

Skin in the game: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa.

Alejandro Huergo Lora
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

1. Introducción.

El contenido de cualquier contrato se define no sólo por las obligaciones asumidas por las partes, sino también por la distribución entre ellas de los riesgos asociados al contrato, es decir, las eventualidades no previstas que pueden afectar a las expectativas de rentabilidad.¹

En este sentido, la Directiva de concesiones (Directiva 2014/23) y, como no podía ser menos, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), establecen la novedosa exigencia de que el concesionario asuma “un riesgo operacional (...) abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos” (artículo 14.4 de la LCSP, y concordantes).

Por otro lado, la nueva Ley deja claro, siguiendo a la jurisprudencia reciente, que la asunción del riesgo de demanda por parte del concesionario, cuando se produce, es ilimitada, en el sentido de que el concesionario no puede pedir el restablecimiento del equilibrio financiero por el hecho de que la demanda de utilización de la obra no corresponda a las previsiones: “no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario” (artículo 270.2, párrafo 3º).

Por último, el círculo del reparto de riesgos se cierra con la previsión (artículo 280) de que, en caso de resolución de la concesión, ni el concesionario ni sus acreedores recuperarán el importe de la inversión ejecutada, sino únicamente el valor que en ese momento tenga la concesión, obtenido, siempre que sea posible, en una nueva licitación de la misma. Sólo en caso de que la resolución obedezca a causa imputable a la Administración, deberá ésta abonar al concesionario el importe de las inversiones realizadas (teniendo en cuenta la amortización, por supuesto). Este régimen, referido a la denominada “responsabilidad patrimonial administrativa” (RPA), procede, sin variaciones importantes, de la Disposición Final 9ª de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, que reformó el entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP).

¹ Como dice Á. CARRASCO (*Derecho de contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pág. 963), “[t]odo contrato se halla expuesto en mayor o menor medida a que fracasen, por razones *no imputables* a la conducta o a la previsión de las partes, las expectativas y los intereses que los contratantes han querido satisfacer con la celebración de aquél”. “[E]l fracaso del contrato es una contingencia sobrevenida que afecta en todo o en parte a la *rentabilidad* esperada por los contratantes. El riesgo contractual es la posibilidad de este fracaso, y las técnicas de imputación del riesgo constituyen los mecanismos diseñados por las partes, o supletoriamente por la ley, para asignar a una, o ambas, de las partes el efecto perjudicial de la contingencia del fracaso”.

Como veremos en el resto del presente artículo, estas reglas se encuentran relacionadas entre sí y constituyen las piezas de la distribución de riesgos entre la Administración concedente y el concesionario. El legislador comunitario (cuya influencia ha sido, desde luego, decisiva) ha querido mantener el atractivo de la institución concesional - considerada imprescindible para que las inversiones en obras y servicios públicos alcancen los niveles apetecidos- y a la vez hacerla más transparente, de modo que, por un lado, se reduzca el nivel de riesgo que el concesionario debe asumir, y, a la vez, el riesgo asumido -alto o bajo- sea mucho más difícil de eludir o de transferir, para lo que se han recortado dos escapatorias clásicas, como son el equilibrio financiero y la RPA.

2. El principio de riesgo y ventura y el riesgo operacional.

La proclamación en la LCSP (artículo 197), al igual que en sus predecesoras, de un “principio de riesgo y ventura”, que se define (?) diciendo que “la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista”, obliga a preguntarse por su relación con el riesgo operacional. Parece evidente que el riesgo operacional debe ser “otra cosa”, desde el momento en que en todo contrato rige el principio de riesgo y ventura, mientras que la asunción de un riesgo operacional es justamente lo que distingue a las concesiones de los contratos de obras y de servicios.²

Hasta la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Ley 13/1995, de 18 de mayo, LCAP), el principio de riesgo y ventura era una regla específica del contrato de obras.³ En este contexto, con el principio de riesgo y ventura se pretendía subrayar que el contratista de obra asume una obligación *de resultado*, típica del arrendamiento de obra frente al de servicios. El contratista no se obliga simplemente a poner determinados medios (materiales, horas de trabajo, etc.), sino a conseguir un resultado (la obra), asumiendo el riesgo de que los costes de ésta superen los cálculos previos que le llevaron a formular una determinada proposición. Al celebrar un contrato de obra en lugar de contratar “por partidas” o “por economía”, la Administración externaliza el riesgo de que la obra sea más trabajosa o costosa de lo previsto, lo que de paso proporciona al contratista una oportunidad de enriquecimiento en caso de que consiga realizar la obra de forma menos costosa de lo previsto.

La conversión de esta regla sectorial del contrato de obra en un principio general de todos los contratos administrativos (que se produce con el artículo 99 de la LCAP de 1995), obliga a reinterpretarlo como una norma que sencillamente proclama la obligación del contratista de hacer frente a los riesgos que haya asumido, sean éstos cuales sean (puesto que serán distintos en cada tipo contractual). El principio de riesgo y ventura se aplica ahora a todos los contratos, incluido, por tanto, el arrendamiento de obra y el de servicios.

El principio de riesgo y ventura se mueve, por consiguiente, en un plano diferente a la regla que exige al concesionario que asuma un riesgo operacional. Esta última nos dice

² Esta idea aparece incluso en la Directiva 2014/23 (párrafo 20 del preámbulo), al decir que el riesgo operacional debe distinguirse de los “riesgos inherentes a todo tipo de contrato”.

³ El artículo 46 de la Ley de Contratos del Estado (Texto Articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril), incluido en la sección relativa a la ejecución del contrato de obras, disponía: “La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista y éste no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en las obras sino en los casos de fuerza mayor”. A continuación, se regulaba el derecho del contratista de obras a una indemnización de caso de fuerza mayor en los mismos términos que siguen figurando en la LCSP de 2017.

cómo es la distribución de riesgos en el contrato de concesión. En cambio, el riesgo y ventura supone que, en cualquier contrato, el contratista debe asumir, sin posibilidad de desplazamiento a la Administración, los riesgos que le correspondan y, en particular, el riesgo de la mayor onerosidad de la prestación. Los contratos públicos son “compras públicas”, en el sentido de que el contratista realiza una prestación a cambio de un precio pagado por la Administración, y el principio de riesgo y ventura implica que el precio es fijo con independencia de la mayor o menor onerosidad de la prestación.

El principio de riesgo y ventura no es algo característico o exclusivo de los contratos públicos (o, más específicamente, de los contratos administrativos), sino que se aplica también a los contratos entre particulares, aunque el CC no lo mencione expresamente. La fuerza vinculante de los contratos (artículo 1258) incluye la obligación de asumir los riesgos según la distribución en ellos prevista.

3. El concepto de riesgo operacional: sus orígenes.

Este concepto, que se utiliza en la Directiva 2014/23 para definir el contrato de concesión (y, por tanto, para delimitar el ámbito de aplicación de las dos Directivas, la de concesiones y la de contratos públicos), tiene dos orígenes diferentes, aunque relacionados entre sí: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el concepto de concesión y la normativa de contabilidad nacional (SEC-2010) sobre la definición de los conceptos de déficit y deuda.⁴

a) La jurisprudencia del TJ sobre el concepto de concesión.

Las Directivas de contratos públicos de los años 90 y las de 2004 se aplicaban a los contratos de obras, suministros y servicios, pero no a las concesiones. Se definían las concesiones de obras, pero su adjudicación no se sometía a las mismas reglas aplicables a los contratos de obras, sino a otras diferentes, menos estrictas.⁵ Las concesiones de servicios, no mencionadas en las Directivas de los años 90, son definidas y expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE.⁶ Tampoco se aplicaban a las concesiones de servicios las Directivas de recursos.⁷

⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* una exposición ampliada en mi trabajo “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Documentación Administrativa*, nueva época, 4 (2017), págs. 31-51.

⁵ La Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, define la concesión de obras públicas como el contrato que “presente los caracteres” del contrato de obras (es decir, su mismo objeto), “con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio”. El artículo 3 determina las normas de publicidad aplicables a las concesiones que superen el umbral económico fijado, así como a las subcontratas.

La Directiva 2004/18/CE, que se refiere a los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, suministros y servicios, define la concesión de obras en idénticos términos (art. 1.3) y establece normas de publicidad similares a las de la Directiva anterior, aunque más detalladas (artículos 56-65).

⁶ No mencionaba las concesiones de servicios la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios.

Artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CE: “La «concesión de servicios» es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio”. Artículo 17: “Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en el artículo 3, la presente Directiva no será aplicable a las concesiones de servicios definidas en el apartado 4 del artículo 1”. El artículo 3 dispone que “[c]uando un poder adjudicador otorgue derechos especiales o exclusivos para el ejercicio de una actividad de servicio público a una entidad distinta de dicho poder adjudicador, el acto por el que se otorgue dicho derecho

En España el legislador no aprovechó esa “libertad” que le concedía el legislador comunitario para adjudicar con mucho menores requisitos de publicidad. Al contrario, la adjudicación de las concesiones venía sometida, desde antes de la aplicación del Derecho comunitario en España, a las mismas reglas aplicables a la adjudicación de los demás contratos típicos (obras, suministros, servicios). Sí es verdad que las concesiones tenían un plazo de duración más largo, lo que las convertía en una fórmula preferible para muchas empresas y también para determinadas Administraciones, entre otras cosas porque ese plazo largo permitía obtener un elevado “canon concesional” liquidable en el momento de perfección del contrato.⁸

Esa relativa mayor libertad en la adjudicación de las concesiones (sobre todo de servicios), obligó a la Comisión y al Tribunal de Justicia a delimitarlas con precisión para evitar una “huida a las concesiones” para eludir los procedimientos de licitación regulados en las Directivas. El punto de partida normativo son los preceptos que, tanto en la Directiva 93/37 (concesión de obra), como en las Directivas 2004/17 y 2004/18 (concesiones de servicios) definen las concesiones como “un contrato que presente las mismas características que el contrato de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de prestación de servicios consista, bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, bien en dicho derecho acompañado de un pago” [artículo 1.3.b) de la Directiva 2004/17]. Pues bien, a partir de una sentencia de 13 de octubre de 2005, el TJ llega a la conclusión de que esa forma de remuneración, consistente en asumir el derecho a explotar el servicio, supone que el concesionario asume también el “riesgo de explotación” del servicio, lo que en ese contexto parece incluir claramente el denominado “riesgo de demanda”, es decir, el riesgo de que el número de usuarios sea más o menos alto, lo que afectará a los ingresos del concesionario y por tanto a las posibilidades de recuperar la inversión efectuada.⁹ Esa misma regla (la concesión no supone sólo una forma de remuneración, sino que conlleva la asunción por el concesionario del riesgo relacionado con la explotación de la obra o servicio) se repite en dos sentencias que estiman otros tantos recursos por incumplimiento presentados por

impondrá a la entidad en cuestión, en los contratos de suministro que adjudique a terceros en el marco de esa actividad, la obligación de respetar el principio de no discriminación por razones de nacionalidad”.

⁷ La Directivas 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, “relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referidas a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras” no incluía la adjudicación de las concesiones de obra, que en aquel momento ni siquiera eran aludidas en la Directiva sustantiva. Con la reforma introducida por la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, ya se incluían las concesiones de obras (artículo 1.1), aunque únicamente para hacer cumplir las limitadas normas establecidas en la Directiva 2004/18.

⁸ En un plano que ya no estrictamente jurídico, es innegable que la concesión de servicios está “sobrerrepresentada” en los casos de corrupción que han llegado a la jurisdicción penal. La búsqueda de ese “canon concesional”, que permite a un responsable político, el que ocupe el órgano adjudicador en el momento en que se licita y adjudica el contrato, gastar una importante cantidad de recursos (con la correspondiente rentabilidad electoral) que se va a generar a lo largo de un largo plazo concesional, está muy alejada de los criterios de buen gobierno.

⁹ Sentencia *Parking Brixen* (13 de octubre de 2005, Sala Primera, C-458/03, cuestión prejudicial planteada por un tribunal administrativo de Bolzano): “la retribución del prestador de servicios no procede de la autoridad pública, sino de las cantidades abonadas por terceros para el uso del aparcamiento. Esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios, lo cual es una característica de la concesión de servicios públicos. Por consiguiente, la situación descrita en el litigio principal no se trata de un contrato público de servicios, sino de una concesión de servicios públicos” (párrafo 40). Recordemos que esta sentencia es importante en la construcción de la doctrina de los contratos *in house*.

la Comisión contra Italia, por haber adjudicado, sin respetar la Directiva, dos supuestas “concesiones” en las que en realidad el concesionario no asumía el riesgo de explotación, una de 18 de julio de 2007 (incineradoras de Sicilia)¹⁰ y otra de 13 de noviembre de 2008¹¹ (tranvía de L’Aquila). Estas sentencias representan una doctrina “clásica” sobre la asunción del riesgo, que se exige que sea completa (asumir “el riesgo de explotación” de la obra o servicio objeto de concesión).

Los matices que finalmente recogerá la Directiva 2014/23 llegan con casos más recientes, procedentes sobre todo de Alemania, en los que se hará un esfuerzo para mantener bajo la etiqueta de “concesión” (y, por tanto, libre de los procedimientos de licitación de la Directiva) fórmulas de gestión de servicios en las que la asunción de riesgos es más limitada. Es lo que sucede en la sentencia de 10 de septiembre de 2009 (*Eurawasser*), referida a un servicio de abastecimiento de agua en el que el riesgo de explotación era mínimo.¹² No es que la Administración concedente estuviera interesada

¹⁰ Sentencia *Comisión c. Italia* de 18 de julio de 2007 (incineración de residuos en Sicilia, Sala 2ª, C-382/05): “según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consista en el derecho del prestador a explotar su propia prestación y suponga que éste asume el riesgo vinculado a la explotación de los servicios de que se trata (véanse la sentencia de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria y Telefonadress*, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartado 58, y el auto de 30 de mayo de 2002, *Buchhändler-Vereinigung*, C-358/00, Rec. p. I-4685, apartados 27 y 28, así como la sentencia *Parking Brixen*, antes citada, apartado 40)” (párrafo 34).

¹¹ Sentencia *Comisión c. Italia* de 13 de noviembre de 2008 (tranvía de L’Aquila, Sala 3ª, C-437/07): se considera que constituye un contrato de obra (y no una concesión) un contrato en el que el “concesionario” construye la obra a cambio de recuperar el coste, en parte a través de un pago directo del “concedente” y en parte en unos pagos fijos a realizar por el prestador del servicio a lo largo de 30 años. No hay ningún riesgo de demanda, aunque puede que sí exista algo parecido al riesgo de disponibilidad.

¹² Sentencia *Eurawasser* (10-9-2009, Sala 3ª, C-206/08, cuestión prejudicial planteada por OLG de Thüringen). El mero hecho de que el contratista perciba la contraprestación de los usuarios del servicio, y no de la Administración, no es suficiente para que el contrato sea una auténtica concesión. Es preciso, además, “asumir el riesgo de explotación de los servicios”: “De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios (véanse, en este sentido las sentencias *Parking Brixen*, apartado 40; de 18 de julio de 2007, *Comisión/Italia*, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, *Comisión/Italia*, apartado 29, antes citadas)” (párrafo 59). “El riesgo es inherente a la explotación económica del servicio” (párrafo 66). “Si la entidad adjudicadora sigue soportando *la totalidad* del riesgo sin exponer al prestatario a las incertidumbres del mercado, la atribución de la explotación del servicio requerirá la aplicación de las formalidades previstas por la Directiva 2004/14 para proteger la transparencia y la competencia” (párrafo 67). El problema que se planteaba en este caso es que el riesgo existente en el negocio era limitado (párrafos 72-73). El TJ dice que eso no priva al poder adjudicador del derecho a utilizar la técnica de la concesión (párrafo 74), en una formulación que recuerda la idea de respeto a la autonomía organizativa de los Estados miembros, en la línea de la cooperación vertical y horizontal. Tampoco tiene sentido pedirle que cree un riesgo artificial para legitimar la concesión (párrafo 75). En conclusión, debe transferirse la totalidad y o una parte significativa del riesgo, sea éste poco o mucho: “incluso si el riesgo que corre la entidad adjudicadora es muy limitado, es necesario que transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación que corre para que se considere que existe una concesión de servicios” (párrafo 77). Se trata de una concepción “relativa”, no “absoluta” del riesgo. Lo que no importa no es que sea poco o mucho, sino que se transfiera al concesionario.

Curiosamente, se afirma que “no deben tenerse en cuenta los riesgos generales derivados de las modificaciones de la normativa acaecidas durante la ejecución del contrato” (párrafo 79). Es importante porque se trata precisamente de riesgos que en algunas concesiones no se transmiten al concesionario, al tratarse de *factum principis*. La conclusión es que el hecho de que el contratista reciba el pago de los usuarios y no de la entidad concedente no excluye que se trate de un contrato de servicios, salvo que “la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico pública de los servicios” (párrafo 80).

en la adjudicación directa del contrato para favorecer a un particular; lo que estaba en juego era una fórmula de colaboración interadministrativa. En la siguiente sentencia, de 10 de marzo de 2011 (*Privater Rettungsdienst*), también procedente de Alemania, la discusión sobre el concepto de concesión también encubre el intento de salvar una técnica de gestión, en este caso la aplicación, en la contratación de los servicios sociales (en este caso, las ambulancias), de fórmulas no basadas estrictamente en el precio.¹³ Las Directivas de 2014 atenderán esta preocupación estableciendo procedimientos más flexibles y umbrales más altos en este sector. En esta sentencia lo que hace el TJ es interpretar con generosidad el concepto de “riesgo de explotación”, para aceptar que se produce su transmisión en un sector en el que el riesgo de demanda es mínimo o inexistente.

Esta última sentencia es muy importante porque perfila el riesgo que debe asumir el concesionario en unos términos que han pasado casi directamente a la Directiva 2014/23. Como no se trataba de una concesión al uso, en la que fuese obvio el riesgo asumido por el concesionario, era necesario un desarrollo argumental.¹⁴ Ya no se habla de “riesgo de explotación del servicio” como de algo obvio (e identificado con el riesgo de explotación, incluido el de demanda), porque se está aplicando la concesión a servicios en los que el riesgo es pequeño. Pero debe existir un riesgo de que las cuentas salgan mal, de que el contrato resulte ruinoso:

“el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, antes citada, apartado 74).”

El Tribunal apunta en esta sentencia (y también esto pasará a la Directiva) que este riesgo del concesionario no debe confundirse con el riesgo que asume todo contratista (y que nosotros identificaríamos con el “principio de riesgo y ventura”):

“riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos,

¹³ Sentencia *Privater Rettungsdienst* (10 de marzo de 2011, Sala 3ª, C-274/09, cuestión prejudicial de Munich, párrafos 37-38).

¹⁴ Ante las similitudes entre este caso y el de los conciertos de asistencia sanitaria (sentencia de 27 de octubre de 2005, asunto C-158/03, Comisión contra España, párrafo 32) en el que el Tribunal falló que no se trataba de una concesión, cabe preguntarse si la diferencia respuesta tiene que ver con que en el asunto *Privater Rettungsdienst* se trataba de una fórmula de contratación que, aunque no encajaba en las normas de la Directiva de contratos sobre la licitación, podía ser considerada razonable en el ámbito de los servicios sociales (y de hecho habría sido “rescatada” por la Directiva 2014/18, que flexibiliza la contratación en este ámbito), mientras que en el asunto de los conciertos de asistencia sanitaria nos encontramos ante una contratación con empresas, pura y simple, sólo que tramitada (incorrectamente) como concesión y no en forma de contrato de servicios.

en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios”.

En alguna sentencia posterior, vuelve a utilizarse, como en la sentencia *Eurawasser*, una concepción “relativa” (no “absoluta”) del riesgo. No importa que el riesgo asociado a la gestión del servicio sea pequeño, mientras sea efectivamente transmitido al concesionario. Por ello, no hay concesión (sino contrato de servicios) si el contratista “no asume una parte significativa del riesgo que corre el poder adjudicador”, por ejemplo cuando incluye cláusulas de protección ante pérdidas o insuficiencia de ingresos.¹⁵ Nótese la indudable “rebaja” en las exigencias de asunción del riesgo: se pasa de exigir la asunción “del riesgo de explotación” (sentencias de 2005-2007) a exigir que suma “una parte significativa del riesgo” que inicialmente tenía el poder adjudicador (sentencias de 2009-2011), que además puede ser, de por sí, pequeño (por ejemplo en el caso *Privater Rettungsdienst*).

Para sintetizar las conclusiones de este examen de la jurisprudencia, podemos comenzar recordando que al Tribunal no le preocupa la asunción de riesgos por los concesionarios o el peligro que para el interés público puede esconderse en cláusulas de protección del concesionario que obliguen a la Administración a costosos rescates. Lo único que le preocupa es que se utilice el procedimiento de licitación adecuado, es decir, que no se licite como concesión (lo que hasta hace poco significaba sin procedimiento regulado por el Derecho comunitario) algo que en realidad no es una concesión, sino un contrato de servicios. Las mismas cláusulas que no son admisibles en una concesión (porque suponen que el concesionario no asume el riesgo) son perfectamente válidas en un contrato de servicios.

También cabe observar una progresiva flexibilización del riesgo que debe asumir el concesionario, dirigida a “salvar” fórmulas de gestión a las que tienen apego determinados Estados (Alemania) y que se desarrollan en ámbitos (colaboración interadministrativa, servicios sociales) en los que el propio legislador comunitario reconoce la conveniencia de no obligar a los Estados a grandes cambios.¹⁶ Se trata, además (sentencias *Eurawasser* y *Privater Rettungsdienst*), de concesiones de servicios, en las que no hay una obra asociada con sus correspondientes gastos de inversión. En esa progresiva flexibilización, ya no se exige que el concesionario asuma el riesgo de explotación, sin más, sino “una parte significativa” del riesgo, lo que al final se resume en la posibilidad de sufrir pérdidas, siempre que vaya más allá del riesgo que asume todo empresario en un contrato.

b) Las normas de contabilidad y los requisitos para que un proyecto no compute como déficit ni deuda.

Si en la Directiva 2014/23 pueden reconocerse fórmulas y reglas procedentes directamente de la jurisprudencia del TJ, otras tienen su origen inmediato en las normas europeas de contabilidad pública, aprobadas en forma de Reglamento y conocidas en español, en su versión vigente, como SEC-2010.¹⁷ Esas normas deben ser cumplidas por

¹⁵ Sentencia de 10 de noviembre de 2011 (Sala 2ª, asunto C-348/10, Norma-A, cuestión prejudicial planteada desde Letonia, párrafos 44-49).

¹⁶ Párrafos 5 y 7 de la Directiva 2014/24 y párrafos 5-6 de la Directiva 2014/23.

¹⁷ Reglamento (UE) N° 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. En la doctrina española, A.

los Estados miembros al elaborar sus cuentas públicas, y su cumplimiento es controlado por EUROSTAT, que ha aprobado un Manual que desarrolla estos criterios.¹⁸

Si el TJ intenta evitar que se liciten como concesiones contratos que en realidad lo son de obras o de servicios (pero no auténticas concesiones), lo que preocupa a EUROSTAT es la transparencia de las cuentas, es decir, que éstas reflejen los auténticos compromisos financieros asumidos por los Estados (en lugar de ocultarlos) y que las cifras de déficit y de deuda pública sean creíbles y se puedan establecer comparaciones adecuadas entre unos Estados y otros, y tenga sentido afirmar que un Estado “cumple” los objetivos marcados por la normativa europea de estabilidad presupuestaria.¹⁹ A EUROSTAT no le preocupa en absoluto la adecuada licitación del contrato (que se da por supuesta), y tampoco le importa (y se dice expresamente) la mayor o menor eficiencia de estas fórmulas, sino la adecuada contabilización de los compromisos reales asumidos por los Estados.²⁰ Si el TJ intenta evitar la “huida a las concesiones” como vía para eludir el cumplimiento de las normas sobre licitación y adjudicación, a EUROSTAT le importa evitar la “huida al capital privado” con la que se intenta compensar la escasez de recursos públicos y eludir los límites normativos del déficit y la deuda públicos.

Las normas SEC-2010 no están pensando en cualquier tipo de concesiones, sino fundamentalmente en las concesiones de obra y en las concesiones de servicio que incluyen la ejecución de obras, puesto que es en ellas donde se realizan importantes inversiones (construcción de una autopista, un edificio público, etc.) cuya contabilización puede plantear problemas, puesto que no es lo mismo contabilizar todo el coste de la inversión en un año, lo que supone un fuerte incremento del déficit público y de la deuda, que contabilizarlo en forma de concesión o de proyecto de colaboración público-privado, lo que supone contabilizar únicamente en cada año el coste de los pagos que la Administración debe hacer al concesionario, con un impacto muy limitado sobre el déficit público. Pero estas reglas van a pasar a la Directiva y aplicarse a todas las concesiones, incluidas aquellas que no suponen la ejecución de obras o sólo en muy pequeña medida.

Las reglas SEC-2010, que tanto incluyen en la regulación sustantiva de los contratos públicos, se basan en unas categorías que no se ajustan a las que utilizan las Directivas. Así, para estas normas, sólo hay “concesión” cuando el peaje por la utilización de la

B. MACHO PÉREZ/E. MARCO PEÑAS, “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda públicos: análisis de los criterios de Eurostat”, *RAP*, 194 (2014), págs. 437-474.

¹⁸ *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA 2010*, Eurostat, 2016.

¹⁹ *Manual, cit.*, págs. 332 (párrafo 3), pág. 334 (párrafo 10), pág. 337 (párrafo 24). Por explicarlo con un ejemplo, se trata de esas reglas que Grecia incumplió constantemente en la década de los 2000, provocando, cuando llegó la crisis financiera, el gravísimo problema que toda Europa ha vivido durante estos últimos años (hasta 2015 aproximadamente).

²⁰ “No corresponde a los estadísticos examinar las razones, el sentido o la eficiencia (análisis costes/beneficios) de estas formas de colaboración [público privada], o expresar una opinión sobre la viabilidad económica o financiera de los proyectos a los que las mismas se aplican, en especial en comparación con otras formas de realizar inversiones. El papel de los estadísticos se limita a fijar criterios claros para el tratamiento de los CPP en las cuentas públicas nacionales y, en el contexto del procedimiento de déficit excesivo, sobre su impacto en las cifras de déficit y deuda. Por tanto, es importante aplicar correctamente los principios de contabilidad pública para asegurar el respeto de las normas y la homogeneidad de las estadísticas oficiales en todos los Estados miembros, de modo que las cifras de déficit y deuda sean totalmente comparables entre ellos” (*Manual, cit.*, págs. 334-335, párrafo 12).

obra lo paga el usuario, no en el caso del “peaje en sombra”.²¹ Por ello, las normas sobre riesgo operacional, riesgo de demanda y riesgo de suministro, que han pasado a la Directiva 2014/23, no proceden de la regulación que contienen las normas SEC-2010 *sobre las concesiones*, sino de la regulación de los proyectos de colaboración entre el sector público y el privado (PPP), que son el correlato financiero del antiguo contrato de colaboración público-privado.

Esto es importante, porque en los PPP en muchas ocasiones no existe riesgo de demanda, porque el único usuario potencial de la obra construida es la Administración o se trata de un uso obligatorio y predecible (pensemos en el supuesto de un contrato que sirve para la construcción de una prisión o de un hospital, a cargo del contratista y con pagos periódicos por parte de la Administración). En esos contratos no existe riesgo de demanda, y por ello se exige que el concesionario asuma otros riesgos (de construcción, de disponibilidad). Pero el resultado es que, por influencia de las reglas SEC, en la Directiva (y en la LCSP) ya no se exige que el concesionario asuma el riesgo de demanda *en ningún caso*, ni siquiera en los contratos en los que sí existe ese riesgo.

Las normas SEC no exigen que el “concesionario” (es decir, el empresario privado en general, también cuando el contrato no es calificado por las normas SEC como concesión, sino como PPP) asuma “el riesgo”, es decir, “todo el riesgo”, sino “la mayor parte del riesgo”.²²

Esta exigencia se manifiesta en una regla fundamental: existe concesión (o PPP) y, por tanto, la inversión no cuenta para el déficit ni para la deuda pública, cuando el concesionario asume el riesgo de construcción y además el riesgo de demanda o el de disponibilidad.²³ Es fácil entender el concepto de riesgo de demanda.²⁴ El riesgo de disponibilidad consiste, por su parte, en que la retribución del concesionario dependa, al menos en parte, de la correcta prestación del servicio o de que la obra se encuentre en las condiciones fijadas en el contrato, de modo que su retribución se reduzca si la obra o servicio no se presta, o no alcanza los estándares de calidad y cantidad fijados en el contrato.²⁵ La falta de disponibilidad ha de afectar a la retribución, no sólo a la imposición de penalidades. El mayor problema jurídico estriba en distinguir este “riesgo de disponibilidad”, que en las normas SEC-2010 es suficiente para que un contrato de colaboración público-privado (PPP) no compute como déficit y deuda públicos (siempre que el contratista asuma también el riesgo de construcción), del normal “riesgo y ventura” que afecta a todo empresario y que en la contratación pública está expresamente colocado a cargo del contratista.

²¹ *Manual, cit.*, pág. 324 (párrafo 16).

²² *Manual, cit.*, pág. 325 (párrafo 25), pág. 332 (párrafo 4).

²³ *Manual, cit.*, pág. 333.

²⁴ Es el riesgo cuyo cálculo erróneo provoca la ruina de las concesiones que fracasan, como algunas de las autopistas de peaje adjudicadas al amparo de la Ley 13/2003 o aparcamientos subterráneos en régimen de concesión.

²⁵ El riesgo de disponibilidad (*availability risk*) se define en el *Manual, cit.*, págs. 333 (párrafo 5) y 340 (párrafo 40). Se refiere “al volumen y calidad de la prestación (ligados a la actuación del contratista)”. “El riesgo de disponibilidad se refiere a casos en los que, durante la fase de explotación del *activo* [la obra], el contratista incurre en responsabilidad debido a su defectuosa gestión, que da como resultado que el volumen de servicios prestados esté por debajo de lo acordado en el contrato, o que los servicios no alcancen los niveles de calidad especificados en el contrato”.

No hay que olvidar que en las normas SEC existe un sesgo favorable a admitir la colaboración público-privada, que es una técnica que las instituciones de la UE consideran irrenunciable para la realización de inversiones públicas y que constituye el instrumento principal del denominado “Plan Juncker”.²⁶

En una valoración global, puede decirse que las reglas SEC-2010 no exigen que el concesionario asuma todos los riesgos, sino sólo la mayor parte.²⁷ También debe recordarse que no están pensando en las concesiones típicas, en las que son los usuarios los que remuneran al concesionario a través de peajes, sino más bien en proyectos en colaboración entre el sector público y el sector privado, en los que, o bien la obra es utilizada por la Administración (construcción de cárceles, hospitales, etc.) o bien se aplica el peaje en sombra.

4. La fusión de estos dos conceptos en la Directiva 2014/23.

La Directiva define el contrato de concesión para determinar su propio ámbito de aplicación y deslindarlo así del de la Directiva 2014/24, que regula el resto de los contratos públicos, es decir, los de obra, suministros y servicios. Dicho en otros términos, lo que distingue a los contratos de concesión de obra y concesión de servicios de los contratos de obra y de servicios, respectivamente, es la asunción por el contratista (en los dos primeros casos) de un riesgo operacional, que por el contrario no se produce en los dos últimos casos.

Esto quiere decir que al legislador europeo no le preocupa que los poderes adjudicadores firmen contratos en los que asuman demasiados riesgos y en los que el supuesto concesionario no asuma riesgo alguno. Lo único que le preocupa es evitar que esos contratos utilicen indebidamente el nombre de concesión y se liciten y adjudiquen por el procedimiento (más laxo) de la concesión y no por el de la Directiva 2014/24, que es el que debería serles aplicable. La Directiva regula la preparación y adjudicación del contrato, no su ejecución, aunque el contenido del contrato (las normas sobre su ejecución e incluso extinción) resulta relevante para calificarlo y para determinar el régimen aplicable a su licitación y adjudicación.

La Directiva recoge los principales elementos que hemos visto surgir en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en los documentos de SEC-2010:

- El concesionario debe asumir “un” riesgo operacional (artículo 5, apartado 1).

²⁶ Sobre esta cuestión, es útil mencionar las Conclusiones del Consejo de Asuntos Económicos y Financieros sobre la resolución de los obstáculos a la inversión identificados con arreglo al tercer pilar del Plan de Inversiones (6 de diciembre de 2016): “El uso de las asociaciones público-privadas (APP): Las asociaciones público-privadas pueden, si se utilizan de un modo adecuado, hacer de facilitadores para tipos específicos de inversiones y ofrecer una vía alternativa para la prestación de bienes y servicios públicos. Al tratarse de obligaciones contractuales a largo plazo requieren sin embargo un compromiso fuerte y estable de los socios de los sectores público y privado y constituyen, en potencia, una fuente de riesgo para las finanzas públicas. Su uso es a menudo dificultado por condiciones marco desfavorables como la falta de recursos administrativos, la inestabilidad e ineficiencia del marco regulador y una falta de compromiso político con inversiones a largo plazo. En determinadas circunstancias, los fondos de la UE pueden contribuir a la financiación de las APP y los recientes cambios en el Reglamento deben facilitar la combinación de los fondos de la UE y las APP”.

²⁷ *Manual, cit.*, pág. 339 (párrafo 35).

- No es necesario que asuma “todo” el riesgo operacional (o, lo que sería lo mismo, “el riesgo operacional); se admite que el poder adjudicador retenga o asuma una parte de dicho riesgo. Se habla de “la parte de los riesgos transferidos al concesionario” (artículo 5.1) y admite que “parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador” (párrafo 18 del preámbulo). En los trabajos preparatorios se exigía la asunción por el concesionario de un riesgo “sustancial”.
- Ese riesgo operacional que debe asumir, al menos en parte, el operador económico (el concesionario) puede ser riesgo de demanda, riesgo de oferta o suministro, o ambos. En los trabajos preparatorios se habla de “riesgo de disponibilidad”, rebautizado después como riesgo de oferta o suministro.
- Riesgo de demanda es “el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato” (párrafo 20 del preámbulo).
- Riesgo de oferta es “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” (párrafo 20).
- El riesgo que debe asumir el concesionario, tanto en el caso del riesgo de demanda como en el de oferta, debe encontrarse en circunstancias que no dependen completamente de su actuación, es decir, debe ser un riesgo que no pueda evitar sólo con una buena gestión: “Un 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 de 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 es un contrato público como si es una concesión” (párrafo 20).
- El riesgo asumido debe ser real: “Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable” (artículo 5, apartado 1).
- El riesgo debe ser real, pero puede ser pequeño: “El hecho de que el riesgo esté limitado desde el inicio no impedirá que el contrato se considere una concesión” (párrafo 19).

Esta fusión da lugar a una regulación a la baja del riesgo operacional, puesto que se construye una normativa de alcance general para todas las concesiones, a partir de las excepciones y particularidades de distintos tipos contractuales concretos:

- No se exige el riesgo de construcción (que sí se exige, en cambio, en SEC-2010), porque se incluyen concesiones de servicios (e incluso de obras) que no incluyen la construcción de una obra, sino sólo la prestación de un servicio o la explotación de una obra ya construida.
- No se exige el riesgo de demanda (es sólo una posibilidad) para evitar que la concesión sea poco atractiva para los inversores y también porque en los contratos PPP (de donde procede la regulación de SEC-2010) no existe riesgo de demanda o es muy limitado (contratos para la construcción de cárceles u hospitales, cuya demanda está asegurada).
- Por un lado, se admite que haya concesiones sobre servicios de riesgo muy limitado, siempre que ese limitado riesgo se transfiera, y a la vez se admite que la asunción del riesgo operacional no sea total, sino limitada (asunción de “un riesgo operacional”, admisión expresa de que una parte del riesgo sea retenida por la Administración).

La Directiva se aplica, como se ha repetido reiteradamente en este trabajo, a la licitación y adjudicación del contrato, determinando desde el principio cuál debe ser el procedimiento aplicable, es decir, el de la Directiva 2014/23 (si hay asunción de un riesgo operacional) o el de la Directiva 2014/24 (en caso contrario). Naturalmente, la decisión que al respecto adopte la Administración al inicio del procedimiento podrá ser posteriormente corregida por los tribunales en recursos contra actos del procedimiento de licitación o contra la adjudicación, como ha sucedido reiteradamente, pero el contrato tiene una calificación (concesión de obra/servicio o contrato de obra/servicio) que no varía a lo largo del tiempo.

La calificación de un contrato como concesión a efectos de la Directiva debería implicar que el mismo no computa como déficit y deuda a efectos de SEC-2010, pero tal objetivo no está completamente asegurado porque se trata de normas diferentes, aplicadas por órganos diferentes. Además, la calificación del contrato a efectos de SEC-2010 puede variar a lo largo del tiempo, puesto que en cada ejercicio habrá que calificar las diferentes partidas. Ha sucedido, y podría volver a suceder, que en un determinado ejercicio se exija computar como déficit y deuda el importe de un contrato celebrado años atrás, y ya en curso de ejecución, como consecuencia de un cambio de criterio sobre su clasificación en términos de SEC-2010.

5. La regulación del riesgo operacional en la LCSP de 2017.

a) Los preceptos referidos al riesgo asumido por el concesionario.

La nueva definición legal de las concesiones recoge el concepto de riesgo operacional en los mismos términos que la Directiva, como no puede ser de otro modo. El artículo 14.4 dice que la concesión “deberá implicar la transferencia al concesionario de *un riesgo operacional* en la explotación de dichas obras [o de dichos servicios] abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos”. A continuación, se incorporan

textualmente las determinaciones de la Directiva sobre el riesgo operacional y sus clases.²⁸

Curiosamente, en múltiples preceptos de la Ley se exige la asunción por el concesionario *del* riesgo operacional, sin matices, no de *un* riesgo operacional [artículos 250.1.m), 258.b), 265.2, 285.1.c)], sin tener en cuenta esa posibilidad reconocida en la Directiva y subrayada, por ejemplo, en Alemania, de que la transferencia del riesgo al concesionario sea sólo parcial.

b) Consecuencias sobre la delimitación con el contrato de servicios y sobre el régimen de éste.

Esa incorporación de las categorías de la Directiva ha provocado que pierda toda relevancia, como criterio de distinción entre el contrato de servicios y la concesión de servicios, el hecho de que el servicio gestionado tenga -o no- la naturaleza de servicio público. Tanto la concesión como el contrato de servicios pueden referirse a la gestión de un servicio público o de un servicio que no tenga esa condición. De ahí que el régimen de ambos contratos se desdoble, con algunas normas especiales para el caso de que tenga por objeto un servicio público (artículos 284.2 y 312). Aunque el cambio haya sido polémico, creo que no habría tenido demasiado sentido una transposición que borrara la distinción entre las categorías utilizadas por las Directivas, es decir, una transposición en la que también se llamase “concesión” a algunos contratos que las Directivas califican como contratos de servicios. Y ello aun suponiendo que el régimen aplicable a esas “concesiones” cumpliera todos los requisitos exigidos por el Derecho comunitario a los contratos de servicios.²⁹

Ya hemos visto que los contratos de servicios se caracterizaban por tener un plazo de duración máximo mucho más corto que el de las concesiones. La reclasificación de algunos contratos de gestión de servicios públicos en forma de concesión como contratos de servicios, como consecuencia de que el criterio de definición es la asunción de un riesgo operacional y no de la calificación del servicio objeto del contrato como un servicio público, podía, teóricamente, causar problemas por esa reducción de plazos.

El problema desaparece porque la diferencia de plazos queda diluida, en la práctica, con la nueva LCSP. El plazo de las concesiones (regulado en el artículo 29.6) ya no puede fijarse sin más en el máximo (40 años para las concesiones de obras y las de servicios que impliquen ejecución de obras, 25 años para las de servicios que no impliquen ejecución de obras y 10 para las de servicios sanitarios que no impliquen ejecución de

²⁸ “Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro 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.

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdénable”.

²⁹ La crítica a la nueva tipología, asumida por el Dictamen del Consejo de Estado de 10 de marzo de 2016, la desarrollan J. L. MARTÍNEZ ALONSO en “Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 40 (2015), y F. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos”, *El Cronista*, 60 (2016), págs. 50-57.

obras). Esos plazos máximos (que hasta ahora eran los únicos que había) quedan convertidos en un simple límite que no se puede superar, pero no en plazos que puedan ser utilizados en todo caso. Siempre que se quiera que la concesión tenga un plazo superior a cinco años, tendrá que fijarse “el [plazo] que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos”.³⁰ Por otro lado, los contratos de servicios (artículo 29.4) ya no están sometidos a un rígido corsé, porque el plazo máximo (que ahora es de cinco años, incluidas prórrogas, ligeramente inferior al fijado en el artículo 303 TRLCSP, que era de 6 años, prórrogas incluidas), puede superarse en la medida en que “[e]xcepcionalmente, en los contratos de servicios se podrá establecer un plazo de duración superior al establecido en el párrafo anterior, cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y éstas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación”. Podría decirse que esa ampliación del plazo es una especie de “pista de aterrizaje” dirigida a facilitar el encaje en el contrato de servicios de aquellos contratos que se hayan concebido como concesiones (con sus plazos largos) pero no cumplan el requisito de la transferencia del riesgo.

c) Cuestiones abiertas: los pagos por disponibilidad en las concesiones de servicios.

Como no es necesario que el concesionario asuma todo el riesgo operacional, incluido el de demanda, sino que es suficiente la asunción del riesgo de suministro, la LCSP permite expresamente que el concesionario sea retribuido mediante “pagos por disponibilidad” independientes de la demanda (art. 267, para la concesión de obra).³¹ En cambio, esta posibilidad no está prevista para la concesión de servicios (art. 289).³² Como se ha dicho, ese diferente trato carece de justificación, porque tanto en las concesiones de obras como en las de servicios es suficiente la asunción del riesgo de suministro.³³ Puede que el origen de esta diferencia normativa se encuentre en las reglas

³⁰ Con un punto de cinismo, imprescindible en esta materia, cabe decir que la Administración siempre puede “estirar” el plazo concesional hasta acercarse al máximo, imponiendo el pago de un elevado canon concesional para cuya amortización sea necesario un periodo de explotación prolongado.

³¹ “La retribución por la utilización 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, e la forma prevista en el PCAP. 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”.

³² “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”.

³³ Las observaciones del Observatorio de Contratación Pública sobre el Proyecto de Ley (que ya incluía estos dos preceptos, aunque con otra numeración) incidían en esta cuestión: “Se propone revisar los arts. 265.4 (concesión de obra) [actual artículo 267] y 287 (concesión de servicio) [actual artículo 289] para adecuarlos a la Directiva 2014/23 en materia de transferencia de riesgo operacional. Se propone la eliminación de la referencia a la «disponibilidad» en el art. 265.5 y su sustitución por «suministro» e introducir una referencia al «riesgo de suministro» en el art. 287. Es imprescindible que el tipo concesional sea coherente con la Directiva europea (la transferencia del riesgo es el elemento medular del tipo) y además no parece justificable introducir diferenciaciones entre la concesión de obras y la

SEC-2010, que, como he explicado, están pensando siempre en contratos con un “activo” (una obra) que es necesario financiar y en los que el concesionario está asumiendo también el riesgo de construcción. Sin embargo, la Directiva incorpora la regulación del riesgo de demanda y el de suministro (inicialmente denominado de disponibilidad) a todas las concesiones, sin distinción alguna, y no cabe distinguir allí donde la norma que se está tratando de incorporar no lo hace. Parece que la Ley, sin duda no por casualidad, ha querido terciar en la cuestión discutida sobre la relación entre “riesgo de suministro” y “riesgo de disponibilidad”, admitiendo expresamente las concesiones de obra con pagos por disponibilidad (es decir, sin riesgo de demanda), que es probablemente el supuesto más discutible y el que tendría más acogida en el mercado, lo que ya ha sido objeto de crítica.³⁴

En todo caso, creo que esa diferencia entre los artículos 267 y 289 debería ser irrelevante en la práctica, porque tanto uno como otro son innecesarios para desplegar las potencialidades que para la configuración del contrato se derivan del artículo 14.4. Dicho de otro modo, aunque no existiera ninguno de esos dos preceptos, a partir de la regulación general del riesgo operacional, podría haber concesiones sin asunción del riesgo de demanda, en las que, por tanto, se prevean pagos no ligados a la utilización o demanda de la obra o servicio, sino al riesgo de suministro.³⁵

La expresión “pagos por *disponibilidad*” debe interpretarse, además, en función de lo que a continuación se dirá sobre el riesgo de suministro y su relación con el de disponibilidad.

d) La delimitación del riesgo de suministro.

Ya hemos visto que el riesgo operacional “debe derivarse de factores que escapan al control de las partes” (párrafo 20 del preámbulo de la Directiva). Precisamente por eso se denomina “operacional”, porque es un riesgo “de la operación”, que el concesionario no puede suprimir completamente con una buena gestión. Esto afecta tanto al riesgo de demanda (que claramente no tiene que ver con la buena gestión del concesionario, porque, por muy buena que sea ésta, puede no haber demanda suficiente), como al de suministro, puesto que se una exigencia común a cualquier forma de riesgo operacional. Probablemente el cambio desde la denominación de “riesgo de disponibilidad” que aparece en SEC-2010 y en las versiones iniciales de la Directiva, a la de “riesgo de oferta o suministro” quiere subrayar precisamente esto, es decir, que ha de tratarse de algo más que de que el concesionario cumpla el contrato y ponga la obra a disposición de los usuarios o preste el servicio.

concesión de servicios ya que el legislador europeo exige en ambos casos la transferencia del riesgo (suministro y/o demanda)”.

³⁴ *Vid.*, desde una perspectiva económica, G. LLOBET, “De los creadores de las radiales... Llegan los pagos por disponibilidad” (20 de septiembre de 2017), <http://nadaesgratis.es/gerard-llobet/de-los-creadores-de-las-radiales-llegan-los-pagos-por-disponibilidad>.

³⁵ Un planteamiento opuesto al que se hacía en interpretación de la Ley de concesiones de obra de 2003: “El riesgo y ventura determina en definitiva que el concesionario dependa sustancialmente de los ingresos que obtenga por las tarifas que cobre a los usuarios que utilicen las infraestructuras” [F. SANZ GANDÁSEGUI, “El concepto de contrato de concesión de obras públicas”, en A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ (Dir.), *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 81-108, pág. 101].

Si alguna diferencia ha de existir entre el contrato de concesión y los contratos de obra o servicio, ésta consiste en que al concesionario, a diferencia de lo que sucede con los contratistas de obras o de servicios, no le basta, para cobrar, con ejecutar bien su prestación. El cobro de la prestación exige algo más, que no depende de su voluntad sino de hechos ajenos a la misma. El ejemplo más claro es el riesgo de demanda: no basta construir y gestionar bien la autopista, hace falta que los usuarios quieran circular por ella. El riesgo de suministro no puede consistir simplemente en el riesgo de no prestar el servicio o no tener la obra a disposición de los usuarios (con las condiciones de calidad fijadas en el contrato). Si así fuera, el único riesgo asumido por el concesionario sería el de que el contrato no sea rentable porque no le permita cubrir costes, pero ese riesgo lo asume cualquier contratista, público o privado (en el contrato de obra, pero también en el de servicios, por ejemplo). La única forma de entender el riesgo de suministro como una forma de riesgo operacional (es decir, concesional) consiste en interpretarlo en el sentido de que el concesionario asume el riesgo de que, por circunstancias ajenas a él como, por ejemplo, un posible exceso de demanda, se agote el servicio o las posibilidades de uso de la obra concedida, de forma que, aunque él esté cumpliendo correctamente la prestación, se produzca una denegación de uso o no se cumplan los estándares de calidad. Por ejemplo, el concesionario asumiría el riesgo de no cobrar la remuneración por circunstancias (relativamente) ajenas a su buena gestión, como por ejemplo embotellamientos en la autopista objeto de concesión, o tiempos excesivos de respuesta en el servicio concedido.

Para sostener que el riesgo de suministro es algo más que el riesgo y ventura que asume todo contratista, hay que entenderlo en el sentido de que el concesionario asume el riesgo de que, como consecuencia, por ejemplo, de un exceso de demanda, y aunque él esté cumpliendo correctamente el contrato, se produzcan denegaciones de uso de la obra o servicio o no se cumplan los estándares de calidad y disponibilidad (embotellamientos, listas de espera, etc.).

Obviamente, el incumplimiento de los estándares de calidad previstos en el contrato tendría una repercusión doble. Como parte del riesgo de suministro, supondría una reducción de la remuneración del concesionario. Y como posible incumplimiento del contrato, se aplicarían otros remedios como la imposición de penalizaciones o la resolución por incumplimiento.

6. La denominada “responsabilidad patrimonial administrativa”.

a) La regulación de los efectos de la resolución del contrato de concesión y la asunción del riesgo operacional.

Aunque el riesgo operacional se regula al hablar de la definición de las concesiones, se encuentra íntimamente ligada a una figura referida a la extinción del contrato, a saber, la mal llamada (pero expresivamente llamada, y de ahí que el concepto haya hecho fortuna) “responsabilidad patrimonial administrativa”, es decir, la norma que establece que en caso de resolución del contrato por cualquier causa -no sólo por causas imputables a la Administración concedente-, ésta abonará al concesionario el importe de la inversión realizada, salvo la parte que ya se haya amortizado.³⁶ Esta regla, que se

³⁶ El dictamen de 23 de julio de 2014 (referencia 9/2014) habla de la “mal llamada responsabilidad patrimonial de la Administración -esto es, el valor patrimonial de la inversión realizada por la

incorporó a la Ley 13/2003 procedente de la Ley de autopistas de peaje de 1972³⁷, pasó después al TRLCSP de 2011 (art. 271) hasta ser finalmente modificada (y en cierto modo, suprimida) por la Ley 40/2015, cuyos términos se mantienen (sin cambios importantes) en la LCSP de 2017 (artículos 280.1 y 3, y 281).

Aunque nunca llegue a utilizarse, la previsión en un contrato de la denominada RPA puede implicar que se entienda que el contratista no asume riesgo operacional, con la consecuencia de que el contrato no es una concesión y además computa como déficit y deuda.³⁸ La propia Directiva 2014/23 hace referencia a ella en el párrafo 19 de su preámbulo, *a sensu contrario*, al decir que un contrato puede ser, a pesar de todo, una concesión “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*”. Pero la RPA, antes de la reforma de 2015, iba más allá puesto que se aplicaba en cualquier supuesto de resolución del contrato, por cualquier causa.

De hecho, la modificación de la “responsabilidad patrimonial administrativa” en la Ley 40/2015, que forma parte de un paquete de reformas de la legislación de contratos que no se quiso hacer esperar hasta la aprobación de la nueva LCSP, probablemente no tenía como intención principal la de evitar que las Administraciones tuvieran que asumir nuevos rescates en futuras concesiones de obra (impedir, por tanto, la repetición del episodio de las radiales), sino la de facilitar la utilización en el futuro de la concesión de obra, puesto que, si no se hubiese realizado esta modificación, esta clase de proyectos y concesiones se habrían contabilizado del mismo modo que los contratos de obra, computando el total de la inversión en la cifra de déficit y de deuda pública, privándolos así de uno de sus principales atractivos para las Administraciones Públicas.

b) Las consecuencias económicas de la regulación de la RPA antes de la reforma introducida por la Ley 40/2015.

La aplicación de la RPA supone, como estamos viendo en el caso de las “autopistas radiales”, pero no sólo en él, que el concesionario puede desviar sobre la Administración buena parte de las consecuencias del riesgo inicialmente asumido, incluso si se trata del riesgo de demanda. De poco sirve proclamar que el concesionario asume el riesgo de demanda, e incluso excluir expresamente que pueda pedirse el restablecimiento del equilibrio económico por incumplimiento de las previsiones de demanda (como hace ahora el artículo 270.2 de la LCSP, párrafo 3º, recogiendo lo que venía diciendo la jurisprudencia más reciente), *si el concesionario tiene la opción de*

concesionaria- que tiene que abonar la Administración, entre otros casos, en los de resolución del contrato de concesión”.

³⁷ Me he referido a estos antecedentes en el trabajo “Un contrato administrativo, ¿puede ser resuelto por un Juzgado de lo Mercantil? (En torno a las sentencias de 5 y 15 de diciembre del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, recaídas en los conflictos de jurisdicción números 5 y 6 de 2016)”, *Anuario de Derecho Concursal*, 41 (2017), págs. 85-97.

³⁸ *Manual, cit.*, pág. 347 (párrafo 72). “Si la insolvencia del empresario se produce durante la fase de explotación, el contrato debería prever expresamente que, si se le tiene que abonar alguna compensación cuando el Gobierno reciba la obra, dicha compensación no excederá el valor de mercado que tenga la obra en ese momento (minorado en el coste que se estime que requerirá poner el activo en condiciones adecuadas para su explotación), resultante de un nuevo proceso de licitación o calculado por expertos independientes”.

provocar la resolución del contrato por incumplimiento y recuperar (aproximadamente) la inversión efectuada por la vía de la RPA. A pesar de que se le aplicarían al concesionario recortes como la incautación de garantías o la indemnización de daños y perjuicios (y sufriría una prohibición de contratar), la obligación de asumir la RPA puede ser incluso más onerosa para la Administración que el restablecimiento del equilibrio en los términos del viejo concepto del “riesgo imprevisible”.³⁹

Una previsión como la que se contenía en el artículo 271.1 del TRLCSP hasta su reforma por la Ley 40/2015, supone que la Administración asume un riesgo cuya realización es muy frecuente en las inversiones en activos que tienen un largo periodo de amortización. En esta clase de operaciones se realiza una inversión inicial y durante toda la vida útil del activo su gestor percibe unos ingresos de explotación con los que tiene cubrir los costes de capital (necesarios para amortizar la inversión inicial) y los costes de explotación o de mantenimiento (necesarios para que el activo esté operativo, lo que incluye los costes de personal y también los de conservación del activo). Si los ingresos de explotación son inferiores a los costes de explotación, el destino del activo es su cierre y abandono, puesto que a nadie interesa una explotación que sólo produce pérdidas. Sin embargo, si los ingresos de explotación son superiores a los costes de explotación, es previsible que el activo continúe en explotación, aunque no puedan cubrirse los costes de capital. En este caso, es probable que el gestor del activo (concesionario, propietario, etc.) entre en un procedimiento de insolvencia y que el activo pase a manos de otro sujeto que pague a los acreedores el precio cuyos costes pueda soportar con los ingresos de explotación reales (inferiores a los previstos inicialmente, por supuesto). Es lo que ha pasado en múltiples ocasiones a lo largo de la historia, porque es frecuentísimo que quien termina explotando un activo a largo plazo de gran dimensión, como un gran edificio de oficinas, no sea quien lo promovió inicialmente. Es lo que ha pasado, por ejemplo, con numerosos pozos de *fracking* en USA, donde los ingresos de explotación son menores a lo previsto inicialmente (cuando comenzó la excavación en un contexto de altos precios del petróleo) pero a pesar de ello son superiores a los costes de explotación. Normalmente, quien asume este riesgo es el inversor y, si no puede aguantar la presión y no puede pagar su deuda, el financiador, que al final pierde una cantidad equivalente a la diferencia entre el importe del préstamo y el valor asumible con los ingresos de explotación reales. La previsión legal que obliga a la Administración a abonar el valor de la inversión en cualquier supuesto de resolución del contrato (lo que figuraba en el artículo 271.1 del TRLCSP de 2011 hasta su reforma en 2015) suponía trasladar ese riesgo directamente a la Administración.

Un último elemento en el funcionamiento de esta técnica es que sus resultados pueden variar enormemente en función de circunstancias aparentemente menores. Así, acaba siendo decisivo el hecho de que se haya hecho uso, o no, de la opción prevista en el artículo 66.2 de la LCSP (“Quienes concurren individual o conjuntamente con otros a la licitación de una concesión de obras o de servicios, podrán hacerlo con el compromiso de constituir una sociedad que será la titular de la concesión”). Cuando la concesionaria es una sociedad dedicada únicamente a la tenencia de la concesión, puede ser declarada

³⁹ Sobre todo, porque los tribunales tienden a rechazar los intentos de la Administración de cobrarle al concesionario conceptos como los costes financieros del pago de la RPA. Un ejemplo lo encontramos en la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Oviedo de 27 de octubre de 2016 (recurso contencioso-administrativo 138/2013), relativa a la RPA del contrato de concesión de obra de un aparcamiento público, con el argumento de que “se trata de algo completamente ajeno al contrato, y es que la situación financiera de la Administración no puede repercutir negativamente en el concesionario”.

en concurso de acreedores sin que ello afecte a sus socios, mientras que cuando la concesión pertenece directamente a la matriz, ésta se ve obligada a continuar gestionando la concesión, aunque produzca pérdidas o tiene que acudir a otras causas de resolución (como el incumplimiento, en forma de abandono), porque no tiene la opción del concurso limitado a la concesión. Además, la empresa matriz está afectada por otras consecuencias negativas de la concesión (como las prohibiciones de contratar) que penalizan el recurso a la RPA.

También es importante la elección de la causa de resolución del contrato, puesto que, si es por liquidación de la sociedad concesionaria, la RPA beneficiará a los acreedores y no a la propia concesionaria, mientras que si la concesionaria evita el concurso y el contrato se resuelve por incumplimiento, la RPA le beneficiará a ella.

La denominada RPA acababa dándole la vuelta a la distribución de riesgos que se deduce del contenido del contrato. Se ha escrito mucho sobre el equilibrio económico del contrato y la medida en que la Administración esté obligada a mantenerlo o restablecerlo, pero esta otra técnica resulta más importante en la práctica.

7. Conclusiones: menos riesgo, pero más transparente.

A lo largo de este trabajo hemos visto que la LCSP de 2017 permite licitar y adjudicar contratos de concesión en los que el concesionario asuma menos riesgos de los que el legislador de la Ley 13/2003 daba por supuesto que asumiría. La razón principal es que no es necesario que asuma el riesgo de demanda. Basta un riesgo de suministro que a veces resulta difícil de distinguir del que asume cualquier contratista de obra o de servicios.

Es patente el esfuerzo por hacer atractivo el contrato de concesión, que las instituciones europeas y el Gobierno consideran necesario. El cambio del riesgo de demanda por el de suministro es una petición expresa del sector.⁴⁰

En otros momentos (incluida la propia Ley 13/2003) la concesión se defendía como la forma de obtener obras “sin coste para la Administración”, puesto que el concesionario asumía el riesgo de construcción y de demanda. Los usuarios abonarían un peaje fijo y el riesgo y ventura del desajuste entre ingresos y gastos correrían a cargo del concesionario. La Administración podía, hasta cierto punto, desentenderse de la elección de las obras a construir mediante concesión, al no asumir ningún riesgo. Los mecanismos que se previeron para evitar fallos en el cálculo de la demanda se revelaron completamente inútiles, probablemente por falta de lo que Nassim Taleb llamaría *skin in the game*, es decir, porque las consultoras que elaboran los estudios de viabilidad no sufren penalización alguna en caso de que los mismos se vean desmentidos por la realidad. Tal vez sería hora, en casos como éste, de sustituir la exigencia de imparcialidad (que se intenta conseguir con las causas legales de abstención y recusación) por una exigencia de *parcialidad* o participación directa: si la consultora tuviera que arriesgar su propio capital en la concesión, puede que tuviera otra visión de la viabilidad de la concesión.

⁴⁰ X. LAZO VITORIA, “El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión”, en J. M^o. GIMENO FELIU (Dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, págs. 542-543.

En todo caso, la idea de la concesión “a coste cero” se revela completamente ilusoria si se prevé la RPA en caso de resolución por cualquier causa, como establecía el TRLCSP hasta la reforma de 2015.

La nueva regulación de la concesión (con menor asunción del riesgo y sin RPA salvo por causas imputables a la Administración) ya no pretende ofrecer concesiones “sin coste para la Administración”. Ésta asumirá normalmente costes económicos, puesto que tendrá que retribuir al concesionario, en unos casos como usuaria de la obra o en forma de peaje en la sombra, y en otros a través de pagos por disponibilidad que podrán ser la única fuente de ingresos del concesionario o añadirse a los peajes. La utilidad de la concesión es financiera, en la medida en que el concesionario se convierte en financiador de la Administración que permite asumir más obras al hacer posible que no computen como déficit y deuda.

La asunción de riesgos es ahora más transparente, puesto que se hace visible desde el principio, mientras que en el sistema anterior a los cambios de 2015 y 2017, el concesionario asumía nominalmente un enorme riesgo (cuando asumía el riesgo de demanda), pero en caso de resolución del contrato podía recuperar (básicamente) la inversión realizada, lo que reducía de forma muy significativa, en realidad, el riesgo asumido.

El derecho de desistimiento que contempla el artículo 270.4 de la LCSP para los supuestos de onerosidad extraordinaria sobrevenida como consecuencia de un *factum principis* o de la aplicación de la cláusula de progreso, que parece pensado sobre todo para descartar pretensiones de restablecimiento del equilibrio financiero, se antoja un punto débil del nuevo sistema, porque vuelve a colocar sobre los hombros del concesionario un riesgo difícilmente asumible sin compensación, sobre todo en vísperas, como parece que nos encontramos, de cambios tecnológicos que pueden alterar la economía de numerosas concesiones (como, sin ir más lejos, la electrificación y robotización del transporte por carretera).

Por otro lado, también resulta cada vez menos justificada la distinción entre concesiones de obra y de servicios, cuando el concepto de servicio público ya no va unido indisolublemente a estas últimas y cuando, tanto en un caso como en otros, la concesión puede incluir la construcción de una obra [concesiones de servicios con construcción de obra: artículo 29.6, párrafo 4º, letra a)] o la mera explotación (concesiones de obra de mera explotación: artículo 281.3). La regulación separada de uno y otro contrato produce problemas como la ya mencionada previsión de los pagos por disponibilidad sólo en el contrato de concesión de obras.

