

Informe 9/2016, de 1 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente)

Asunto: Análisis del concepto de riesgo operacional en relación con los contratos de concesión y otras categorías contractuales

ANTECEDENTES

I. El Ayuntamiento de Premià de Mar ha enviado un escrito de solicitud de informe a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el cual, después de recordar la definición de riesgo operacional que se contiene en la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, así como las menciones contenidas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público a la asunción de riesgos por parte de las empresas contratistas, plantea las cuestiones siguientes:

“1. ¿El riesgo operacional o de explotación en un contrato de gestión de servicios públicos, con obra de primer establecimiento también engloba el riesgo tecnológico en la ejecución de la obra? ¿En qué consiste este riesgo tecnológico?

2. ¿El riesgo de disponibilidad está englobado en el concepto de riesgo de explotación u operacional? ¿El riesgo de disponibilidad es expresión sinónima a los riesgos de oferta? ¿Si no es el caso, en qué consiste el riesgo de disponibilidad en los contratos de concesión?

3. ¿Una prestación de servicios en la que no se cumplan los mencionados requisitos de la Directiva 2014/23/UE, pero sí que admita la posibilidad de que una parte del precio sea satisfecha por los usuarios mediante tarifa, tendrá la consideración de contrato de servicios o de contrato administrativo especial?”

III. El artículo 4.9 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, establece que esta Junta Consultiva informa sobre las cuestiones que, en materia de contratación, le sometan, entre otros, las entidades que integran la Administración local en Catalunya. Por otra parte, el artículo 11.4 del mismo Decreto atribuye a la Comisión Permanente la aprobación de los informes correspondientes.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Las dos primeras cuestiones planteadas por el Ayuntamiento de Premià de Mar hacen referencia, por una parte, a si “en un contrato de gestión de servicios públicos, con obra de primer establecimiento” –es decir, un contrato de gestión de servicio público que lleve

aparejada la construcción de una obra—, el riesgo operacional o de explotación también engloba el “riesgo tecnológico en la ejecución de la obra” y, además, a la cuestión sobre qué es este riesgo tecnológico; y, por otra parte, si el riesgo operacional engloba el riesgo de disponibilidad y, también, a la cuestión sobre qué es este riesgo.

Se considera conveniente iniciar el análisis de estas cuestiones constatando, en primer lugar, que la única referencia contenida en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (de ahora en adelante, TRLCSP) al “riesgo tecnológico” se encuentra, en relación con los contratos de concesión de obra pública, en el artículo 128, apartado 2, en el cual se establece que el estudio de viabilidad de estos contratos tiene que contener, al menos, los datos, análisis, informes o estudios que procedan sobre, entre otros aspectos, los “riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de la obra” (letra f).

En todo caso, y a pesar de que en el ámbito de la normativa de contratación pública no se contiene ninguna definición de “riesgo tecnológico”, se puede entender que este hace referencia, de la misma manera que sucede en otros ámbitos, al riesgo del progreso o del incremento continuo de herramientas y aplicaciones que se vayan adoptando como consecuencia del avance de la tecnología –por ejemplo, el riesgo de incremento de los costes de explotación y de mantenimiento de la infraestructura como consecuencia de la revisión y la adaptación a la normativa sobre las instalaciones y los sistemas de seguridad; o el riesgo de que los activos utilizados dejen de ser los más adecuados para la prestación del servicio a lo largo de la duración del contrato, por mejoras técnicas alcanzadas en otros equipamientos.

Con respecto al “riesgo de disponibilidad”, el TRLCSP únicamente hace mención en el artículo 136, relativo al clausulado del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, estableciendo que este clausulado tendrá que incluir necesariamente estipulaciones 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”.

La Decisión de la Oficina Estadística de la Comunidad Europea (Eurostat) sobre “el tratamiento de las Asociaciones Público-Privadas”¹ incluye el “riesgo de disponibilidad” entre los riesgos que recomienda tener en cuenta, junto con el “riesgo de demanda” y el “riesgo de construcción”, para determinar si los activos incluidos en una asociación público-privada se tienen que considerar activos no públicos y, por lo tanto, contabilizar fuera del balance de las administraciones públicas.

En concreto, recomienda que los activos incluidos en una asociación público-privada se clasifiquen como no públicos, si el socio privado asume el “riesgo de construcción” y, al menos, o bien el “riesgo de disponibilidad”, o bien el “riesgo de demanda”.

¹ [*New decision of Eurostat on deficit and debt. Treatment of public-private partnerships*](#) (18/2004, de 11 de febrero de 2004).

Además, define “riesgo de disponibilidad” –“en el cual la responsabilidad del socio es evidente”, se afirma– como el “riesgo de no ser capaz de suministrar la cantidad pactada contractualmente o alcanzar la seguridad o los niveles certificados públicamente”, correspondientes a la prestación de servicios a los usuarios finales, definidos en el contrato; y también como el “riesgo de no alcanzar los estándares de calidad relativos al suministro del servicio, determinados en el contrato, produciendo un fallo evidente del servicio”. Asimismo, señala que la Administración no está obligada a asumir este riesgo si está legitimada para reducir significativamente (como una especie de penalización) sus pagos periódicos; que “los pagos de la Administración deben depender del nivel efectivo de disponibilidad suministrada por el socio durante un concreto periodo de tiempo”; y que “la aplicación de las penalizaciones cuando el socio incumple sus obligaciones de servicio debe ser automática y tener un efecto significativo sobre los ingresos/beneficios del socio y no ser puramente cosméticas o simbólicas”.

Por otra parte, define el “riesgo de demanda” como el que cubre la variación de la demanda (mayor o menor de la esperada cuando se firmó el contrato) independientemente del comportamiento (gestión) del socio privado, que sólo cubriría un cambio de la demanda que no resulte de una baja o inadecuada calidad de los servicios suministrados por el socio o de cualquier acción que modifique la cantidad/calidad de estos servicios y, en cambio, surgiría de otros factores como el ciclo de los negocios, las nuevas tendencias del mercado, la competencia directa o la obsolescencia tecnológica. Además, se afirma que “la Administración asume el riesgo de demanda cuando se obliga a asegurar un determinado nivel de retribuciones al socio independientemente del nivel efectivo de la demanda expresado por el usuario final, resultando irrelevante las fluctuaciones en el grado de la demanda sobre la capacidad de generar beneficios del socio”.²

Más recientemente³, el Eurostat sigue distinguiendo estas tres categorías principales de riesgos y concreta que el “riesgo de disponibilidad”, que cubre el volumen y la calidad de la producción, se refiere a los casos en los cuales se reclama la responsabilidad del socio, a causa de una gestión defectuosa que tiene como resultado un volumen de servicios inferior al acordado contractualmente, o servicios que no cumplan los estándares de calidad especificados en el contrato.

Asimismo, también especifica que el “riesgo de demanda” cubre la variabilidad de la demanda (mayor o menor de la esperada en el momento de la firma del contrato), con independencia del cumplimiento; “en otras palabras, un cambio de demanda no puede estar directamente y totalmente vinculado a una calidad insuficiente de los servicios prestados, aunque los déficits cuantitativos y cualitativos en esta materia pueden tener un impacto en el uso efectivo del servicio y, en algunos casos, ejercen un efecto de desalojo. En cambio, el riesgo de demanda también puede ser el resultado de otros factores, como

² Esta Decisión también define el “riesgo de construcción” como el que cubre situaciones como entregas con retraso, incumplimiento de los estándares especificados, costes adicionales, deficiencias técnicas, o efectos externos negativos.

³ [*Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA 2010 \(Edition 2016\).*](#)



el ciclo económico, las nuevas tendencias del mercado, un cambio en las preferencias de los usuarios finales o la obsolescencia tecnológica. Ello debe considerarse como parte de lo habitual del 'riesgo económico' soportado por entidades privadas en una economía de mercado".⁴

En la misma línea, en el Sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la Unión Europea (SEC 2010) se define como "riesgo de disponibilidad" el que "incluye la posibilidad de costes adicionales, como los de mantenimiento y financiación, y las sanciones soportadas porque el volumen o la calidad de los servicios no cumplen las normas especificadas en el contrato".⁵

Llegados a este punto, y una vez tratada la cuestión relativa al hecho de qué hay que entender por "riesgo tecnológico" y por "riesgo de disponibilidad", procede analizar si hay que considerarlos incluidos dentro del concepto de riesgo operacional al que se refiere la Directiva 2014/23/UE, aunque esta no haga ninguna mención en este sentido y que la definición de riesgo operacional que contiene es la única determinante de la existencia de un contrato de concesión y, por lo tanto, de la tipificación correcta de un contrato como tal.

II. La Directiva 2014/23/UE establece, en el párrafo último del artículo 5, apartado 1, que la adjudicación de las concesiones de obras o servicios tiene que implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de las obras o servicios "incluyendo el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos".

⁴ En este Manual del Eurostat también se concreta que el "Riesgo de construcción" incluye acontecimientos relacionados con posibles dificultades en la fase de construcción y con el estado de los activos involucrados en el momento en que se empiezan a proporcionar los servicios y que "en la práctica, se relaciona con acontecimientos tales como el retraso en la entrega, el incumplimiento de las normas especificadas, los costes adicionales y cuestiones ambientales, deficiencias técnicas y efectos negativos externos (incluido el riesgo medioambiental) que genere pagos compensatorios a terceros".

⁵ El Reglamento (UE) nº. 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 (SEC 2010), incorpora el criterio adoptado por Eurostat en la Decisión de 2004, antes mencionada, estableciendo que para determinar la naturaleza pública o privada de los activos en una asociación público-privada es necesario saber cuál de los socios asume la mayor parte de los riesgos y cuál se espera que reciba la mayor parte de los beneficios de los activos; que los principales elementos de riesgo y beneficio que se deben evaluar son el riesgo de construcción, el riesgo de disponibilidad, el riesgo de demanda, el riesgo de valor residual y obsolescencia y la existencia de financiación del garante o de concesión de garantías o de cláusulas de rescisión ventajosas; y que los riesgos y los beneficios corresponden al operador si el riesgo de construcción y la demanda o los riesgos de disponibilidad han sido transferidos de manera efectiva. En todo caso, hay que precisar que en el SEC 2010 se distingue entre asociaciones público-privadas y concesiones, atendiendo al mecanismo de retribución –pago por parte del ente público y pago directo del usuario, respectivamente–, y se señala que "cuando la sociedad vende los servicios directamente al público a través, por ejemplo, de una carretera de peaje, el contrato se considera concesión y no una asociación público-privada".

De acuerdo con esta redacción y teniendo en cuenta los conceptos de riesgos utilizados en el ámbito comunitario a los que se ha hecho referencia en la consideración jurídica anterior, se puede afirmar, ya ahora, que el riesgo operacional incluye el “riesgo de disponibilidad”, si este se puede considerar incluido en el concepto de “riesgo de suministro”, ya que el “riesgo de demanda”, como ya se ha visto, es un riesgo diferenciado del “riesgo de disponibilidad”.

Además, también procede recordar ahora que, si bien la Directiva 2014/23/UE no contiene ninguna referencia al “riesgo de disponibilidad”, este concepto sí se incluía en el texto de propuesta de la Directiva⁶, en la cual se establecía que “el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo económico (...)” (considerando 7) y 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; b) riesgo relacionado con la disponibilidad de las infraestructuras proporcionadas por el concesionario o utilizadas para la prestación de servicios a los usuarios” (artículo 2, apartado 2). Como se ha visto, la referencia a “riesgo relacionado con la disponibilidad” se ha sustituido en el texto definitivo de la Directiva por la de “riesgo de suministro”, de manera que la cuestión a aclarar pasa por determinar si este cambio fue puramente semántico o bien fue también de concepto.

Con la finalidad de responder esta cuestión se considera procedente partir del concepto de riesgo operacional, definido en el mismo párrafo último del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2014/23/UE, al que se aludía antes, en los términos siguientes:

“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”.

Respecto de este concepto, en los considerandos 18 a 20 de la Directiva 2014/23/UE, a alguno de los cuales también se alude en el escrito de consulta, se matizan los extremos siguientes:

- “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”.

Por lo tanto, la transferencia del riesgo operacional es una consecuencia del derecho de explotación de las obras o servicios, motivo por el cual, si no se da esta transferencia, el contrato no se puede calificar de concesión, ya que en este caso no se puede considerar que hay derecho de explotación, que es la característica principal de una concesión. Así, “cuando la reglamentación

⁶ [Propuesta de Directiva de 20 de diciembre de 2011, COM \(2011\) 897 final.](#)

específica del sector elimina 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, este último no se debería considerar concesión a efectos de la presente Directiva”.

- El riesgo operacional es un riesgo “de carácter económico” que supone la posibilidad de que la empresa concesionaria no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios “en condiciones normales de funcionamiento”.

Desde este punto de vista, hay que poner este riesgo en relación también con la duración de los contratos de concesión, la cual tiene que permitir la recuperación de la inversión a pesar de no quedar garantizada por el sistema de retribución establecido en la concesión⁷.

- El riesgo operacional no tiene que ser necesariamente asumido en su totalidad y en exclusiva por la empresa concesionaria para poder considerar el contrato como concesión, ya que “parte del riesgo” puede seguir asumiéndolo el poder adjudicador. Así, “el hecho de que el riesgo sea limitado desde el inicio no impedirá que el contrato se considere una concesión”, poniendo la propia Directiva como ejemplos casos de sectores con tarifas reglamentadas o de limitación del riesgo operacional por medio de acuerdos contractuales que prevén una compensación parcial, incluida la compensación en caso de terminación adelantada de la concesión por motivos atribuibles al poder adjudicador, o por causas de fuerza mayor.
- La reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador aliviara al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos

⁷ El artículo 18 de la Directiva 2014/23/UE establece que las concesiones deben ser de duración limitada, que esta se tiene que calcular en función de las obras o los servicios solicitados y que para el establecimiento de duraciones superiores a cinco años, la duración máxima de la concesión no puede exceder “el tiempo 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”, teniendo en cuenta tanto las inversiones iniciales, como las realizadas durante la vida de la concesión.

Por su parte, en el considerando 52 de la Directiva 2014/23/UE se indica que la duración de las concesiones debe limitarse para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia, y se precisa que una duración superior a cinco años ha de ser “limitada al periodo en el que resulte razonablemente previsible que el concesionario pueda recuperar las inversiones realizadas para explotar las obras y servicios, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos que haya asumido el concesionario a fin de satisfacer exigencias tales como la calidad o el precio para los usuarios”, pero también que “los poderes y entidades adjudicadores siempre deben poder adjudicar una concesión por un periodo inferior al necesario para recuperar las inversiones, siempre que la compensación correspondiente no elimine el riesgo operacional”.

iguales o superiores a las inversiones y a los costes que tenga que asumir con la ejecución del contrato.

Por lo tanto, es la asunción del riesgo operacional, que no se da cuando se garantizan unos ingresos mínimos iguales o superiores a los gastos del contratista, lo que “justifica” la no sujeción del contrato a la normativa de contratación pública general, establecida en el ámbito comunitario, cómo es sabido, en la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, de contratación pública –hay que recordar que la Directiva 2014/23/UE no predetermina la utilización de un procedimiento determinado para la adjudicación de los contratos de concesión, sino que incluye una coordinación mínima de los procedimientos nacionales que se aprueben en transposición de la Directiva, básicamente regulando los anuncios de licitación y de adjudicación, el acceso electrónico a documentos, los plazos mínimos de recepción de solicitudes y de ofertas y las garantías procedimentales o requisitos mínimos de los procedimientos.

- Ciertos regímenes en los que la remuneración procede exclusivamente del poder adjudicador se pueden considerar concesiones si la recuperación de las inversiones y los costes que haya satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios “depende de la demanda o del suministro efectivos” de estos bienes o servicios.

También en la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el derecho comunitario (2000/C 121/02) se señala que el riesgo económico inherente a las concesiones “que depende estrechamente de las rentas que el concesionario pueda percibir de la frecuentación, constituye un elemento distintivo importante entre concesiones y contratos públicos”; y que habrá que examinar caso por caso, teniendo en cuenta diferentes elementos como el objeto, la duración y el importe del contrato, la capacidad económica y financiera del concesionario y cualquier otro elemento que permita determinar que el concesionario asume realmente los riesgos vinculados a la gestión y a la frecuentación.

Por lo tanto, la remuneración de la empresa tiene que depender del uso efectivo o de la frecuentación de la obra o servicio, con independencia de que lo abonen los usuarios directamente o la misma administración.

Sin embargo, tal como ha puntualizado el Consejo de Estado⁸, “aunque la vinculación de las remuneraciones al operador económico por el uso o frecuencia

⁸ Dictamen nº. 1116/2015, de 17 de marzo, sobre el Anteproyecto de Ley de contratos del sector público.

También la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón ha emitido el Informe 8/2015, de 20 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley de contratos del sector público, en el cual propone la unificación de la terminología en materia de transferencia de riesgos –dado que respecto de las concesiones de obra no habla de riesgo de suministro pero se incluye una referencia a la disponibilidad, mientras que respecto de las concesiones de servicios se refiere



del servicio sea un elemento significativo, lo determinante para apreciar la existencia de una concesión de servicios es que se haya transferido al concesionario la responsabilidad de la explotación. En consecuencia, en los casos en que la retribución al concesionario está vinculada al uso del servicio, pero existen mecanismos de compensación por los que el poder público garantiza un nivel de beneficios no cabe hablar de la existencia de una concesión si desaparece el riesgo de explotación. Depende de la existencia de riesgo de explotación el que el contrato sea de concesión o, en su ausencia efectiva, de servicios.”

- El riesgo operacional tiene que provenir 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 consideración de concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión⁹.
- El riesgo operacional se tiene que entender como el “riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado”, que puede consistir en un riesgo de demanda, entendido como “el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato”, o en un riesgo de suministro, entendido como “el relativo a la provisión 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,” o bien en un riesgo de demanda y de suministro.¹⁰

únicamente a la utilización del servicio sin hacer referencia alguna a estándares asociables a la disponibilidad–, previendo una retribución que tenga en cuenta “el grado de disponibilidad ofrecido por el concesionario y/o a su utilización por los usuarios”.

⁹ Esta Junta Consultiva ya ha afirmado, en el Informe 15/2014, de 17 de diciembre, que, para poder considerar que hay traslado del riesgo operacional, como mínimo una parte significativa de la contraprestación que tiene que recibir la empresa contratista tendría que consistir, necesariamente, en una cuantía variable, cuya determinación tendría que depender siempre de elementos sometidos a las incertidumbres del mercado; que, en cambio, no se podría considerar que hay aquella asunción del riesgo si dicha cuantía variable hiciera referencia a parámetros directamente vinculados al comportamiento de la empresa contratista en la prestación del servicio; y que el establecimiento de los denominados “precios por objetivos” no implica, por sí mismo, la transferencia de un riesgo operacional.

¹⁰ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha precisado, en la Sentencia de 10 de marzo de 2011 (asunto C-348/10), que el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado se puede traducir 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”.

- 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.

Por lo tanto, el riesgo que tienen que asumir las empresas concesionarias es un riesgo económico vinculado a la explotación y, en consecuencia, a la retribución del concesionario, el cual puede comprender dos tipologías de riesgos, el riesgo de demanda y el riesgo de suministro, de los cuales al menos uno tiene que concurrir. Así, partiendo de la premisa de que la remuneración de la empresa concesionaria –que, cómo se ha dicho, puede ser abonada tanto por los usuarios directamente como por la misma Administración– tiene que depender del uso efectivo o de la frecuentación de la obra o servicio, de manera que está vinculada necesariamente y directamente a la conducta de los usuarios¹¹, no parecería que se pueda considerar que se traslada el riesgo operacional si la retribución de la empresa contratista se determina únicamente por el grado efectivo de disponibilidad de la obra o servicio objeto del contrato o por el cumplimiento de determinados estándares de calidad fijados previamente.¹²

Sin embargo, visto el concepto de riesgo operacional recogido en la Directiva y, específicamente, la necesidad de que este riesgo provenga de factores ajenos al control de las partes y de las incertidumbres del mercado, el riesgo de disponibilidad, definido en el sentido recogido en la consideración jurídica anterior –es decir, referido al riesgo de no suministrar la cantidad pactada contractualmente o de no alcanzar la seguridad o los niveles de calidad especificados–, se podría entender que se encuentra incluido en el concepto de riesgo operacional sólo si esta falta de “disponibilidad” es debida a factores externos a la propia empresa contratista¹³.

¹¹ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón afirma, en el Informe 2/2014, de 22 de enero, que “la jurisprudencia del TJUE exige para que exista concesión de servicios que en todo caso la remuneración al prestador se realice en función de la explotación, es decir, del uso o frecuentación del servicio”, y que “sin este requisito no existe concesión”.

¹² La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado afirma, en el Informe 22/09, de 25 de septiembre, que “no existe concesión cuando el mayor o menor volumen de los ingresos del empresario depende exclusivamente de qué este, sea en cumplimiento de sus obligaciones o no, preste mejor 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”. Además, también señala 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”.

¹³ El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales afirmó, en la Resolución nº. 346/2013, por una parte, que “el hecho de que el contratista acepte voluntariamente una disminución de la cantidad fija pactada en el contrato si no cumple los estándares de calidad fijados en el mismo, no puede considerarse como una asunción voluntaria de los riesgos derivados de aquel” y que “las cláusulas de calidad que con cierta frecuencia se insertan en este tipo de contratos no generan una incertidumbre en el contratista sobre cuál será la retribución que

Así, por ejemplo, y vinculando esta posibilidad con el “riesgo tecnológico” sobre el cual también se plantea incluirlo en el concepto de riesgo operacional –que hace referencia, como también se ha dicho en la consideración jurídica anterior, al riesgo del progreso como consecuencia del avance de la tecnología–, el riesgo de disponibilidad se podría considerar incluido en el operacional, si la falta de suministro de la cantidad pactada contractualmente o de la seguridad o los niveles de calidad especificados, fuera consecuencia del “riesgo tecnológico” asumido.

En todo caso, y tal como se ha señalado anteriormente, el único riesgo cuya asunción es relevante a efectos de la consideración de un contrato como concesión es el riesgo definido en la Directiva 2014/23/UE, de manera que, como se ha visto, las otras categorías existentes de riesgos se tienen que analizar según esta categoría de la Directiva y sólo si se pueden reconducir a dicha categoría estarán incluidas y, por lo tanto, son determinantes de la calificación de los contratos. Por lo tanto, será necesario un análisis de caso por caso.

Adicionalmente, hay que señalar la conveniencia en determinadas ocasiones de combinar las diferentes tipologías de riesgos; por ejemplo, en los supuestos en que la obra o el servicio objeto de concesión ya está en funcionamiento o se está prestando, de manera que el riesgo de demanda puede verse reducido, podría ser conveniente acentuar el riesgo de disponibilidad, retribuyendo a la empresa concesionaria en función del uso –demanda– y también en función del cumplimiento de determinados estándares de calidad fijados –disponibilidad.

III. La última de las cuestiones planteadas por el Ayuntamiento de Premià de Mar hace referencia a la calificación jurídica, como contrato de servicios o administrativo especial, que tiene que recibir un contrato que tiene por objeto “una prestación de servicios en la que no se cumplan los requisitos mencionados de la Directiva 2014/23/UE, pero sí que admita la posibilidad que una parte del precio sea satisfecha por los usuarios mediante tarifa”.

De acuerdo con el artículo 19, apartado 2, del TRLCSP, son contratos administrativos especiales los que tienen un objeto diferente a los contratos típicos –de obra, de concesión de obra pública, de gestión de servicios públicos, de suministro, de servicios, y de colaboración entre el sector público y el sector privado– y que están vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o satisfacen de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella, siempre que no

percibirá de la Administración”; y, por otra parte, que “también es verdad que este riesgo de explotación se puede dividir en un riesgo de disponibilidad y en un riesgo de demanda” a pesar de que en el supuesto del hecho de que analiza considera que el riesgo de disponibilidad no se ha transmitido, dado que la ejecución con la calidad determinada en los pliegos se había previsto como una obligación esencial y que la disminución de la retribución del contratista por mala ejecución del contrato no suponía que asumiera el riesgo, ya que era consecuencia de la mala calidad en la ejecución del contrato y no de factores externos como el uso que del servicio hicieran los ciudadanos.



tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados. Por lo tanto, el carácter de contrato administrativo típico, de servicios, y de contrato administrativo especial –con carácter residual–¹⁴ viene determinado por su objeto, y por la vinculación a la Administración o la satisfacción de finalidades públicas.

De hecho, hay que tener en cuenta que la Disposición adicional segunda del Decreto Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública¹⁵, establece que los contratos que se liciten a partir de la entrada en vigor de este Decreto Ley, en los cuales no concurra el requisito de la transferencia del riesgo operacional en los términos de la Directiva 2014/23/UE, se tienen que calificar como contratos de obra o contratos de servicios y que “en caso de que el contenido de las prestaciones no pueda ser incluido en ninguna de estas dos calificaciones, como tampoco en ninguna de las otras previstas en la legislación de contratos del sector público, se podrán calificar como contratos administrativos especiales en los términos que establece la legislación vigente”.

Sobre la base de las consideraciones anteriores la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa formula las siguientes

CONCLUSIONES

1. Se puede entender que el concepto de “riesgo tecnológico” hace referencia al riesgo del progreso o del incremento continuo de herramientas y aplicaciones que se vayan adoptando como consecuencia del avance de la tecnología, y el concepto de “riesgo de disponibilidad” al riesgo de no suministrar la cantidad pactada contractualmente o de no alcanzar la seguridad o los niveles de calidad especificados, el cual incluye la posibilidad de costes adicionales, como los de mantenimiento y de financiación y de las sanciones soportadas por el incumplimiento del volumen o la calidad de las prestaciones objeto de contrato.

2. El riesgo operacional que tienen que asumir las empresas concesionarias es un riesgo económico vinculado a la explotación y, en consecuencia, a la retribución, que puede comprender el riesgo de demanda, el riesgo de suministro o ambos, de manera que la remuneración de las empresas concesionarias debe depender del uso efectivo o de la frecuentación de la obra o el servicio. Por lo tanto, no parece que se pueda considerar que se traslada el riesgo operacional sólo con el traslado del riesgo de disponibilidad, es

¹⁴ El carácter residual de los contratos administrativos especiales ha sido puesto de manifiesto entre otros, por esta Junta Consultiva, en el Informe 13/2014, de 22 de julio, de la Comisión Permanente, sobre la calificación de un contrato que tiene por objeto la producción y la organización de un festival de música; por Junta Consultiva de Aragón, en el Informe 13/2014, de 7 de mayo, sobre el valor estimado de los servicios de gestión de bares, barras de fiestas o similares; y por la Junta Consultiva del Estado, en el Informe 9/15, de 15 de diciembre de 2015, sobre la calificación de un contrato de festejos taurinos.

¹⁵ [DOGC 7133, de 2 de junio de 2016](#)



decir, determinando la retribución de la empresa contratista únicamente por el grado efectivo de disponibilidad de la obra o servicio objeto del contrato o por el cumplimiento de determinados estándares de calidad fijados previamente. Sin embargo, dado que el riesgo operacional se define como aquel que proviene de factores ajenos al control de las partes y de las incertidumbres del mercado, el riesgo de disponibilidad se podría entender que se encuentra incluido en el concepto de riesgo operacional, pero sólo si esta falta de disponibilidad es debida a factores externos a la propia empresa contratista –por ejemplo si fuera consecuencia del “riesgo tecnológico” asumido.

3. La calificación de un contrato como contrato de servicios o contrato administrativo especial se tiene que determinar según su objeto y su vinculación a la Administración o a la satisfacción de finalidades públicas.

Barcelona, 1 de diciembre de 2016