

El riesgo operacional en el nuevo contrato de concesión. Especial referencia al sector del agua

M.^a EUGENIA LÓPEZ MORA
Doctora en Derecho

1. Principio de libertad de administración para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de las obras y prestación de los servicios de conformidad con el derecho nacional y de la Unión

- 1.1. Particularidades del servicio de abastecimiento de agua potable
- 1.2. Formas que actualmente prevé la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, para la prestación del servicio de agua potable

2. El nuevo contrato de concesión de servicios

- 2.1. La Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación del contrato de concesión. Tramitación e importancia
 - 2.1.1. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea e impacto en nuestro ordenamiento interno
 - 2.1.2. El riesgo operacional. Características. Clases: riesgo de demanda y riesgo de suministro
 - 2.1.2.1. El riesgo operacional en el sector del agua
 - 2.1.2.2. Distribución de los riesgos
 - 2.1.3. Exclusión del sector del agua del ámbito de la Directiva 2014/23/UE
- 2.2. Principales aspectos de la regulación del riesgo operacional en la LCSP

3. Conclusiones

4. Bibliografía

Artículo recibido el 22/05/2019; aceptado el 12/07/2019.

Resumen

La nueva Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión ha supuesto un gran impacto en la configuración de los contratos de concesión. En especial, la introducción del concepto de «riesgo operacional» como elemento caracterizador de este tipo de contratos requiere el estudio detallado del alcance de dicho riesgo, caso por caso, según el sector de que se trate y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este trabajo se analizan las posibles manifestaciones del riesgo operacional en el caso específico del contrato de abastecimiento y suministro de agua potable.

Palabras clave: *contratos públicos; Directiva 2014/23/UE; contrato de concesión; contrato de abastecimiento y suministro de agua potable; riesgo operacional; riesgo de suministro; riesgo de demanda.*

The operating risk in the new concession contracts. Special reference to the water management sector

Abstract

The new Directive 2014/23/EU of the Parliament and the Council, of 26 February 2014, on the award of concession contracts has implied a huge impact on the configuration of concession contracts. Particularly, the introduction of the concept “operating risk” as a key element of these contracts requires an in-depth analysis, sector by sector and taking into account the case law of the Court of Justice of the European Union. This article analyzes the possible manifestations of the operating risk in the specific case of the water management contract.

Keywords: public contracts; Directive 2014/23/EU; concession contract; management water contract; operating risk; supply risk; demand risk.

1

Principio de libertad de administración para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de las obras y prestación de los servicios de conformidad con el derecho nacional y de la Unión

En el estudio de la configuración del nuevo contrato de concesión, resulta necesario partir de la libertad que el legislador comunitario reconoce a los Estados miembros, para elegir la mejor forma de gestionar la ejecución de las obras o la prestación de servicios, siempre de conformidad con el derecho nacional y de la Unión Europea, y que dicha elección se incardine a garantizar el nivel alto de calidad, de seguridad, de accesibilidad económica, de igualdad de trato, y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos. A tales fines, el artículo 2.1 de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión, plasma este planteamiento de libertad de los Estados miembros para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios:

1. *La presente Directiva reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el derecho nacional y de la Unión. Dichas autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos. Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos.*
2. *La presente Directiva no afecta a los regímenes de propiedad de los Estados miembros y, en particular, no requiere la privatización de empresas públicas que presten servicios al público.*

Dicho lo anterior, y como se tendrá la ocasión de exponer, la elección por parte de los poderes adjudicadores de la forma más idónea para la prestación de los servicios en el supuesto específico del abastecimiento del agua, dependerá de diferentes y diversas circunstancias que se deberán analizar y observar de manera previa en cada supuesto concreto, con el fin de escoger la forma de prestación que resulte más eficaz, eficiente y sostenible con la necesidad a satisfacer. En especial, se deberá partir del examen previo de aquello que la Administración ya dispone para la prestación del servicio y de las particularidades del ámbito territorial en cuestión, para valorar si ella puede realizar la prestación, o

si ha de recurrir a la colaboración con el ámbito privado en los supuestos en los que necesite de una mayor flexibilidad en la gestión del servicio, de innovación y conocimientos técnicos avanzados para la correcta prestación, de personal especializado, de infraestructuras que sean necesarias, de financiación del servicio, entre otras muchas situaciones en las que se puede encontrar.

En todo caso, resulta necesario resaltar la importancia de este examen previo de la situación concreta para asegurar la adecuada prestación del servicio y la correcta utilización de los fondos públicos de recurrir al operador privado, máxime cuando se trata de servicios esenciales, como es el suministro del agua potable, que requieren asegurar la plena garantía de la continuidad de la prestación.

1.1

Particularidades del servicio de abastecimiento de agua potable

El abastecimiento de agua es un servicio público esencial, previsto como un servicio mínimo obligatorio (artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, LBRL) que está reservado a los entes locales (arts. 128.2 Constitución Española y 86.2 LBRL).

Además, el artículo 4 del Real Decreto 140/2003, de 7 de febrero, por el que se establecen los criterios sanitarios de la calidad del agua de consumo humano, señala que los municipios son responsables de asegurar que el agua suministrada a través de cualquier red de distribución en su ámbito territorial, sea apta para el consumo en el punto de entrega al consumidor; y también del autocontrol de la calidad y el control en grifo del agua que consume la población en su municipio cuando la gestión del abastecimiento lo sea de forma directa. En todo caso, añade que cuando la captación o la conducción, o el tratamiento o la distribución o el autocontrol del agua de consumo lo realice un gestor o gestores distintos del municipio, este velará por el cumplimiento del Real Decreto por parte de los mismos.

Respecto a las dos fases del abastecimiento del agua: «agua en alta» –actividades de abstracción, almacenamiento en embalses y transporte del agua hasta los municipios– y «agua en baja» –cesión del agua a los municipios donde es potabilizada, distribución hasta los consumidores residenciales y tratamiento posterior cuando el agua se recoge a través de la red de alcantarillado y es tratada en plantas de depuración para su retorno a los cauces naturales–, este trabajo se va a detener fundamentalmente en la segunda fase, ya que es donde puede tener un papel importante el sector privado para colaborar con la Administración para proveer servicios y gestionar las infraestructuras,

correspondiendo a los municipios y las comunidades autónomas definir la regulación del servicio y las tarifas pagadas por los usuarios.

1.2

Formas que actualmente prevé la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, para la prestación del servicio de agua potable

Dentro del elenco de formas de gestión para prestar los servicios, cabe recordar que la prestación de un servicio se puede realizar bien directamente por la propia Administración o por sus entes instrumentales, bien de manera indirecta por un ente privado o una empresa de capital mixto, es decir, mediante una forma de colaboración público-privada (CPP)¹. Así, el artículo 85 de la LBRL, en la redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (LRSAL), establece las formas de prestación de los servicios públicos locales, que, en todo caso, se deberán gestionar de la forma más sostenible y eficiente:

2. *Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:*

A) *Gestión directa:*

a) *Gestión por la propia entidad local.*

b) *Organismo autónomo local.*

c) *Entidad pública empresarial local.*

d) *Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.*

Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes

1. NOGUERA DE LA MUELA, B. (2012), «La colaboración público-privada en las obras hidráulicas», en *Tributos, aguas e infraestructuras*, Atelier, Barcelona, págs. 223 a 252.

sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos.

Es en la modalidad de gestión indirecta donde se ha producido un cambio significativo, como consecuencia precisamente de la transposición de la Directiva 2014/23/UE. En efecto, el ya derogado Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, seguía el esquema tradicional previsto en nuestro ordenamiento jurídico –en la línea de la Ley de Contratos del Estado de 1965–, configurado por las siguientes formas de gestión indirecta:

- a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.
- b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.
- c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.
- d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

Mientras que la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) mantiene, como formas indirectas de prestación, el contrato de concesión de servicios y la sociedad de economía mixta, tal y como está prevista en la Disposición adicional vigésima segunda, desapareciendo la gestión interesada y el concierto.

Al respecto, y al margen de las diferentes opiniones doctrinales vertidas como consecuencia de la eliminación del contrato de gestión de servicios públicos² como tal, lo cierto es que en el panorama actual, para la prestación de los servicios, las posibilidades que contempla la actual Ley de contratos vienen determinadas por el contrato de servicios (artículos 308 a 315), el contrato de servicios que conlleven prestaciones directas a la ciudadanía (artículo 312) y el contrato de concesión de servicio (artículos 284 a 297). En el supuesto específico de la prestación del servicio de abastecimiento de agua potable, se podrá prestar de acuerdo a estas dos últimas modalidades contractuales, en atención a si existe transferencia del riesgo operacional al concesionario o no.

En efecto, la nueva configuración del contrato de concesión de servicios y los cambios operados como consecuencia de la transposición de la Directiva 2014/23/UE que impactan en nuestro ordenamiento, requieren, sin duda, un estudio detenido de los nuevos contornos de este contrato, en especial, del riesgo operacional, característica intrínseca del contrato de concesión y que lo distinguirá de las figuras contractuales anteriormente mencionadas.

En todo caso, cabe apuntar ya ahora que la elección de la prestación del servicio vía contrato de concesión de servicios, si existe la transferencia al concesionario del riesgo operacional, comporta que, de acuerdo con la normativa de contabilidad EUROSTAT, no compute como déficit público, entendiéndose que no es un gasto público³.

2. GIMENO FELIÚ, J. M.^a (2014), *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia*, Aranzadi, Cizur Menor, pág. 207; MIGUEZ MACHO, L. (2015), «La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la Directiva 2014/23/UE: repercusiones para el derecho español», en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas directivas de contratación pública*, Civitas, Cizur Menor, pág. 406; MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L. (2015), «Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 40, págs. 2 a 40; PERDIGÓ SOLÀ, J. (2016), «El agua, los servicios de interés general y la Directiva de concesiones», en PARISIO, V., AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B. (dirs.), *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 301 a 334. Sobre la valoración de dicha supresión, me remito al estudio efectuado por LÓPEZ MORA, M.^a E. (2019), *El nuevo contrato de concesión: el riesgo operacional*, Atelier, Barcelona, págs. 321 a 335.

3. La Decisión 18/2014, de 11 febrero, *News Release*, concreta la doctrina de la transferencia de riesgos al socio privado, como criterio determinante para no consolidar el coste ni la financiación de la adquisición o construcción de los bienes en las cuentas públicas. *New decision of Eurostat on deficit and debt. Treatment of public-private partnerships*. La Oficina Estadística de la Comisión (EUROSTAT) es el organismo comunitario al que el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio, relativo al sistema de cuentas nacionales y regionales, atribuye la supervisión de las cuentas nacionales de los Estados miembros, y de los contratos y operaciones que se incluyen en las mismas, a fin de garantizar y verificar la aplicación de criterios contables uniformes en toda la Comunidad (sistema contable

2

El nuevo contrato de concesión de servicios

2.1

La Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación del contrato de concesión. Tramitación e importancia

Dentro del nuevo panorama de la contratación pública determinado por las directivas de cuarta generación, la aprobación de la Directiva 2014/23/UE de concesiones ha supuesto, sin duda alguna, un hito de gran trascendencia en la regulación y configuración de este contrato de colaboración con el sector privado.

La Directiva 2014/23/UE define los contratos de concesión –en la línea de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios– como aquellos contratos a título oneroso celebrados entre uno o más operadores económicos y uno o más poderes o entidades adjudicadoras, cuyo objeto es la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios, y cuya contrapartida es normalmente el derecho a explotar las obras o los servicios únicamente o bien este derecho junto con un pago; y se añade que la adjudicación de los contratos de concesiones de obras o de servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional (artículo 5). Por lo tanto, los elementos fundamentales del contrato de concesión son el derecho a explotar las obras o los servicios objeto del contrato, y la asunción del riesgo operacional por parte de los concesionarios, aspectos que precisamente los diferencian de los contratos de obras y contratos de servicios respectivamente.

SEC 2010). Además este organismo estadístico es el encargado del seguimiento y verificación del cumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento por parte de los Estados miembros. EUROSTAT, a través de su oficina estadística, ha ido estableciendo criterios para el tratamiento en las cuentas nacionales de las asociaciones público-privadas, que contiene la interpretación auténtica de la Comisión Europea, a través de su oficina estadística, para determinar en este tipo de relaciones dónde deben computarse los activos sobre los que se prestan los servicios y la financiación precisa para constituirlos y mantenerlos, si en las cuentas de la Administración cuyas necesidades se cubren con el contrato o en las del contratista o socio privado. Según EUROSTAT, para que la inversión en activos vinculados a una fórmula de CPP no compute como déficit público se han de dar las condiciones siguientes: que el socio privado soporte el riesgo de construcción y al menos uno de los riesgos de demanda o de disponibilidad. Si se cumplen estas condiciones, los activos de la concesión y sus correspondientes pasivos figurarán en el balance de la sociedad concesionaria y por lo tanto no se computará como déficit de la Administración pública.

El principal objetivo de la Directiva es la eliminación de la inseguridad jurídica existente respecto a la figura concesional, derivada de la falta de sometimiento, hasta el momento, de los contratos de concesión de servicios a las directivas de contratación, y de la proliferación de diversas interpretaciones por parte de los diferentes Estados miembros.

Y es que, tradicionalmente, ha existido un problema de configuración conceptual en la delimitación de los contratos de concesiones y contratos públicos (especialmente en el ámbito de los servicios), del que se han hecho eco las propias instituciones comunitarias. No quedaban claros los contornos de las figuras de las concesiones y los contratos públicos, incluso se llegaban a confundir, ni quedaba resuelto el encaje de nuestro contrato de concesión de servicios públicos.

Los problemas versaban sobre el hecho de que hasta el momento, a pesar de que los contratos de concesión representaban el 60 % de los contratos de CPP, el derecho comunitario no preveía una regulación propia de esta figura contractual; a los contratos de concesiones de servicios únicamente se les aplicaban los principios generales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2007 (TFUE): principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios. Ello propiciaba –como reconoce el legislador en el Considerando 1– falseamientos graves del mercado interior, limitando el acceso de las empresas europeas a las oportunidades económicas que ofrecen los contratos de concesión, y ello generaba costes y resultaba perjudicial para los competidores establecidos en otros Estados miembros.

Las primeras directivas sobre contratos excluyeron a las concesiones de su ámbito de aplicación; por lo tanto, la licitación de estos contratos no quedaba sujeta a los procedimientos de selección de contratistas, a la obligación de publicidad, ni al respeto de unos criterios de adjudicación. Esta libertad otorgada a los Estados para elegir los procedimientos a seguir en materia de concesiones provocó diferentes consideraciones sobre su naturaleza y régimen jurídico, que se hacían depender de criterios nacionales. Ello llevó a que el legislador comunitario formalizase el concepto de concesión de obras públicas; así, la Directiva 71/305/CEE ya fijó sus principales caracteres. Posteriormente, la Directiva 89/440/CEE fue donde el legislador, consciente de la creciente importancia de las concesiones de obras, reconoció su específica naturaleza contractual y destacó la importancia de establecer normas relativas a la publicidad a partir de un determinado umbral, pero quedaba pendiente el tratamiento de los contratos de concesión de servicios.

Desde las instituciones comunitarias existían dudas en torno a la aplicación y alcance de los principios de contratación pública a las concesiones de servicios, y esta situación llevó a la Comisión a abordar este tema en alguna

de sus comunicaciones interpretativas y libros verdes, que configuran el *soft law*, y que han servido como avance o anticipo de una intervención imperativa vía *hard law*, y como complemento o parámetro de interpretación del derecho vigente, al recoger y sistematizar los pronunciamientos jurisprudenciales. Así, si bien las primeras comunicaciones interpretativas se dirigieron a la determinación de los principios que eran de aplicación a los contratos de concesión, posteriormente ya se fueron focalizando en la importancia de la asunción por parte del concesionario del riesgo de explotación (2000) y en la necesidad de una regulación de estas figuras contractuales (2005) para garantizar una mayor seguridad jurídica a estas asociaciones de tipo contractual (2011).

2.1.1

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea e impacto en nuestro ordenamiento interno

La Directiva 2014/23/UE positiviza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que ha ido delimitando los elementos fundamentales del contrato de concesión y depurando los contratos de servicios de los de concesión de servicios.

Es importante destacar la evolución operada en los pronunciamientos del TJUE, que si bien en un primer momento centró el criterio diferenciador en el modo de remuneración del contratista: pagado por los usuarios, en el contrato de concesión, y por la Administración, en el contrato de servicios (STJUE de 10 de noviembre de 1998, *BFI Holding*, C-360/96), posteriormente fue introduciendo como elemento diferenciador el riesgo de la explotación de la obra o los servicios o *riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado*, vinculado a la oferta y a la demanda, de manera que si el concesionario no asume el riesgo de explotación no habrá concesión, sino contrato de servicios, con independencia de que la retribución del contratista proceda de la Administración o de los usuarios.

En este sentido, cabe traer a colación la STJUE de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen* (C-458/03): «... el prestador del servicio asume el riesgo de explotación de los servicios...»; la STJUE de 15 de octubre de 2009, *Acoset* (C-196/08): «... riesgo vinculado a la explotación del servicio...», y la STJUE de 10 de marzo de 2011, *Privater* (C-274/09): «... si bien el modo de remuneración es uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende que además implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de servicios de que se trate...».

Resulta de interés la STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Eurowasser* (C-206/08), al flexibilizar el alcance de este riesgo: «... debe existir un riesgo de explotación importante, pero que no es necesario que este se corresponda con el riesgo económico que existe habitualmente en un mercado libre...».

Y, finalmente, merece una especial mención la emblemática STJUE de 10 de noviembre de 2011, *Norma SIA y Dekom* (C-348/10), al afirmar lo siguiente: «... el riesgo de explotación del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede traducirse en el riesgo a enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de la 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 nivel interno, han existido problemas de encaje en nuestro ordenamiento jurídico, pues la diferenciación entre los dos tipos contractuales, contratos de servicios y contratos de concesión de servicios públicos, dependía de si el servicio beneficiaba a los ciudadanos –concesión de servicios– o a la propia Administración –contrato de servicio–, y según la existencia o no de un servicio público.

Dicha delimitación se fue viendo afectada por la jurisprudencia comunitaria, que considera irrelevante para la calificación jurídica que un contrato sirva para cumplir una función de interés general (servicio público), y reconoce que existe concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho a explotar el servicio, y el prestador del servicio asume el riesgo vinculado a la explotación del mismo.

De acuerdo con estos pronunciamientos, esta ha sido en líneas generales la senda que han ido siguiendo, en los últimos años, tanto las juntas consultivas de contratación como los tribunales y órganos resolutorios de los recursos contractuales, a la luz de la jurisprudencia comunitaria ya analizada, reinterpretando el riesgo del artículo 277.a) del TRLCSP como un riesgo específico del riesgo propio de las concesiones de acuerdo con los parámetros jurisprudenciales comunitarios, frente al riesgo general –principio de riesgo y ventura– de todos los contratos previsto en el artículo 215 del TRLCSP.

Este «anclaje» ha sido especialmente importante para delimitar los contratos de servicios –que estaban regulados por la Directiva 2004/18/CE– de los contratos de concesión de servicios –que quedaban fuera del ámbito de aplicación de dicha Directiva–, ya que se manejaban como técnicas contractuales intercambiables, mientras que tienen consecuencias diferentes tanto desde la perspectiva del régimen jurídico como desde la contabilidad comunitaria.

Visto cuál era el panorama hasta la aprobación de la Directiva 2014/23/UE, cabe destacar que la principal novedad de la misma es la regulación autónoma de las concesiones y su carácter de mínimos y de consenso, respondiendo a la necesidad de zanjar de una vez la inseguridad existente debido a la ausencia de unas normas claras a nivel de la Unión Europea en el ámbito de la adjudicación de estos contratos.

2.1.2

El riesgo operacional. Características. Clases: riesgo de demanda y riesgo de suministro

Dibujado el ámbito de aplicación de la Directiva, el núcleo principal del trabajo se centra en el estudio del concepto, significado y características del riesgo operacional⁴ –*operating risk* o riesgo en la operación–, pues si bien la Directiva vincula el contrato de concesión al riesgo operacional, no queda definido de manera precisa. Todo ello exige la necesidad de fijar el alcance y significado del riesgo operacional, y dar pautas para la correcta atribución de este riesgo en los diferentes tipos de contratos. La transferencia del riesgo operacional determinará la existencia de un contrato de concesión y lo distinguirá de otras figuras contractuales. Y es que la correcta calificación del contrato es una cuestión no meramente dogmática, sino que resulta de especial interés práctico, en tanto que de la incorrecta tipificación de un contrato público podían alterarse las normas y los principios esenciales en una licitación pública, amén de otras importantes repercusiones.

4. LAZO VITORIA, X. (2018.a), «El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión», en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 517 a 544; idem (2015.a), «La clave de bóveda del sistema concesional: la transferencia de riesgos», en www.obcp.es, 27/01/2014; idem (2015.b), «Contratos públicos, concesiones y contratos mixtos», en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas directivas de contratación pública*, Civitas, Cizur Menor, págs. 425 a 436; GIMENO FELIÚ, J. M.^a, SALA SÁNCHEZ, P. y QUINTERO OLIVARES, G. (2017), *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*, Cambra de Comerç de Barcelona, Barcelona; MÍGUEZ MACHO, L. (2015), «La distinción entre las concesiones de servicios...», *op. cit.*, págs. 400 a 405; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. (2015), «La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado», en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas directivas de contratación pública*, Civitas, Cizur Menor, págs. 183 a 191; y LUERGO LORA, A. (2018), «Skin in the game: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 70, págs. 20 a 33.

El legislador comunitario, a lo largo de los considerandos y del articulado de la Directiva 2014/23/UE, va exponiendo los rasgos y las características del riesgo operacional, lo que me permite llegar a las siguientes conclusiones:

1. El riesgo operacional es un riesgo de **carácter económico**, vinculado a una explotación económica; ello significa que no está garantizado que el concesionario vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión en condiciones normales de funcionamiento. De manera que existirá concesión aun cuando la remuneración proceda exclusivamente del poder o entidad adjudicadora, siempre que no elimine el riesgo asumido por la explotación, es decir, que «la recuperación de las inversiones y costes satisfechos por el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios dependa de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios» (Considerando 18).
2. Este riesgo que se transfiere al concesionario **no tiene que ser total**, pues una parte del riesgo lo puede seguir asumiendo el poder o entidad adjudicador (artículo 5.1 de la Directiva), ya que sería excesivo exigir que el concesionario asumiese todos los riesgos inherentes a la construcción y explotación de la obra o servicio. En todo caso, para afirmar que se trata de una concesión, se deberá transferir al concesionario **una parte significativa** del riesgo de explotación (Considerando 19, 2.^a parte).

Esta nota es, sin duda alguna, de especial relevancia en determinados sectores. Así, el TJUE, en la Sentencia de 10 de septiembre de 1998, *Eurowasser*, relativa a un servicio de abastecimiento de agua en Alemania, introdujo esta concepción «relativa» del riesgo de explotación, al afirmar lo siguiente: «no sería razonable pedir a la autoridad pública concedente que cree condiciones de competencia y de riesgo económico superiores a las que existen en el sector en cuestión debido a la normativa aplicable al mismo», al tratarse de un sector de actividad en que, por su carácter de servicio público básico, no existen auténticas posibilidades de explotación comercial, «por ser objeto de una reglamentación que tiene como resultado limitar los riesgos económicos que corren», como sucede en los supuestos de suministro de agua y evacuación de aguas residuales.

En este supuesto, y atendiendo a la demanda y a la intensa regulación, el TJUE concluyó lo siguiente:

76 En tales circunstancias, dado que la entidad adjudicadora no tiene influencia alguna en la configuración jurídico pública

del servicio, es imposible que introduzca y, por consiguiente, transfiera, factores de riesgo que quedan excluidos por dicha configuración.

77 En todo caso, 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.

78 Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si la entidad adjudicadora ha transferido la totalidad o una parte significativa del riesgo que corre.

79 A tal fin no deben tenerse en cuenta los riesgos generales derivados de las modificaciones de la normativa acaecidas durante la ejecución del contrato.

3. Este riesgo operacional de carácter económico está ligado al devenir del mercado, ya que la parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una **exposición real a las incertidumbres del mercado** que no sea meramente nominal o desdeñable, si bien la Directiva no especifica si esta exposición a las incertidumbres del mercado es en general o tiene que ser en todo momento de la vida de la concesión. En todo caso, como el objetivo es que el riesgo sea real, el legislador regula la duración del plazo de las concesiones como forma para hacerlo efectivo.
4. Este riesgo operacional, si bien **es previsible, ha de ser incierto**, es decir, se entiende que debe **derivarse de factores externos** que escapen del control de las partes, ajenos a las condiciones en las que el concesionario ejecuta el contrato, de manera que la mala gestión, otros incumplimientos que deriven del propio concesionario o fuerza mayor no se pueden considerar riesgo operacional (Considerando 20 de la Directiva), pues son factores que son propios de todos los contratos.

De lo estudiado, partiendo de que el concesionario tiene que asumir un riesgo económico de la explotación, pero no tiene que asumir todos los riesgos —o compartimentación del riesgo operacional con el poder o entidad adjudicadora— para que podamos estar ante una concesión, se debe transferir al concesionario el riesgo operacional que es: **riesgo de demanda, o riesgo de suministro, o los dos**, sin que el artículo 5 diga nada más, ni defina ni indique ningún aspecto de ambos tipos de riesgos. Y es precisamente la falta de determinación del alcance del riesgo de suministro, y la alternancia de las referencias riesgo de suministro y riesgo de oferta, la razón por la que resulta necesario profundizar al respecto y definir este tipo de riesgo, pues si bien el riesgo de demanda, o uso o frecuentación, queda claro en la Directiva,

además de haber sido el criterio que tradicionalmente se ha ido utilizando y que se ha ido analizando por la jurisprudencia, no sucede lo mismo respecto al riesgo de suministro.

De acuerdo con el texto original de la Directiva en su versión en inglés, tanto el Considerando 20 como el artículo 5 se refieren al *supply risk*, mientras que en la traducción se produce un baile de referencias: del riesgo de suministro en el articulado, al riesgo de oferta en el Considerando 20, terminología más cercana a la teoría económica.

Para la delimitación del riesgo de suministro, resulta imprescindible tener en cuenta la versión original de la propuesta de Directiva, que hacía referencia al «riesgo operacional sustancial» –*sustancial operating risk*– y diferenciaba dentro del riesgo económico: el riesgo de demanda y el de disponibilidad. Al respecto, resulta necesario observar el cambio de planteamiento y flexibilización en el reparto de riesgos operado en los contratos de CPP, que pasó de estar basado exclusivamente en la demanda a contemplar también la disponibilidad, ya que en determinados supuestos la demanda real ha sido inferior a la prevista, y como consecuencia de la crisis económica del 2008, que ha supuesto por parte de determinadas entidades la negativa de financiación de proyectos que suponían una transferencia sustancial del riesgo de demanda al agente.

También se deben tener presentes los riesgos del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, fijado por el Reglamento 549/2013 (SEC 2010), y previo estudio de los tipos de riesgos y criterios de la Directiva (riesgo de demanda y riesgo de suministro) del SEC (riesgo de construcción, riesgo de demanda, riesgo de disponibilidad); si bien la comparativa resulta necesaria para intentar entender y orientar el alcance del riesgo operacional de la Directiva, considero que no tienen por qué coincidir los riesgos y criterios de la Directiva y del SEC –son regulaciones con finalidades distintas–, y que la Directiva va más allá del SEC, al hacer referencia a más supuestos.

Dicho lo anterior, del examen del articulado de la Directiva se comprueba que no se hace ninguna otra aclaración en el sentido de si la referencia al riesgo de suministro en vez de riesgo de disponibilidad es meramente semántica o si es de fondo, si dentro del riesgo de suministro puede entenderse el riesgo de disponibilidad o si el riesgo de disponibilidad quedó reemplazado por el riesgo de suministro u oferta, o si son riesgos diferentes. Teniendo en cuenta la situación económica en la que se ha ido gestando la Directiva, todo parece apuntar a que ya en la propuesta el legislador comunitario quiso flexibilizar⁵ el criterio tradicionalmente utilizado para determinar una concesión

5. LÓPEZ MORA, M.^a E. (2019), «El nuevo contrato de concesión...», *op. cit.*, pág. 161.

basado exclusivamente en el riesgo de demanda, y, siguiendo esta finalidad, la redacción definitiva de la Directiva no ha de suponer un cambio radical de los criterios que ya preveía la propuesta, sino que vendría a completar y a perfilar el riesgo operacional, de manera que supone una corrección de los criterios del SEC 2010 para el supuesto específico de las concesiones.

De la comparativa entre la redacción final y la propuesta, este cambio de última hora operado durante la tramitación de la propuesta de Directiva –riesgo de disponibilidad por riesgo de suministro– hay que entender que no es meramente semántico, sino que trata de complementar y abarcar más supuestos de los que inicialmente preveía la propuesta, así como asegurar que no hay concesión por la simple transferencia del riesgo de disponibilidad, pese a la oposición de algún sector, deviniendo la demanda un aspecto clave para completar el alcance del riesgo operacional, al afectar a toda la inversión y a los costes de gestión asumidos por el concesionario.

Al respecto, considero que, aun partiendo de que el riesgo de suministro no es equivalente al riesgo de disponibilidad, en tanto el riesgo de suministro hace referencia a la manera como se presta en general el servicio u obra, dentro de este riesgo ha de incluirse el riesgo de disponibilidad y el riesgo de construcción⁶, ya que uno de los principales ejes sobre los que gira la Directiva es que no se garantiza al concesionario que vaya a recuperar las inversiones y los costes realizados, esto es, que la inversión de capital en riesgo y costes significativos no sea reembolsada o compensada hasta que el activo funcione adecuadamente. Ahora bien, el riesgo de disponibilidad depende de factores que el propio concesionario puede controlar, al referirse a las consecuencias de no suministrar los servicios especificados en el contrato en la cantidad o calidad requeridas, mientras que el riesgo operacional, como expresa el Considerando 20, ha de atenerse a factores que escapan de los concesionarios.

Llegados a este punto, el Considerando 20 aclara el alcance y contenido del riesgo de suministro de la concesión, cuando define el riesgo de oferta. Veamos: es revelador que el legislador afirme que el riesgo operacional puede ser riesgo de demanda o riesgo de suministro o los dos, y a renglón seguido defina el riesgo de oferta englobando el riesgo de suministro, al afirmar: «Debe entenderse por “riesgo de oferta” el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda». Es decir, el riesgo de oferta es aquel

6. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. (2018), «La prestación de servicios hidráulicos mediante concesión», en EZQUERRA HUERVA, A. y NAVARRO CABALLERO, T. M. (dirs.), *Contratación pública y agua. El impacto de la nueva regulación de los contratos públicos en el derecho de aguas*, Aranzadi, Cizur Menor, pág. 184.

riesgo de suministro específico del contrato de concesión conectado con la demanda del servicio u obra, de manera que la especificación del legislador «en particular» permite vincular ese «riesgo de suministro» a las incertidumbres de mercado, mediante la conexión «que no se ajuste a la demanda». El legislador comunitario está haciendo referencia a aquellas situaciones en las que, como consecuencia de la propia demanda, se agoten el servicio o las posibilidades de uso de la obra concedida o del servicio prestado, aunque el concesionario cumpla correctamente la prestación.

Así las cosas, el riesgo de oferta vendría a ser un mecanismo de cierre del planteamiento del riesgo operacional⁷, en el sentido de que el concesionario ha de preparar una oferta que luego puede encontrar respuesta, o no, en una demanda efectiva y suficiente para cubrir inversiones y costes, y obtener un beneficio. Esta matización del riesgo de suministro se ajusta a la teoría económica: el riesgo comercial es riesgo de demanda y riesgo de oferta. Esta interpretación permite despejar las dudas planteadas inicialmente y nos permite completar el alcance del riesgo de suministro, siguiendo con la jurisprudencia comunitaria (en especial, la STJUE *Norma Sia y Deckom*).

A nivel de derecho europeo comparado, y del análisis de la transposición efectuada por otros Estados miembros como Gran Bretaña, Francia, Alemania e Italia, es la legislación italiana la que permite corroborar el alcance y significado del riesgo de suministro en el sentido anteriormente expuesto. En efecto, el Decreto Legislativo núm. 50⁸, en su artículo 180, relativo al contrato de partenariatio, señala que el riesgo que asumirá el operador económico es el riesgo de construcción y riesgo de disponibilidad, y, en los supuestos en los que haya mercado, el riesgo de demanda de los servicios prestados. Y el párrafo 3 afirma que la recuperación de las inversiones realizadas y los costes dependerán de la efectiva prestación del servicio, o de la utilidad de los trabajos, o del volumen de los servicios prestados de acuerdo con la demanda, y, en cualquier caso, del cumplimiento de los niveles de calidad contratados, siempre que se haya realizado la evaluación *ex ante*. De manera que esta definición encaja con el Considerando 20 de la Directiva 2014/23/UE, esto es, el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.

7. GIMENO FELIÚ, J. M.^a, hace referencia al riesgo de suministro de oferta o riesgo de suministro de demanda en (2017), «Hacia una nueva Ley de contratos del sector público. ¿Una nueva oportunidad perdida?», *REDA*, núm. 182, pág. 206.

8. Decreto Legislativo de 18 de abril de 2016, núm. 50, titulado *Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* (16G00062).

2.1.2.1

El riesgo operacional en el sector del agua

Visto cuáles son los principales caracteres del riesgo operacional, y sin que la jurisprudencia del TJUE haya tenido la oportunidad de pronunciarse de nuevo y aportar nuevas consideraciones sobre el alcance del riesgo operacional desde la aprobación y entrada en vigor de la Directiva 2014/23/UE, para el estudio de la existencia de la transferencia al concesionario del riesgo operacional, deberemos seguir los parámetros fijados por las sentencias del TJUE anteriormente citadas, que, si bien no hacen mención expresa del riesgo de suministro, aluden a diferentes manifestaciones de dicho riesgo.

Así, la ya mencionada STJUE de 10 de marzo de 2011, *Privater* (C-274/2009), relativa a un contrato de socorrismo, se refiere al riesgo de suministro cuando el importe de los precios por la utilización de los servicios depende del resultado de negociaciones anuales con terceros, sin que se garantice al concesionario la cobertura íntegra de los costes soportados. No afecta a esta consideración el hecho de que los precios no sean pagados directamente por los usuarios, sino por una oficina liquidadora central encargada de recaudar y abonar esos importes en forma de pagos a cuenta periódicos; puesto que todas las remuneraciones del prestador de servicio proceden de personas distintas de la entidad adjudicadora que le ha atribuido el contrato (apartados 29 y 48).

También la ya estudiada STJUE de 10 de noviembre de 2011, *Norma-A y Dekom* (C-348/10), apartado 48, hace referencia a diferentes manifestaciones de los riesgos:

1. *Riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores*. Se refiere al riesgo de oferta, en tanto obliga al concesionario a tener que ajustar muchos aspectos de su prestación para ser más competitivo: como el precio y los servicios de la prestación, la calidad de la prestación, la conservación y el estado de las instalaciones, la atención al usuario, entre otros.
2. *Riesgo de desajuste entre oferta y demanda*. Este supuesto sería encuadrable desde el punto de vista tanto del riesgo de demanda, en aquellos supuestos en que no haya uso del servicio, como del riesgo de oferta, en tanto el concesionario puede encontrar mucha o poca demanda y puede no cubrir los gastos e inversiones efectuados, bien porque suministre más de la demanda, bien porque el usuario se quede sin suministro.
3. *Riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados*. Es una manifestación del riesgo de oferta, ya que, aun pres-

- tando el servicio, y haciéndolo correctamente, puede suceder que no sea retribuido (STJUE de 10 de marzo de 2011, *Privater*, C-274/09).
4. *Riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación.* El concesionario asume unas pérdidas por la explotación sin que sea compensado o aliviado por el poder adjudicador; es, pues, un supuesto claro de riesgo de oferta.
 5. *Riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.* Este riesgo, que deriva de la STJUE de 27 de octubre de 2005, *Contse* (C-234/03), es consecuencia de una irregularidad en el suministro que no es imputable al concesionario.

Aplicando estos criterios jurisprudenciales a un contrato de suministro y abastecimiento de agua potable, se pueden apuntar los siguientes posibles supuestos de transferencia de los tipos de riesgo operacional al concesionario:

1. *Riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores.* En principio, en un contrato de concesión de servicios de abastecimiento de agua potable es discutible que el operador económico asuma un riesgo de enfrentarse a esta competencia, ya que puede apreciarse la existencia de un monopolio de hecho en algunas poblaciones.
2. *Riesgo de desajuste entre oferta y demanda.* Desde el punto de vista de la demanda⁹, que, en general, puede verse alterada por factores como el ciclo económico, las nuevas tendencias de mercado, un cambio en las preferencias de los usuarios finales (resulta difícil este supuesto teniendo en cuenta que el agua es una actividad esencial, un bien vital para el ser humano), cabe apuntar que en el suministro del «agua en baja», en principio, y según las diversas situaciones, el riesgo de demanda será inexistente o mínimo. Ello resulta porque la demanda de este servicio esencial generalmente es fija, con lo que, salvo casos puntuales estructurales, derivados de la instalación o del cambio de ubicación de un gran número de usuarios –como podría ser el supuesto del traspaso de una gran empresa que consumiese una

9. Existen sectores en los que, por contra, la transferencia del riesgo de demanda al concesionario es evidente. En este sentido, cabe traer a colación la reciente Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía núm. 276/2018, relativa a un servicio de tanatorio, en la que queda acreditada la existencia de riesgo de demanda, al afirmar que «no está garantizada la posibilidad de que los potenciales usuarios soliciten los servicios del tanatorio de Ayamonte en número suficiente para la obtención de beneficios y no de pérdidas. El órgano de contratación transfiere el riesgo derivado de la explotación del servicio, debiendo el contratista asumir el riesgo a pérdidas si la demanda de usuarios fluctúa o desciende durante la vigencia del contrato respecto a sus previsiones iniciales, o si los gastos de explotación son superiores a los estimados».

cantidad significativa de agua o la urbanización de una nueva zona—, el número de usuarios es estable, inelástico o cautivo.

Desde el punto de vista de la oferta, puede ocurrir que el operador económico, por determinados factores derivados de la demanda, se quede sin suministro y no pueda abastecer toda la demanda existente, o que el suministro sea inadecuado; es lo que se debe entender por riesgo de suministro u oferta. Recordemos que el riesgo de suministro u oferta hace referencia tanto al riesgo de construcción (supuestos que requieran la instalación de infraestructuras —en estos supuestos o *greenfields* el riesgo de demanda, junto con el de construcción, adquiere gran importancia, ya que se desconoce la demanda efectiva de utilización de dichos servicios— y de elementos constructivos) como al riesgo de disponibilidad, esto es, suministrar los servicios en la cantidad y calidad pactadas (de gran trascendencia en los supuestos de infraestructuras ya existentes o *brownfields*, pues en estos supuestos ya se conoce el número aproximado de usuarios). Vinculado al riesgo de disponibilidad, nos encontramos con el riesgo tecnológico en aquellos proyectos que requieran un alto nivel técnico por comportar un riesgo del progreso como consecuencia del avance de la tecnología u obsolescencia tecnológica, entendiéndose que la falta de suministro en la cantidad pactada contractualmente o de la seguridad o los niveles especificados, es consecuencia del riesgo tecnológico asumido, tal como indicó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña en el Informe 9/2016.

3. *Riesgo por la insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados.* Respecto al posible impago por parte de los usuarios en este caso de las tarifas, al tener una naturaleza de prestaciones patrimoniales públicas no tributarias, de carácter privado, quien paga es el usuario del servicio y quien cobra es el contratista o concesionario, no existe un ejercicio de autoridad para su gestión y cobro. Es el concesionario el encargado de asegurar que se produzca el pago por parte de los usuarios, de acuerdo con la normativa procedimental recogida por los respectivos reglamentos de cada servicio, y quien asume el riesgo de impago —a diferencia de lo que sucede con las tasas, en las que existe un procedimiento de apremio—. De manera que el riesgo por la insolvencia en el pago de las tarifas es una manifestación del riesgo comercial¹⁰, es un riesgo de

10. Informe 14/2018 de la Junta Consultiva de Contratación de Aragón, y resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid sobre contratos de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión de servicios en la gestión del

suministro u oferta, ajeno a la buena gestión del concesionario y sin que pueda ser aliviado o compensado por el poder adjudicatario.

4. *Riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación.* Ello comporta que el concesionario deberá asumir los gastos derivados de las inversiones y gastos de la explotación del servicio de abastecimiento de agua potable, que puede que sean superiores a la cantidad que perciba por su prestación, sin que pueda ser compensado o aliviado por el poder adjudicador. Por lo tanto, este supuesto está ligado a la transferencia efectiva de los riesgos, ya que de lo contrario estaremos ante un supuesto clásico de riesgo y ventura propio de todos los contratos, en el que los contratistas han de asumir el mantenimiento y conservación ordinaria del servicio.
5. *Riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.* Este supuesto deriva de las consecuencias de la irregularidad en el riesgo de suministro u oferta anteriormente analizado.

En definitiva, la flexibilidad operada a nivel jurisprudencial en el concepto de contrato de concesión, junto con el alcance del riesgo operacional establecido en la Directiva 2014/23/UE, permite concluir que existirá un contrato de concesión de servicios si la transferencia efectiva de los riesgos de demanda y/o suministro, en su conjunto, supone que el concesionario asuma «una parte significativa» del riesgo de explotación del servicio. En el supuesto específico del servicio de abastecimiento de agua potable, al ser una actividad reservada, por el tipo de demanda y la regulación del sector, será posible acudir a la vía concesional, si existe efectivamente una transferencia significativa del riesgo operacional, aunque sea limitada.

2.1.2.2 Distribución de los riesgos

Desde el punto de vista del reparto de los riesgos, se deberá analizar cada supuesto concreto, atendiendo al sector de que se trate y a las específicas características de la prestación. En todo caso, considero importante incidir en que, en la redacción utilizada para trasladar el riesgo operacional al concesionario:

servicios de escuelas infantiles (resoluciones 92/2014, 93/2014, 94/2014, 95/2014, 96/2014, 97/2014, 98/2014, 99/2014, 100/2014, 101/2014, 102/2014, 103/2014, 104/2014, 105/2014, 74/2015 y 79/2015), en los que apreció la existencia de un riesgo de demanda en actividades complementarias ofertadas, y del riesgo que asumen los adjudicatarios por los impagos de los usuarios sin que la Administración lo garantice.

«riesgo de demanda o riesgo de suministro o ambos», la utilización de la preposición disyuntiva «o» no ha de suponer que se esté otorgando una libertad absoluta de elección a las partes en el momento del reparto de los riesgos al margen de la realidad, de quien sea el que mejor puede asumirlos, pues ello supondría un fraude al espíritu y finalidad de la Directiva 2014/23/UE. Todo lo contrario, lo único que debe desprenderse de dicha redacción es la voluntad de flexibilizar dicha transferencia de riesgo: el riesgo operacional puede ser, además del riesgo de demanda, riesgo de oferta, pero no únicamente en función del riesgo de disponibilidad, para adecuar mejor el riesgo asumido al contrato en cuestión y al sector específico de que se trate.

2.1.3

Exclusión del sector del agua del ámbito de la Directiva 2014/23/UE

Delimitado el contorno y significado del riesgo operacional, cabe señalar que, si se transfiere este riesgo al concesionario, la Directiva 2014/23/UE prevé la exclusión de los contratos de concesión del ámbito de la Directiva que tengan por objeto determinados supuestos de concesión del sector del agua. Esta exclusión refleja la transcendencia de este sector, que va más allá del carácter meramente contractual y supone preservar el derecho del agua como bien público de valor fundamental para todos los ciudadanos de la Unión Europea, derecho genuino y autónomo que traspasa la contratación pública, entroncado con otros derechos fundamentales superiores como el derecho a la salud, a la calidad y al medio ambiente.

En este sentido, cabe indicar que los servicios del agua están considerados en principio como Servicios de Interés Económico General (SIEG), si bien su interés económico es relativo y singular, de manera que los aproximan a la configuración de los Servicios de Interés No Económico General (SNEIG).

La exclusión de determinadas concesiones del agua es una de las que más incidencia ha tenido; se gestó durante el procedimiento de tramitación de la Directiva, de manera que, en la fase final, se decidió excluir el sector del agua por la presión de algunos Estados miembros, ya que inicialmente estaba dentro del ámbito de aplicación de la propuesta de Directiva¹¹, quedando

11. La propuesta de Directiva de concesiones de 20 de enero de 2011 ya encontró una oposición generalizada puesta de manifiesto en el Informe del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública, el Informe del Comité Económico y Social, de 26 de junio de 2012, y el Informe del Comité de las Regiones, de 13 de septiembre de 2012, centrada principalmente en la gestión del servicio del abasteci-

estos contratos de concesión incluidos en la Directiva de sectores especiales 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE¹² (Directiva 2014/25/UE).

De acuerdo con el artículo 12 y los considerandos 40 y 84 de la Directiva 2014/23/UE, quedan excluidas las concesiones de obras y servicios para suministrar o explotar redes fijas destinadas a prestar servicios al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable, o a suministrar agua potable a dichas redes. También se excluye, en la medida en que los servicios estén vinculados a una de las actividades mencionadas, la concesión de servicios para la evacuación o tratamiento de aguas residuales y para proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje, siempre que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20 % del volumen total de agua disponible, gracias a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje. Ello supone que el contrato de servicio de gestión integral del agua es un contrato no sujeto a regulación armonizada, y en consecuencia, no resulta obligatoria la publicación comunitaria.

El artículo 12 de la Directiva no distingue en este tipo de concesiones si se trata de aquellas concedidas por «poderes adjudicadores» o «entidades adjudicadoras», mientras que el artículo 10 de la Directiva 2014/25/UE –al

miento del agua de consumo humano y el saneamiento de aguas residuales. Esta oposición se puso de manifiesto en la iniciativa Ciudadana Europea ICE que se promovió a partir del Foro Mundial del agua, celebrado en Marsella, en marzo de 2012. En respuesta a esta oposición y siguiendo la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 64/292, de 28 de julio de 2010, la Comisión Europea aprobó el Documento *El derecho al agua y al saneamiento como derecho humano*, de 19 de marzo de 2014. En base a los trabajos preparatorios de este documento en el proceso de negociación de la propuesta de Directiva de concesiones los representantes del Consejo, Parlamento Europeo y Comisión Europea convinieron la exclusión del servicio de abastecimiento de agua potable, así como del alcantarillado y tratamiento de aguas residuales, cuando dicho servicio se preste junto con el abastecimiento del agua. De acuerdo con la Comunicación de 19 de marzo de 2014 COM (2014) 177 final, la Comisión indicó que acogía con satisfacción la movilización de los ciudadanos europeos en apoyo del acceso al agua potable segura y el saneamiento, y que seguiría garantizando la neutralidad de la UE respecto a las opciones nacionales, regionales y locales en materia de prestación de los servicios del agua, al tiempo que velaría por el respeto de principios clave de los tratados como la transparencia y la igualdad de trato.

12. La Directiva 2014/25/UE aún no ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico interno. En el momento de redacción de este trabajo, se había publicado el informe de la ponencia del proyecto de Ley sobre los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 28 de enero de 2019).

ser de aplicación a las «entidades adjudicadoras»— precisamente recoge los supuestos de exclusión anteriormente transcritos que hacen referencia a estas últimas, si bien con alguna ligera diferencia, pues hace referencia a entidades adjudicadoras que ejerzan una actividad contemplada en el apartado 1. En todo caso, cabe señalar que el régimen de la Directiva 2014/25/UE —atendiendo a la concurrencia de los tres requisitos que se deben dar para que sea aplicable: sujeto, objeto y cuantía— es más flexible que la Directiva de concesiones.

Al respecto, la LCSP no prevé ninguna exclusión de este sector, por lo que los contratos de concesión de servicios de los poderes adjudicadores que hagan referencia al agua se regirán por los artículos 284 a 297 de la LCSP, y supletoriamente por la regulación del contrato de concesión de obras. Mientras que, en los supuestos de entidades adjudicadoras que reúnan los requisitos de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, deberán regularse por esta Ley y por la Directiva 2014/25/UE, que tiene efecto directo desde el 18 de abril de 2016, hasta la efectiva transposición de la Directiva.

2.2

Principales aspectos de la regulación del riesgo operacional en la LCSP

La LCSP recoge los dos tipos de riesgos que comportan la traslación del riesgo operacional; tanto el artículo 14.4, relativo al contrato de concesión de obras, como el artículo 15.2, relativo al contrato de concesión de servicios, hacen referencia al riesgo operacional, abarcando el riesgo de demanda o el de suministro o ambos, de conformidad con la Directiva 2014/23/UE. Es en el artículo 14, apartado 4, de la LCSP, donde se fija el alcance del riesgo operacional, y se transponen los caracteres que el legislador comunitario fija en los considerandos y en el articulado de la Directiva 2014/23/UE, como he expuesto.

Sin embargo, el artículo 267.4 de la LCSP, relativo a la retribución por la utilización de las obras, vincula la retribución de la obra teniendo en cuenta el grado de disponibilidad¹³ ofrecido por el concesionario y/o su utilización

13. Para LAZO VITORIA, X. (2018.a), «El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión», en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 542 a 543, ello no es atribuible a

por los usuarios. No pasa lo mismo con el contrato de concesión de servicios, ya que el artículo 289 de la LCSP vincula la retribución a la utilización –o frecuentación– que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración, más acorde, pues, con los postulados comunitarios. Por lo tanto, en el supuesto objeto del presente trabajo, contrato de concesión de abastecimiento de agua, requerirá la transferencia al concesionario del riesgo de demanda y/o riesgo de suministro u oferta.

Respecto a la compatibilidad entre el riesgo operacional y el principio de reequilibrio económico como manifestación del principio *pacta sunt servanda*, si bien la Directiva 2014/23/UE no hace referencia explícita a ello, particularmente estimo que lo contempla tanto en los considerandos 18 y 75 como en el articulado (artículos 43.1 c] y 43.4 b]). Esta compatibilidad ha quedado plasmada parcialmente¹⁴, en la regulación, en el artículo 257 b) de la LCSP, posteriormente desarrollado en el artículo 270 de la LCSP, relativo al contrato de concesión de obras, y en el artículo 290 de la LCSP, relativo al contrato de concesión de servicios. En ambos supuestos se reconoce que se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato en beneficio de la parte que corresponda cuando la Administración realice una modificación de las previstas; cuando actuaciones de la Administración pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario, determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato; en determinados supuestos de *factum principis* y en los supuestos de fuerza mayor.

Resulta de gran transcendencia la previsión expresa relativa a que 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 *in fine* y 290.4 *in fine* de la LCSP).

Vinculado con el riesgo operacional, la duración del contrato de concesión (artículo 29 de la LCSP) constituye un elemento determinante para hacer efectiva esta transferencia real del riesgo operacional al concesionario, de manera que la duración de la concesión no puede favorecer de forma desproporcionada al concesionario por excesiva duración, ya que podría suponer no solo una ayuda ilegal de acuerdo con las previsiones del artículo 107 del TFUE, sino también una retribución indebida a favor del concesionario.

una falta de coordinación entre las distintas partes del nuevo texto legislativo, sino que podría atribuirse, en principio, a una decisión querida o, cuando menos, conocida por parte del legislador; idem (2018.b), «El riesgo operacional ¿una nueva era para los contratos de concesión?», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, págs. 62 a 69.

14. GIMENO FELIÚ, J. M.^a (2014), *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública...*, *op. cit.*, págs. 148 a 152.

También merece especial referencia el estudio de viabilidad¹⁵ o, en su caso, el estudio de viabilidad económico-financiera de estos tipos de contratos, que tiene carácter vinculante, pues recordemos que los contratos de concesión son contratos largos y complejos, que precisan de la correcta distribución de los riesgos y el ajustado reparto de los mismos. En concreto, el artículo 285.1 c) de la LCSP establece que en el estudio de viabilidad se deberá establecer el reparto de riesgos, correspondiendo al concesionario siempre el riesgo operacional. Respecto a qué riesgo asumirá específicamente el concesionario, se deberá atender al principio de optimización del riesgo o de transferencia óptima del riesgo y el principio de buena fe, según los supuestos y sin que sea excesivo, de lo contrario aumentaría la tasa interna de rentabilidad o retorno estimada (TIR), en tanto se vulneraría el principio de igualdad de trato en la comparación de ofertas de licitación y eliminaría el riesgo operacional.

Por último, y como colofón a esta nueva configuración del contrato de concesión, desde el punto de vista del control de los contratos de concesiones, el artículo 333 de la LCSP prevé la creación de la Oficina Nacional de Evaluación, que tendrá, entre otras funciones, la evacuación de informes preceptivos en los supuestos en que existan medidas de apoyo a la financiación del concesionario, o en que las tarifas sean asumidas total o parcialmente por el poder adjudicador; también informará los acuerdos de restablecimiento del equilibrio del contrato, y, además, evaluará la rentabilidad del proyecto en atención al riesgo de demanda que asuma el concesionario.

3

Conclusiones

El riesgo operacional es un concepto no cerrado que, tal como está contemplado en la Directiva 2014/23/UE, impide definirlo hasta sus últimas consecuencias, por lo que deberá analizarse cada supuesto concreto –según el sector, duración y complejidad del contrato– y teniendo en cuenta, como parámetro interpretativo, la jurisprudencia del TJUE, que irá matizando su alcance.

En concreto, en los supuestos en los que no exista riesgo de demanda, adquirirá especial importancia el riesgo de suministro u oferta, que permitirá asegurar la mayor calidad de la prestación. De acuerdo con lo expuesto, se puede llegar a la conclusión de que la inclusión, como criterio delimitador del riesgo

15. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2018), «Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamiento de futuro», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 186, págs. 52 a 61.

operacional, del riesgo de suministro u oferta, permite hacer más competitiva y eficiente la concesión, favoreciendo el uso de los usuarios por la buena prestación del servicio u obra y la calidad de la misma. En efecto, se flexibilizan los criterios para posibilitar la completa y efectiva transferencia del riesgo operacional, al permitir atribuir según el sector los riesgos específicos de las concesiones, sin que ello suponga que la Directiva incremente la variable riesgo en estos contratos, y asegurar la calidad de la prestación. En definitiva, se quiere evitar que en un contrato de concesión la transferencia del riesgo sea artificiosa o incluso no exista, y al mismo tiempo permitir en determinados sectores una menor intensidad del mismo, si bien procurando la mayor eficiencia de la prestación.

En el supuesto específico del contrato de concesión de abastecimiento y suministro de agua potable, y partiendo de la libertad reconocida a los Estados miembros para organizar y gestionar los servicios de la forma más eficaz y eficiente, si la Administración opta por un contrato de concesión de servicios por ser el más idóneo teniendo en cuenta todos los factores analizados, será trascendental el previo estudio exhaustivo, realista y prudente del estudio de viabilidad. En todo caso, se deberá asegurar la continuidad y la correcta prestación de este servicio, al ser un servicio de carácter esencial.

4

Bibliografía

- GIMENO FELIÚ, J. M.^a (2014), *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia*, Aranzadi, Cizur Menor, pág. 207.
- (2017), «Hacia una nueva Ley de contratos del sector público. ¿Una nueva oportunidad perdida?», *REDA*, núm. 182, pág. 206.
- GIMENO FELIÚ, J. M.^a, SALA SÁNCHEZ, P. y QUINTERO OLIVARES, G. (2017), *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*, Cambra de Comerç de Barcelona, Barcelona.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. (2015), «La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado», en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas directivas de contratación pública*, Civitas, Cizur Menor, págs. 183 a 191.
- (2018), «La prestación de servicios hidráulicos mediante concesión», en EZQUERRA HUERVA, A. y NAVARRO CABALLERO, T. M. (dirs.), *Contratación pública y agua. El impacto de la nueva regulación de los contratos públicos en el derecho de aguas*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 159 a 196.

- LAZO VITORIA, X. (2015.a), «La clave de bóveda del sistema concesional: la transferencia de los riesgos», en www.obcp.es, 27/01/2014.
- (2015.b), «Contratos públicos, concesiones y contratos mixtos», en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas directivas de contratación pública*, Civitas, Cizur Menor, págs. 425 a 436.
 - (2018.a), «El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión», en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 517-544.
 - (2018.b), «El riesgo operacional ¿una nueva era para los contratos de concesión?», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, págs. 62 a 69.
- LÓPEZ MORA, M.^a E. (2019), *El nuevo contrato de concesión: el riesgo operacional*, Atelier, Barcelona.
- LUERGO LORA, A. (2018), «*Skin in the game*: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 70, págs. 20 a 33.
- MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L. (2015), «Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 40, págs. 2 a 40.
- MÍGUEZ MACHO, L. (2015), «La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la Directiva 2014/23/UE: repercusiones para el derecho español», en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas directivas de contratación pública*, Civitas, Cizur Menor, pág. 406.
- NOGUERA DE LA MUELA, B. (2012), «La colaboración público-privada en las obras hidráulicas», en *Tributos, aguas e infraestructuras*, Atelier, Barcelona, págs. 223 a 252.
- PERDIGÓ SOLÀ, J. (2016), «El agua, los servicios de interés general y la Directiva de concesiones», en PARISIO, V., AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B. (dirs.), *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 301 a 334.
- VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ, P. (2018), «Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamiento de futuro», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 186, 2018, págs. 52 a 61.