (STS de 20 de abril de 2015, RJ 2015/2809). Ahora el legislador pretende poner fin a esta discusión, al precisar que «no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por el incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario» (este forma parte del riesgo operacional que debe asumir el concesionario).

<sup>84</sup> El principio de asunción del riesgo operacional permite afirmar que el criterio del retorno de las inversiones deberá prevalecer sobre los plazos de duración de las concesiones previstos en el art. 29.6 de la LCSP.

- FERRARO, V.: «La concessione e il Diritto europeo: il complesso equilibrio tra la tutela della concorrenza e la “specialità” del regimen dei contratti della pubblica amministrazione», *Rivista Italiana de Diritto Pubblico Comunitario*, núm. 1, 2016.
- FORTES MARTÍN, A.: *La gestión contractual del servicio de recogida de residuos domésticos*, Iustel, 2018.
- FRACCHIA, F.: «Concessions and public contracts. The italian case», *Munus*, núm. 3, 2018.
- GOISIS, F.: «Concessioni di costruzione e gestione di lavori e concessioni di servizi», *IUS Publicum*, junio 2011.
- GÓMEZ MELERO, J. G.: «Contratación de los entes locales», en GAMERO y GALLEGO (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L.: «La nueva directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado», en GIMENO FELIÚ *et al.*, *Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.
- «La construcción del contrato de concesión en el Derecho de la Unión Europea», en J. M.<sup>a</sup> BAÑO LEÓN (dir), *Memorial para la reforma del Estado*, Estudios en homenaje al Profesor S. Muñoz Machado, t. III, CÉPC, Madrid, 2016.
- «La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos», *El Cronista*, núm. 60, 2016.
- «La prestación de servicios públicos hidráulicos mediante concesión», en EZQUERRA HUERVA y NAVARRO CABALLERO (dirs.), *Contratación Pública y Agua*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018.
- «La delimitación de los contratos públicos de servicios y de concesión de servicios», en GIMENO FELIÚ (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.
- *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018.
- «La construcción de las *smart cities* desde la contratación pública: la compra de bienes y servicios innovadores», *El Derecho a la ciudad: el reto de las smart cities*, Atelier, 2018.
- JIMENEZ LÓPEZ, J.: «El contrato de concesión de obras», en GAMERO y GALLEGO (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- LAGUNA DE PAZ, J. C.: «Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos», *RAP*, núm. 204, 2017.
- LAVILLA RUBIRA, J. J.: «Régimen jurídico de la concesión de obras», en GIMENO (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.
- LAZO VITORIA, X.: «El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión», en GIMENO FELIÚ (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.
- «El riesgo operacional ¿una nueva era para los contratos de concesión?», *El Cronista*, núm. 74, 2018.
- «El contrato de concesión de servicios», en GAMERO y GALLEGO (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- LÓPEZ MORA, M.<sup>a</sup> E.: *El nuevo contrato de concesión: el riesgo operacional*, Atelier, 2019.
- LUPO, A.: «La concessione di servizi», en F. SAITTA (dir.), *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Cap. XIII, 2016.
- MARTÍNEZ CALVO, J.: «El contrato de concesión de obra pública», *RAP*, núm. 206, 2018.
- MELÓN PARDO, C.: «Atribución y reparto de riesgos en el seno de la colaboración público-privada para la ejecución de infraestructuras inmobiliarias», *Actum Inmobiliario & Urbanismo*, núm. 15, 2011.

- OCDE: *Public-Private Partnerships: in pursuit of risk sharing and value for money*, 2008.
- RICCHI, M.: «La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice di contratti pubblici», *Urbanistica e appalti*, núm. 7, 2014.
- TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: *Asociaciones público-privadas en la UE: deficiencias generalizadas y beneficios limitados*, 2018.
- VILLAR ROJAS, F. J.: «La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales», *RAP*, núm. 172, 2007.
- «El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales», *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 11, 2017.