

# Riesgo operacional versus equilibrio financiero ¿una contradicción real o teórica?

Sumario: RESUMEN.—I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONTRATO DE CONCESIÓN EN LA DIRECTIVA 2014/23/UE.—2.1. Riesgo operacional como *conditio sine qua non* de la concesión.—2.2. Riesgo operacional y el principio de estabilidad presupuestaria.—2.3. Clases de riesgo operacional.—III. EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y EL RIESGO OPERACIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.—3.1. La concesión de servicios en la LCSP.—3.2. Transferencia del riesgo operacional al concesionario.—3.3. El riesgo operacional y el riesgo y ventura.—3.4. La duración del contrato de concesión y el riesgo operacional.—3.5. Retribución del concesionario y el riesgo operacional.—3.6. El riesgo operacional y el principio de equilibrio económico-financiero.—IV. CONCLUSIÓN.—V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.—5.1. Normativa.—5.2. Resoluciones judiciales.—5.3. Dictámenes e Informes.—5.4. Obras doctrinales.

## RESUMEN

*La Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público ha introducido cambios significativos en la tipificación de los contratos públicos. Entre estas novedades, destaca la nueva definición legal de las concesiones, en las que la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico se configura como la *conditio sine qua non* de las mismas. Esta traslación del riesgo puede llegar a suponer que el concesionario no recupere las inversiones realizadas, ni cubra los costes que haya sufragado en su explotación en condiciones normales de funcionamiento, pues se trata del riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado. Sin embargo, esta nueva regulación de las concesiones no puede contravenir el principio de equilibrio económico-financiero del propio contrato. Así, de la atenta interpretación de este término dependerá el correcto funcionamiento de las concesiones.*

*PALABRAS CLAVE: Contrato de concesión, riesgo operacional, contratación pública.*

---

\* Graduada en Derecho por la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE).

## ABSTRACT

*Law 9/2017, of November 8, on Public Sector Contracts has introduced significant changes in the classification of public contracts. Among these, the new legal definition of concessions stands out, in which the transfer to the concessionaire of an operational risk is configured as the sine qua non conditio. This transfer of risk can mean that the concessionaire does not recover the investments made, or the costs incurred in its operation under normal operating conditions, since the operational risk is the risk of exposure to market uncertainties. However, this new concession regulation cannot contravene the principle of economic-financial balance of the contract itself. Thus, the correct performance of the concessions contracts will depend on the careful interpretation of the operational risk.*

*KEYWORDS: Concession contract, operational risk, public procurement*

## I. INTRODUCCIÓN

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

Con esta normativa se contempla, por primera vez, una regulación específica sobre concesiones diferenciada de la regulación de los contratos públicos considerados como “clásicos”. Es, también, la primera ocasión en la que se armonizan bajo una única norma los distintos tipos de concesiones, esto es, la concesión de obras y la concesión de servicios.

La trasposición de estas directivas al ordenamiento jurídico español se llevó a cabo mediante la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (“LCSP”). Esta ley trae consigo novedades de importante calado en el ámbito de la contratación pública española. De entre todas sus innovaciones, resalta la introducción de la concesión de servicios públicos y el contrato de servicios que conlleva prestaciones directas a los ciudadanos, y la supresión del contrato de gestión de servicios públicos<sup>1</sup>.

Esta alteración ha sido criticada por ciertos sectores de la doctrina administrativa española, pues consideran que la regulación de la UE no exigía esta “re-definición” de los contratos públicos y que, además, la reforma no va unida de novedades apreciables en la regulación de los

---

<sup>1</sup> Vid. GIMENO FELIÚ, J. M., «La trasposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades», Documentación Administrativa: Nueva Época, núm. 4, 2017, p. 7., y LAGUNA DE PAZ, J. C., «Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos», Revista de Administración Pública, núm. 204, 2017, p. 44.

mismos<sup>2</sup>. Asimismo, la introducción de estos nuevos tipos contractuales, y concretamente la delimitación del contrato de concesión de servicios mediante la transmisión del riesgo operacional, se ha alzado precisamente como un motivo de disputa doctrinal, pues ciertos autores y profesionales jurídicos ven que el riesgo operacional no presenta diferencias con respecto al principio de riesgo y ventura que impera en el régimen general de la contratación pública<sup>3</sup>.

Sin embargo, la definición normativa del riesgo operacional supone una novedad que va más allá de la tradicional exigencia del riesgo y ventura y afecta muy significativamente a cuestiones como el restablecimiento del equilibrio económico-financiero de las concesiones. Así lo ha declarado el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 1116/2015, relativo al Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público:

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

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

---

<sup>2</sup> Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Contratos del sector público y Derecho de la Unión», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, p. 101.

<sup>3</sup> Por otra parte, MAGIDE HERRERO, M. afirma que la idea del riesgo operacional “no es otra que el riesgo y ventura en la explotación de la concesión que se ha predicado tradicionalmente de nuestras concesiones de obras y de gestión de servicios públicos (cfr. arts. 7.2 y 277 a) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (“TRLCSP”), puesto que la explotación de la obra o el servicio es su operación, y el principio de riesgo y ventura ya exigía esa ausencia de garantía de recuperación de costes e inversiones.” en «Algunas reflexiones a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, en particular sobre los contratos de concesión», *Actualidad jurídica*, Uría Menéndez, núm. 46, 2017, p. 43.

## II. EL CONTRATO DE CONCESIÓN EN LA DIRECTIVA 2014/23/UE

### 2.1. Riesgo operacional como *conditio sine qua non* de la concesión

El concepto de concesión ha generado numerosos conflictos tanto a nivel europeo como nacional, fundamentalmente por la necesidad de distinguir las concesiones de servicios de los contratos públicos de servicios<sup>4</sup>. Frente al escaso marco jurídico existente en torno a las concesiones, ha cobrado un notorio papel la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, pues ha fijado el concepto de concesión y declarado la sujeción, con carácter general, de las mismas a las normas y principios del TFUE<sup>5</sup>. Así, la aprobación de la Directiva 2014/23/UE supone que el Derecho comunitario pasa a regular por primera vez el procedimiento de licitación y adjudicación de las concesiones.

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

De forma común a las concesiones de obras y servicios, la regulación comunitaria señala que la adjudicación de estos contratos implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Según esta norma, se considera 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 el objeto de la concesión.

El mencionado precepto 5.1 de la Directiva 2014/23/UE prescribe que la parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no sea meramente nominal o desdeñable.

En este artículo, la Directiva establece que la asunción del riesgo operacional por parte del concesionario es la *conditio sine qua non* de la consideración de la relación contractual como una concesión de servicios y no, por el contrario, como un contrato de servicios. Los considerandos 18 y 20 de la Directiva 2014/23/UE recogen una serie de premisas interpretativas sobre el riesgo ope-

---

<sup>4</sup> MÍGUEZ MACHO, L., «La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la Directiva 2014/23/UE: repercusiones para el derecho español». En Las nuevas directivas de contratación pública: Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo, Observatorio de los Contratos Públicos, 2015, número Monográfico especial, Aranzadi, Zaragoza, p. 398.

<sup>5</sup> RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., «La Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión», Revista Jurídica de Navarra, núm. 58, 2014, p. 106.

racional, que van más allá del hecho de que la transferencia del mismo al concesionario es el presupuesto esencial en la concesión de servicios.

El riesgo operacional se configura como la contrapartida que el adjudicatario ha de asumir por obtener el derecho a explotar el servicio. Sin embargo, no se obliga en ningún caso a que la asunción de este riesgo por parte del adjudicatario sea total, pues cabe la posibilidad de que el poder público contratante absorba parte de ese riesgo. El considerando 18 nos dice que para que efectivamente el concesionario asuma el riesgo operacional tiene que haber la posibilidad de que éste no recupere las inversiones realizadas o no cubra los costes en los que haya incurrido y que, en ningún caso, el poder adjudicador garantice un ingreso mínimo que permitiera recuperar tal inversión o cubrir la totalidad de dichos costes<sup>6</sup>.

En la misma línea de argumentación, el considerando 18 añade que no es impedimento para hallarnos ante una concesión de servicios que parte o toda la remuneración provenga del poder o entidad adjudicadores, siempre que la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el concesionario 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<sup>7</sup>.

Tampoco se excluirán de la definición de concesión de servicios los contratos que establezcan entre sus condiciones una previsión que estime una compensación parcial, incluida la compensación en caso de adelantarse la extinción de la concesión por motivos atribuibles al poder o entidad adjudicadora, o por causas de fuerza mayor<sup>8</sup>.

Por otra parte, el considerando 20 de la Directiva 2014/23/UE incide en que el riesgo operacional ha de derivarse de factores que escapen al control de las partes. Es decir, no se encuentra dentro del concepto de riesgo operacional todo lo relativo a penalizaciones, disminución de remuneración o cualquier otro gravamen para el concesionario derivado de una gestión incorrecta o incumplimientos de obligaciones, pues se trata de riesgos inherentes a todo contrato<sup>9</sup>. Con ello, la finalidad intrínseca de este precepto es trasladar

---

<sup>6</sup> HUERGO LORA, A., «El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», Documentación Administrativa, 2017, p. 45.

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

<sup>7</sup> En este sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE 2005/325 de 13 de octubre, (Asunto C-234/03) que calificó un contrato bajo el tipo concesional aun admitiendo que “la Administración española sigue siendo responsable de cualquier perjuicio causado por una eventual irregularidad en la prestación del servicio. Esta circunstancia, que implica la inexistencia de transmisión de los riesgos relacionados con la prestación del servicio de que se trata, y el hecho de que sea la Administración sanitaria española quien retribuye el servicio respaldan la citada conclusión.”

<sup>8</sup> Considerando 19 de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

<sup>9</sup> HUERGO LORA, A., «El riesgo operacional en...» *op. cit.*, p. 32.

Por su parte, en Sentencia de 10 de noviembre de 2011(TJCE 2011, 347) (Asunto Norma-A SIA,

al concesionario un riesgo que vaya más allá del cumplimiento por su parte de los compromisos contractuales, calificando como riesgo situaciones que el contratista no sea capaz de controlar ni prever, y tampoco dependa de su propia función o actividad<sup>10</sup>.

Es precisamente esta delimitación la que ocasiona disputa doctrinal en cuanto al riesgo operacional. Con ella se reducen significativamente las actuaciones contractuales aptas para encuadrarse en esta definición y, además, altera la aproximación que sobre este particular término se venía haciendo en nuestro ámbito interno en relación con la calificación de los contratos de concesión. En todo caso, el mensaje es muy claro en esta línea, pues según se indica literalmente,

Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por “riesgo de demanda” el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por “riesgo de oferta” el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda<sup>11</sup>.

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

El riesgo derivado de la explotación se convierte, por tanto, en el centro de toda remuneración que el concesionario pueda recibir, pero también en la base de las pérdidas y divergencia entre las inversiones y costes y los ingresos que dicho operador pueda recibir<sup>12</sup>. En ese contexto, el hecho de que una de las partes contratantes sea un poder o entidad adjudicadores no aporta un espacio de mayor confort o garantía al operador privado que, aproximándose a un régimen pleno de mercado, ganará o perderá en función de los resultados

---

C-348/10) se indica igualmente por parte del Tribunal de Justicia de la UE que riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como concesión de servicios, puesto que tales riesgos son propios de cada contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios.

<sup>10</sup> López Mora, M.ª, «El nuevo contrato de concesión: el riesgo operacional», Atelier, Barcelona, 2019, p. 149.

<sup>11</sup> Considerando 20 de la Directiva 2014/23/UE.

<sup>12</sup> En este sentido se pronunció la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la UE en su sentencia del 10 de septiembre de 2009, relativa al Asunto C-206/08, *Eurawasser*, diciendo que: “De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios”. Por su parte, en la Sentencia de 27 de octubre de 2005 relativa al Asunto C-234/03, el Tribunal de Justicia de la UE consideró que se trataba de contratos de servicios porque “la Administración española sigue siendo responsable de cualquier perjuicio causado por una eventual irregularidad en la prestación del servicio. Esta circunstancia, que implica la inexistencia de transmisión de los riesgos relacionados con la prestación del servicio de que se trata, y el hecho de que sea la Administración sanitaria española quien retribuye el servicio respaldan la citada conclusión”.

del negocio que le ha sido encomendado<sup>13</sup>. En esa línea, y a pesar de que la propia Directiva 2014/23/UE acepte que parte del riesgo pueda ser asumido por el poder público, toda previsión contractual que pretenda limitar el riesgo descrito deberá ser interpretada restrictivamente y, en su caso, podrá ser puesta en tela de juicio a la luz de lo expuesto.

La Comisión ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en la Comunicación interpretativa sobre las concesiones en Derecho comunitario de 12 de abril de 2000, apuntando que el aspecto más importante es que se transfiera la responsabilidad de la explotación al operador, es decir, que el concesionario asuma los riesgos de su gestión y los inherentes a la demanda<sup>14</sup>.

## 2.2. Riesgo operacional y el principio de estabilidad presupuestaria

Las Administraciones Públicas emplean el contrato de concesión fundamentalmente para cumplir con el principio de estabilidad presupuestaria y para evitar el endeudamiento del sector público, pues las operaciones llevadas a cabo mediante este tipo contractual no computan a efectos de déficit<sup>15</sup>.

Por el principio de estabilidad presupuestaria regulado e impuesto por la UE, se le exige a las distintas Administraciones Públicas el cumplimiento de un presupuesto desarrollado por ellas mismas en el que se sostenga una situación de equilibrio o de superávit, en términos de capacidad de financiación, como establece la definición que recoge el Reglamento 549/2013, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea<sup>16</sup>. La inobservancia por parte de las Administraciones Públicas de dicho principio de estabilidad presupuestaria puede acarrear serias y gravosas consecuencias para las mismas.

---

<sup>13</sup> HUERGO LORA, A., «Skin in the game: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, 2018, Iustel.

<sup>14</sup> Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre las concesiones en el Derecho comunitario, publicada en el DOCE C 121 de 29 de abril de 2000.

<sup>15</sup> *Vid.* GONZÁLEZ GARCÍA, J., «Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria», Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 26.

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

<sup>16</sup> CALATAYUD PRATS, I., «Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista de las concesiones de obra y Servicio público: la liquidación del contrato (RPA) y la indemnización de daños y perjuicios», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 44, 2017, Iustel.

Tanto el Reglamento 549/2013 como la Decisión de EUROSTAT núm. 18/2004, exponen un método de contabilización para las Administraciones Públicas que establece las operaciones que computan a efectos de déficit público y cuáles no, basándose en las reglas contables aunadas en el Sistema Europeo de Cuentas de 2010 (“SEC-10”)<sup>17</sup>. En particular, las reglas de los apartados 20.276 y siguientes del Reglamento 549/2013, exponen los requisitos esenciales para que las operaciones llevadas a cabo por las Administraciones Públicas mediante un contrato de concesión no computen como endeudamiento. Para ello, el apartado 20.283 del Reglamento 549/2013 establece que es necesario delimitar quién –concesionario o Administraciones Públicas– asume la mayor parte de los riesgos y qué unidad se espera que reciba la mayor parte de los beneficios de la inversión. Dicho precepto expone que los elementos de riesgo y beneficio que deben evaluarse son:

- **Riesgo de construcción**, que incluye los rebasamientos en los costes, la posibilidad de costes adicionales derivados de retrasos en la entrega, el incumplimiento de condiciones o códigos de construcción, y los riesgos ambientales y de otros tipos que exijan pagos a terceros.
- **Riesgo de disponibilidad**, que incluye la posibilidad de costes adicionales, como los de mantenimiento y financiación, y las sanciones soportadas porque el volumen o la calidad de los servicios no cumple las normas especificadas en el contrato.
- **Riesgo de demanda**, que incluye la posibilidad de que la demanda de los servicios sea mayor o menor de la esperada.
- El **riesgo de valor residual y obsolescencia**, que incluye el riesgo de que el activo sea inferior a su valor esperado al final del contrato y el grado en que las Administraciones Públicas tienen opción a adquirir los activos.
- La **existencia de financiación del garante o de concesión de garantías**, o de cláusulas de rescisión ventajosas sobre todo en caso de rescisión a iniciativa del operador<sup>18</sup>.

De esta manera, si no se da la traslación de los riesgos de construcción, demanda y disponibilidad de manera efectiva, el activo la financiación y el endeudamiento han de computar en las cuentas contables de las Administraciones Públicas. La financiación mayoritaria, las garantías que cubren la mayoría de la financiación percibida, o las cláusulas de rescisión que prevén un reembolso mayoritario del proveedor de la financiación en caso de rescisión

---

<sup>17</sup> BANCO DE ESPAÑA, «Principales efectos de la aplicación del Sistema Europeo de Cuentas (SEC 2010) en las Cuentas Financieras de la Economía Española», 15 de octubre de 2014, p. 5.

<sup>18</sup> Vid. Apartado 20.283 del Reglamento 549/2013, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea.



sión a iniciativa del concesionario provocan la ausencia de una transferencia efectiva de cualquiera de estos riesgos<sup>19</sup>. Por ello, es razonable entender que las Administraciones Públicas evitarán cualquier contrato de concesión que no suponga una transferencia cierta de los riesgos, pues en caso inverso, la celebración del contrato de concesión perderá su motivo de ser<sup>20</sup>.

### 2.3. Clases de riesgo operacional

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE deja claro que para encontrarnos ante un contrato de concesión, el concesionario tiene que asumir un riesgo económico de la explotación del servicio. Sin embargo, no se requiere que éste asuma la totalidad del riesgo relativo a dicha explotación, pues se puede compartimentar el riesgo operacional entre el poder adjudicador y el concesionario<sup>21</sup>. La Directiva 2014/23/UE no aclara ni restringe la asunción de estos riesgos y se limita a afirmar que para que podamos estar ante una concesión, se debe transferir al concesionario un riesgo operacional “*abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos*”. Por su parte, el considerando 20 incluye las definiciones de estos dos tipos de riesgos, pero en términos poco concretos<sup>22</sup>.

Como se puede desprender de la literalidad de dicho precepto, el término riesgo operacional se encuentra fuertemente vinculado al mercado: a la oferta y demanda<sup>23</sup>. En efecto, se ha de partir de que la Directiva 2014/23/UE gira entorno a la explotación de la obra o servicio, y sobre esa base debemos interpretar el riesgo de demanda de manera que la retribución del concesionario está vinculada a esa utilización o uso por parte de los usuarios. Mientras tanto, el riesgo de suministro está más ligado a la prestación y a la provisión de la obra o servicio de manera que no tiene asegurada la recuperación de las inversiones y costes realizados<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> Vid. Apartado 20.284 del Reglamento 549/2013, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea.

<sup>20</sup> CALATAYUD PRATS I., «Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento...» *op. cit.*

<sup>21</sup> Vid. Artículo 5.1 de la Directiva 2014/23/UE.

<sup>22</sup> HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., «La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado en las nuevas directivas de contratación pública: Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo», en Observatorio de los Contratos Públicos, 2015, número Monográfico especial, Aranzadi, Zaragoza, p. 185.

<sup>23</sup> LÓPEZ MORA, M.<sup>a</sup>, «El nuevo contrato de concesión...» *op. cit.*, p. 171.

<sup>24</sup> La sentencia de la Sala Tercera del TJ, de 10 de marzo de 2011, relativa al Asunto C-274/09 de Privater Rettungsdienst, entre otras, ha sido esencial para la definición de la concesión y del riesgo operacional. Con respecto al riesgo de explotación, la resolución establece que: “el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (...), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.”

Por su parte, la Decisión de EUROSTAT núm. 18/2004 desarrolla un listado de los distintos riesgos “genéricos” y sus definiciones. La primera categoría recogida es el riesgo de construcción que cubre, en particular, eventos como la entrega tardía, el incumplimiento de normas específicas, los costes adicionales, la deficiencia técnica y los efectos adversos externos a las partes. De esta manera, la obligación del poder adjudicador de realizar pagos regulares al concesionario sin tener en cuenta el estado efectivo de los activos sería una prueba de que las Administraciones Públicas asumen parte del riesgo de construcción<sup>25</sup>.

En segundo lugar la Decisión de EUROSTAT 18/2004 lista el riesgo de disponibilidad, según el cual será responsabilidad del concesionario no ser capaz de dar el servicio en los niveles de calidad, cantidad o estándares de prestación pactados y definidos en el contrato público. Además, la entidad adjudicadora no asumirá dicho riesgo si tiene derecho a reducir significativamente, en calidad de sanción, sus pagos periódicos, como cualquier cliente privado podría exigir en un contrato civil. En este sentido, los pagos del gobierno deben depender del grado efectivo de disponibilidad provisto por el concesionario durante un período de tiempo determinado. La aplicación de las penalizaciones cuando el concesionario incumpla con sus obligaciones de servicio debe ser automática y también debe tener un efecto significativo en los ingresos/beneficios del contratista, y no debe tratarse de una sanción puramente simbólica<sup>26</sup>.

Esta definición permite apreciar la débil línea que separa los supuestos de mala gestión por parte del concesionario, que no se encuadra en el riesgo de disponibilidad y del riesgo de construcción ya que ambos son actos que son controlables por el concesionario y son propios de todos los contratos a los que hace referencia el Considerando 20 de la Directiva 2014/23/UE<sup>27</sup>.

Por tanto, el riesgo de disponibilidad sí depende de factores que el propio concesionario puede controlar, al referirse a los efectos de no suministrar los servicios detallados en el contrato en la cantidad o calidad requeridas. Por el contrario, el riesgo operacional, según lo dispuesto en el Considerando 20 de la Directiva 2014/23/UE ha de atenerse a factores que escapan del control del concesionario<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Vid. Decisión de EUROSTAT 18/2004, de 11 de febrero, sobre déficit y deuda: el tratamiento de las asociaciones público-privada, p. 2.

<sup>26</sup> Vid. Decisión de EUROSTAT 18/2004... *ibid.*, p. 2.

<sup>27</sup> Vid. Apartado 49 de la Sentencia de la sala segunda del Tribunal de Justicia de la UE, de 10 de noviembre de 2011, relativa al Asunto C-348/10, *Norma-A SLA y Dekom SLA* y el apartado 38 de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de UE, de 10 de marzo de 2011, relativa al Asunto C-274/09 del *Privater Rettungsdienst*.

<sup>28</sup> COYLE FERNÁNDEZ, C. M., «Nueva Directiva sobre Adjudicación de Concesiones: ¿excluye las basadas en la transferencia del riesgo de disponibilidad?», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 884, 2014, p. 5.

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

Por otra parte, para que se pueda llegar a la conclusión de que se produce la transferencia de este tipo de riesgo al concesionario, la retribución de éste debe hallarse vinculada a la demanda del servicio<sup>29</sup>. Se asumirá que el poder adjudicador asume el riesgo cuando está obligado a garantizar un nivel de pago dado al concesionario independientemente del nivel efectivo de demanda expresado por el usuario final, haciendo irrelevantes las fluctuaciones en el nivel de demanda sobre la rentabilidad del concesionario. Sin embargo, esta declaración no se aplica cuando el cambio en la demanda se debe a una acción atribuible a las Administraciones Públicas, como decisiones del gobierno general (y, por lo tanto, no solo las entidades públicas directamente involucradas en el contrato) que representan un cambio de política significativo o el desarrollo de operaciones que constituyan competencia directa, ejercidas bajo el mandato de cualquier Administración Pública<sup>30</sup>.

El riesgo de suministro no es otra cosa que el riesgo de demanda recogido en el artículo 5.1 de la Directiva 2014/23/UE, pues el concesionario ha de disponer o llevar a cabo una oferta de acuerdo o relacionada con la demanda efectiva del servicio a ofrecer, que sea bastante para cubrir las inversiones y el coste en el que va a incurrir, y además que se obtenga un beneficio. Si los ingresos no fueran mayores que los costes, aun habiendo ofertado una cantidad suficiente, el concesionario corre este riesgo, existente en estas operaciones de carácter empresarial<sup>31</sup>.

Concurre, por ende, una estrecha conexión entre los riesgos definidos en el Reglamento 549/2013, a efectos de estabilidad presupuestaria, y los riesgos definidos en la Directiva 2014/23/UE, de modo tal que se puede afirmar que si un determinado contrato computa a efectos de déficit en aplicación de los criterios del EUROSTAT no podrá ser calificado jurídicamente como concesión<sup>32</sup> por no constar la transferencia del riesgo operacional, *conditio sine qua non* de estos contratos.

<sup>29</sup> LÓPEZ MORA, M.ª, «El nuevo contrato de concesión...» *op. cit.*, p. 154.

<sup>30</sup> *Vid.* Decisión de EUROSTAT 18/2004... *op. cit.*, p. 2.

<sup>31</sup> MÍGUEZ MACHO, L., «La distinción entre las concesiones...» *op. cit.*, p. 404.

<sup>32</sup> CALATAYUD PRATS, I., «Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento...» *op. cit.*

### III. EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y EL RIESGO OPERACIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

En el ordenamiento jurídico español, y en concreto en el derecho de contratos del sector público, la función de la Administración Pública como prestador de servicios públicos ha adquirido una notoria importancia. Para estas competencias, el Estado ha aumentado paulatinamente el empleo de la técnica concesional para que sea el sector privado quién, bajo supervisión administrativa desarrolle dichos servicios, de manera adecuada, eficiente y continua<sup>33</sup>.

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

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

El primer lugar, cabe resaltar que la libertad de empresa<sup>34</sup>, y aquellos derechos y libertades que ésta desarrolle, no tiene carácter absoluto<sup>35</sup>. En virtud del artículo 128 de la Constitución Española, las Administraciones Públicas tienen la potestad de intervenir la economía con el fin de preservar los recursos y servicios esenciales para la sociedad.

El Tribunal Constitucional entiende que la libertad de empresa implica el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial, que implica reconocer a los individuos “*una libertad de decisión no sólo para crear empresas (...), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado*”<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> LUNA QUESADA, J., «El control municipal de las concesiones administrativas: el caso de los servicios e instalaciones deportivas», *Auditoría Pública*, núm. 62, 2014, pp. 66-67.

<sup>34</sup> La libertad de empresa es un derecho garantizado en el artículo 38 de la CE.

<sup>35</sup> *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 18/2011, de 3 de marzo.

<sup>36</sup> *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 83/1984, de 24 de junio. También se pronuncian en este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 18/2011, de 8 de julio y la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 96/2002, de 25 de abril.

Por esta razón, la libertad de empresa no contrapone el sector público al privado. En la actividad concesional es la autonomía de decisión y planificación de las empresas lo que debe encontrarse limitado, pues el operador privado actuará como simple agente ejecutante de los pliegos administrativos y del mandato del poder adjudicador<sup>37</sup>.

En síntesis, la concesión de servicios es un tipo contractual perfectamente encuadrable en un ordenamiento jurídico y sistema económico que garantiza un modelo basado en el principio constitucional de libertad de empresa, con las condiciones de que se avale la salvaguardia del contenido esencial de la misma<sup>38</sup>, y que el contrato de concesión que suponga un límite a dicha libertad sea ponderada por las pretensiones que derivan de dicho contenido esencial<sup>39</sup>, y sin que el contrato de lugar a un cierre de mercado u obstaculice la competencia.

### 3.1. La concesión de servicios en la LCSP

A nivel nacional, la gestión indirecta de servicios públicos se ha canalizado tradicionalmente a través del contrato de gestión de servicios públicos, para lo cual, se requería previamente la *publicatio* del servicio y, a continuación, el contratista comenzaría a explotar el servicio en cuestión<sup>40</sup>. Su actuación no podía constreñirse a “realizar una serie de prestaciones que sirvieran a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio, sino que, en rigor, la sustituía, en dicha prestación”<sup>41</sup>.

Sin embargo, con la entrada en vigor de la LCSP, algunos autores como Manent Alonso y Tenhaeff Lackschewitz, consideran que esta ley “rompe esta inercia desdoblado este contrato, y por lo tanto la gestión indirecta de servicios públicos, en los de servicios y concesión de servicios”<sup>42</sup>. Por otra parte, el Consejo de Estado se pronunció sobre este tema de la siguiente manera:

---

<sup>37</sup> Vid. GARCÍA PELAYO, M., «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza, 1979, p. 42.

<sup>38</sup> La CE no establece cual debe ser este contenido esencial de la libertad de empresa, por lo el TC está encargado de resolver aquellas discusiones que puedan plantearse en este sentido, como ha ocurrido, a modo de ejemplo, en los casos resueltos por las STC 37/1981, de 16 de noviembre, STC 109/2003, de 5 de junio y STC 53/2014, de 10 de abril.

<sup>39</sup> CALVO GONZÁLEZ, F.J., «La concesión de servicio público: un estudio sobre su secuestro y su caducidad», *Noticias jurídicas*, 2016. Recuperado el 7 de marzo de 2019 de:

<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11441-la-concesion-de-servicio-publico:-un-estudio-sobre-su-secuestro-y-su-caducidad/>

<sup>40</sup> Vid. Consideración III del informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa núm. 12/2010, de 23 de julio.

<sup>41</sup> Fundamento IV de la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales núm. 685/2015, de 17 de julio.

<sup>42</sup> MANENT ALONSO, L. y TENHAEFF LACKSCHEWITZ, S., «Tipología de contratos (III): los contratos para la gestión de servicios públicos», en MESTRE DELGADO, J. F. y MANENT ALONSO, L. (dirs.), «La Ley de contratos del sector público. Ley 9/2017, de 8 de noviembre: aspectos novedosos», *Tirant lo Blanch*, Valencia, p. 186.

La diferencia entre el contrato de servicios y el contrato de gestión de servicios públicos ha pivotado tradicionalmente sobre la naturaleza de la prestación que constituye el objeto convencional. Así la calificación del objeto convencional estaba condicionada por la configuración como servicio público de las prestaciones encomendadas<sup>43</sup>.

La LCSP ha supuesto una serie de cambios, pues el contrato de concesión de servicio no equivale directamente a su precedente, el contrato de gestión de servicios. El artículo 15.1 de esta norma define el contrato de concesión como

(...) aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del percibir un precio.

Así, actualmente, el criterio delimitador del contrato de concesión radica en quién asume el riesgo operacional<sup>44</sup>. En consecuencia, al producirse el desplazamiento del riesgo derivado de la explotación de la actividad al contratista, éste debe asumir más que los riesgos vinculados a la gestión, de tal manera que lo determinante ya no es solo el objeto<sup>45</sup>.

La normativa anterior a la LCSP establecía que la titularidad pública del servicio o *publicatio* era una característica esencial y exclusiva del contrato de gestión de servicios públicos. El objeto de dicho contrato debía de ser “*un servicio cuya prestación había sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante*”<sup>46</sup>. No obstante, en la actualidad, su incorporación a los contratos de concesión de servicios es potestativa y no exclusiva. Las características esenciales de la *publicatio*<sup>47</sup> del contrato de concesión de servicios son servicio público, carácter económico y falta de ejercicio por parte de la autoridad.

Por su parte, de acuerdo con la LCSP, el servicio que constituya el objeto del contrato deberá ser susceptible de explotación económica y no implicar el ejercicio de autoridad<sup>48</sup>. Se exige, por tanto, que el carácter de servicio público a ejecutar por la concesión haya sido especificado en una

---

<sup>43</sup> Dictamen núm. 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de la LCSP, p. 73.

<sup>44</sup> Vid. Artículo 15 de la LCSP.

<sup>45</sup> Vid. Preámbulo de la LCSP.

<sup>46</sup> Vid. Artículo 8.1 del TRLCSP.

<sup>47</sup> El Tribunal Supremo se ha referido a lo que se debe entender por *publicatio*, entre otras, en su sentencia de 13 de mayo de 2005 como “*una declaración de que la Administración asume la titularidad de la actividad y de que esta se ejerza en régimen jurídico público por la misma administración o por quien se habilite para ello*”.

<sup>48</sup> Así lo disponía el artículo 275 del TRLCSP.

norma vigente<sup>49</sup>. En esto consiste la *publicatio*. Dada la dificultad para fijar el concepto de servicio público y la necesidad de un reconocimiento expreso para cumplir con dicho requisito, doctrina y jurisprudencia han coincidido en que para determinar qué se debe entender por servicio público habrá que considerar los aspectos formales en detrimento de los aspectos materiales o sustantivos.

Antes de la LCSP se requería que el servicio tuviese contenido económico, es decir, que las prestaciones que implica sean susceptibles de valoración económica<sup>50</sup>. En 2007 se estableció que es suficiente que las actividades fueran susceptibles de explotación<sup>51</sup>. Con todo, la LCSP ha permitido ampliar los servicios objeto de la concesión<sup>52</sup>.

### 3.2. Transferencia del riesgo operacional al concesionario

La LCSP, en su artículo 14.4 establece que “*el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido*” y, además, el contrato de concesión “*debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable*”. Así, para que exista la concesión se exige expresamente que el concesionario asuma el riesgo operacional<sup>53</sup>.

La diferencia entre el derecho de explotación y asunción del riesgo operacional reside en que el primero implica la asunción por parte del concesionario de los aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra o del servicio<sup>54</sup>, mientras que el segundo exige, además, asumir los riesgos de demanda o suministro, o ambos<sup>55</sup>.

Además, el riesgo operacional se habrá transferido al concesionario si queda garantizada la inexistencia de umbrales de rentabilidad y la exposición real a las incertidumbres de mercado<sup>56</sup>.

Según el Considerando 18 de la Directiva 2014/23/UE, la prohibición de umbrales de rentabilidad excluye toda “*reglamentación, cláusula o práctica que alivie al operador económico de cualquier pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador*

---

<sup>49</sup> Consideración jurídica III del informe 12/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Este requisito resultaba del artículo 132 del TRLCSP.

<sup>50</sup> Consideración jurídica II del informe 2/2006, de 24 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

<sup>51</sup> *Vid.* artículo 275 del TRLCSP.

<sup>52</sup> *Vid.* artículo 155.1 del TRLCAP.

<sup>53</sup> HUERGO LORA, A. «El riesgo operacional en...» *op. cit.*, p. 32.

<sup>54</sup> Comunicación interpretativa de la Comisión..., *op. cit.*

<sup>55</sup> *Vid.* Artículo 14.4 de la LCSP.

*económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato*<sup>57</sup>. Este precepto no permite la existencia de una cobertura total de los riesgos inherentes a la actividad objeto de la concesión, pero la doctrina sí permite una reducción parcial del mismo, que asuma las Administraciones Públicas<sup>58</sup>.

### 3.3. Riesgo operacional y riesgo y ventura

El principio de riesgo y ventura de la contratación pública, recogido en el artículo 197 de la LCSP, se aplica a cualquier contrato público e implica que, inicialmente, el contratista tiene el deber de asumir íntegramente las frustraciones y los éxitos de la ejecución del contrato que tendrá lugar en un ámbito en el que pueden surgir numerosos problemas socioeconómicos, naturales o financieros<sup>59</sup>. El Consejo de Estado definió este principio, especificando que

[É]ste [el contratista] se beneficia de las ventajas y rendimientos de la actividad que desarrolla y se perjudique con las pérdidas que pudieran derivarse de su quehacer empresarial en la gestión de la labor pública o de interés público que tiene encomendada. La Administración permanece pues ajena a la suerte o desventura del contratista<sup>60</sup>.

Este principio obliga al contratista a cumplir el objeto del contrato en los términos establecidos, independientemente de si se producen eventos no extraordinarios que inciden perjudicialmente en la economía del contrato<sup>61</sup>.

Se ha visto como, previa entrada en vigor de la LCSP, las Administraciones Públicas calificaban erróneamente como contratos de gestión indirecta de servicios públicos, contratos en los que el operador privado no asumía el riesgo y ventura del negocio, debiendo ser calificado como contrato de servicios, a pesar de referirse a gestión de un servicio público. En estos casos no se cuestiona en ningún caso la legalidad del contrato, sino su calificación<sup>62</sup>.

Según el Consejo de Estado, en su Dictamen 1116/2015, el riesgo y ventura inherente a cualquier contrato público implica que *“la mayor o menor onerosidad sobrevenida no autoriza al contratista a desligarse del contrato; que no le*

<sup>57</sup> Considerando 18 de la Directiva 2014/23/UE.

<sup>58</sup> La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe núm. 69/2009, de 23 de julio de 2010, entre otros, se ha pronunciado a este respecto confirmando que *“el establecimiento de cláusulas que supongan una reducción parcial del riesgo asumido por el concesionario no es contrario a la naturaleza propia de las concesiones siempre que no desaparezca el núcleo de tal asunción. Es decir, siempre que, considerado el término de vida de la concesión, el concesionario haya asumido el riesgo derivado de la explotación de la obra o del servicio en su conjunto, aun cuando éste haya podido estar limitado o incluso excluido durante un cierto período o en relación a determinadas circunstancias.”*

<sup>59</sup> RECUERDA GIRELA, M. A., «Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público», Civitas, 2017, Pamplona, p. 1180.

<sup>60</sup> Dictamen del Consejo de Estado núm. 662/2004, de 15 de abril.

<sup>61</sup> RECUERDA GIRELA, M. A., «Comentarios a la nueva Ley...», *op. cit.*, p. 1180.

<sup>62</sup> HUERGO LORA, A. «El riesgo operacional en...» *op. cit.*, p. 34.



da derecho a pretender su modificación y, en fin, que los riesgos anteriores al pago han de ser soportados por el propio contratista”<sup>63</sup>.

Estas definiciones son muy similares a las que hasta ahora se han presentado con respecto al riesgo operacional. Sin embargo, autores como Lazo Vitoria<sup>64</sup> entienden que el riesgo operacional supone un endurecimiento o formulación más estricta de principio de riesgo y ventura, o, por su parte, Hernández González<sup>65</sup> puntualiza que “*el riesgo operacional forma parte del riesgo y ventura inherente a la ejecución de todo contrato público (...) pero no todo riesgo y ventura es riesgo operacional*”, y además, añade que el riesgo operacional deriva de “*factores externos que escapan del control de las partes (...) y, por lo tanto, ajenos a las condiciones en las que el concesionario ejecuta el contrato. Es decir, que se trata de un riesgo que, aunque previsible, debe ser incierto.*” Por su parte, Aliaga Moreno<sup>66</sup> subraya la importancia de diferenciar estos dos conceptos pues, el riesgo operacional “*no debe confundirse con el principio de riesgo y ventura que es inherente a todo contrato, ya que si así fuera, todos ellos serían concesiones*”. Además, este último autor está de acuerdo con las consideraciones de los dos últimos, pues entiende que el riesgo operacional es “*un concepto más exigente y gravoso para el concesionario, y, por tanto, diferente del clásico principio de riesgo y ventura*”<sup>67</sup>.

Sin embargo, otros como González de Olano y Navarro Manich<sup>68</sup> o Magide<sup>69</sup>, no aprecian las diferencias entre el riesgo y ventura y el riesgo operacional y entienden que ambos conceptos responden a lo mismo, siendo el segundo propio de las concesiones.

Si bien la jurisprudencia no es clara en cuanto a los elementos que distinguen estas dos nociones, hasta ahora, se entiende que la divergencia entre el *alea* concesional y el tradicional riesgo y ventura del resto de contratos por la inexistencia de una garantía de lucro como consecuencia de la simple prestación diligente del servicio o ejecución de la obra<sup>70</sup>.

En conclusión, la interpretación de estos términos, con sus condicionantes jurídicos relacionados con la prohibición de umbrales de compatibilidad y la exposición a las incertidumbres de mercado<sup>71</sup>, va a ocasionar numerosos procesos judiciales.

<sup>63</sup> Vid. Dictamen del Consejo de Estado núm. 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

<sup>64</sup> LAZO VITORIA, X., «El futuro del mercado concesional en Europa», *Revista CEFLegal*, núm. 154, 2013, pp. 137-174.

<sup>65</sup> HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., «La nueva Directiva de concesiones...», *op. cit.*, p. 333.

<sup>66</sup> ALIAGA MORENO, I., «La regulación de las concesiones de obras y servicios en las nuevas Directivas europeas. Visión crítica de la regulación en Navarra», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45, 2015, p. 279.

<sup>67</sup> ALIAGA MORENO, I., «La regulación de las ...», *ibid.*, p. 281.

<sup>68</sup> Vid. GONZÁLEZ DE OLANO, G. y NAVARRO MANICH, J. A., «Comentarios a la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión», *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, núm. 37, 2014, p. 30.

<sup>69</sup> Vid. MAGIDE HERRERO, M., «Algunas reflexiones a la luz de la nueva Ley...» *op. cit.* p. 43.

<sup>70</sup> RECUERDA GIRELA, M. A., «Comentarios a la nueva Ley...» *op. cit.*, p. 160.

<sup>71</sup> Vid., los apartados 66 y siguientes de la sentencia de la sala Tercera del Tribunal de Justicia de la UE del 10 de septiembre de 2009, relativa al Asunto C-206/08, Eurawasser.

### 3.4. La duración del contrato de concesión y el riesgo operacional

Con el objetivo principal de preservar la seguridad jurídica además de atraer capital privado, el plazo de los contratos de concesión, que se encuentran íntimamente relacionado con el riesgo operacional, ha de ser suficiente para que el concesionario recupere la inversión realizada<sup>72</sup>. De esta manera, la duración del contrato de concesiones se configura como un elemento esencial del mismo y esta vigencia ha de ajustarse, necesariamente, al reparto de riesgos que en sus cláusulas se establezca pues no debe favorecer de forma desproporcionada al concesionario por excesiva duración<sup>73</sup>. El artículo 107 del TFUE prohíbe “*las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones*”. Así, si la duración del contrato de concesión se prolonga en exceso, ésta se podría llegar a calificar como ayuda ilegal o retribución indebida.

La Directiva 2014/23, en su artículo 18, regula la duración del contrato de concesión resaltando su carácter cerrado y estableciendo reglas específicas para las concesiones con un plazo mayor de cinco años. Este artículo 18 obliga a que el plazo concesional se calcule de tal manera que “*el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos*”<sup>74</sup>.

Esta limitación se debe a la prohibición de plazos concesionales excesivamente amplios, pues estos podrían conllevar un cierre de mercado y una restricción de la competencia por obstaculizar la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento<sup>75</sup>. Por otra parte, la duración debe concretarse en el contrato de concesión de tal manera que sea coherente con la configuración del riesgo operacional<sup>76</sup>.

El Considerando 52 de la Directiva 2014/23/UE dispone que cabe el establecimiento de una duración superior justificada siempre que sea “*indispensable para permitir que el concesionario recupere las inversiones previstas para la ejecución de la concesión y obtenga además un beneficio sobre el capital invertido (...) en condiciones normales de explotación*”. En sentido contrario, en este mismo precepto, se especifica que los poderes adjudicadores tienen la posibilidad de adjudicar una concesión por un período inferior al necesario para recuperar

---

<sup>72</sup> LAZO VITORIA, X., «El riesgo operacional ¿una nueva era para los contratos de concesión?», El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, 2018, núm. 74 Iustel. Recuperado el 4 de abril de 2019 de: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508956>

<sup>73</sup> LÓPEZ MORA, M.ª, «El nuevo contrato de concesión...» *op. cit.*, p. 177.

<sup>74</sup> Por su parte, el artículo 29 de la LCSP se pronuncia en el mismo sentido.

<sup>75</sup> *Vid.* Considerando 52 de la Directiva 2014/24/UE y LAZO VITORIA, X., «El riesgo operacional...» *op. cit.*

<sup>76</sup> *Vid.* Considerando 52 de la Directiva 2014/24/UE.

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

El artículo 29.6 de la LCSP traspone el citado considerando y añade límites temporales concretos a los contratos de concesión. Estas reglas sobre plazos máximos de las concesiones en ningún caso desvirtuarán lo dispuesto en la Directiva 2014/23/UE, cuya aplicación es preferente. Además, este artículo prevé que los plazos fijados en los pliegos de condiciones solo podrán ser ampliados en un 15 % de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato en las circunstancias recogidas en los artículos 270 y 290 de la LCSP.

Finalmente, cabe mencionar la reflexión de Gimeno Feliú:

El plazo es un elemento esencial, que debe ser ajustado al reparto de riesgos y que no puede favorecer de forma desproporcionada al concesionario por excesiva duración, pues –además de ayuda estatal ilegal conforme a las previsiones del artículo 107 TFUE puede implicar una retribución indebida<sup>77</sup>.

### 3.5. Retribución del concesionario y el riesgo operacional

Uno de los condicionantes jurídicos de la concesión de servicios estrechamente vinculado con el riesgo operacional es la remuneración del concesionario, pues, una parte “significativa” de ésta ha de provenir directamente del usuario mediante la percepción de tarifas, vinculando la remuneración a la frecuencia del uso del servicio u obra.

Si bien la remuneración del concesionario se configura como un elemento importante, no puede considerarse que se esencial<sup>78</sup>, y el Tribunal de Justicia de la UE se ha pronunciado al respecto en numerosas ocasiones en este sentido<sup>79</sup>, aclarando que el sistema de retribución es secundario, y que lo que importa en lo que al riesgo respecta es que éste dependa de la explotación del contrato y no de si el pago proviene o no directamente de la Administración Pública<sup>80</sup>.

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

---

<sup>77</sup> GIMENO FELIÚ, J. M., «La transposición de las...» *op. cit.*, p. 16.

<sup>78</sup> GARCÍA ROSA, M., «El nuevo contrato de concesión de servicios: claves para su fiscalización». *Auditoría Pública*, 2018, núm. 71, pp. 99.

<sup>79</sup> *Vid.* Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la UE de 10 de septiembre de 2009, relativa al Asunto C-206/08 *Eurawasser*, Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la UE de 18 de julio de 2007 relativa al Asunto C-382/05, *Comisión c. Italia*, o la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la UE de 10 de marzo de 2011 relativa al Asunto C-274/09, *Privater Rettungsdienst*.

<sup>80</sup> LÓPEZ MORA, M.ª, «El nuevo contrato de concesión...», *op. cit.*, p. 338.

[S]i bien el modo de remuneración es, por tanto, uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate y que la inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios (...). A este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (...), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.

Otro tema relevante con respecto a la retribución del concesionario es su fijación por vía de tarifas, como bien es aclarado en el apartado sexto de la Exposición de Motivos de la LCSP. De esta manera, se hace efectivo el hecho de que la operación concesional compute como no déficit<sup>81</sup> según lo dispuesto en el SEC 2010<sup>82</sup>.

Con la finalidad de explicar este criterio por lo que ha optado nuestra legislación, López Mora<sup>83</sup>, indica que

[L]a tasa es un impuesto que recauda la Administración por lo que evidencia la no existencia de gestión económica ni de explotación y, por lo tanto, tampoco existiría transferencia del riesgo además de suponer recaudación para un gasto público que puede comportar déficit y esto casaría mal con la finalidad que precisamente se quiere evitar con la licitación vía concesión.

Con respecto a la naturaleza de tarifa de la retribución del concesionario, hay que aclarar que lo relevante es la finalidad pública que las legitima, es decir, asegurar la suficiencia y el equilibrio financiero de los servicios públicos a los que se refieren. Por el contrario, no es importante si el sujeto que las recibe pertenece al sector público o al privado<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> TORNOS MAS, J., «La tarifa como forma de retribución de los concesionarios: una figura constitucional y necesaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 24, 2011, pp. 22 a 29.

<sup>82</sup> Reglamento 549/2013, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea.

<sup>83</sup> LÓPEZ MORA, M.ª, «El nuevo contrato de concesión...», *op. cit.*, p. 338.

<sup>84</sup> VILLAR ROJAS, F.J., «Las tarifas por la prestación de servicios públicos: ¿una categoría inconstitucional?», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 69, 2017. Recuperado el 17 de abril de 2019 de <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507858>.

La LCSP es clara en estos términos, pues por su literalidad, no cabe duda de que la retribución de la concesión tiene naturaleza jurídica de tarifa como prestación patrimonial de carácter público, coactivas, pero no tributaria<sup>85</sup>, y ésta no puede ser de opción por la entidad contratante. Esto es así porque si se mantuviera la naturaleza tributaria de tasa, los ingresos obtenidos por la gestión de los servicios públicos por vía concesional computarían como déficit de acuerdo con la SEC-10, comprometiendo por ello, la estabilidad presupuestaria<sup>86</sup>.

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

Hasta la Directiva 2014/23/UE el concesionario “colaboraba” con las Administraciones Públicas, por lo que podía beneficiarse de toda modificación del contrato, y con ello, del restablecimiento del equilibrio económico-financiero; los plazos en las concesiones eran más largos, y en caso de resolución anticipada las Administraciones Públicas podrían responder por más daños<sup>87</sup>.

Antes de la entrada en vigor de la LCSP, el ordenamiento jurídico español preveía una excepción al principio de riesgo y ventura, enfocada principalmente a los contratos de gestión de servicios públicos: el principio de equilibrio económico-financiero. El fin de este principio es suavizar la intransigencia del principio de riesgo y ventura. De esta manera, en situaciones sobrevenidas e imprevisibles que puedan implicar, la ruptura de la economía de la concesión, amenazando la continuidad y buena prestación del servicio, sería posible introducir modificaciones en el contrato para restablecer el equilibrio económico del mismo y garantizar así que el contratista pueda seguir gestionando el servicio o la obra. Cabe preguntarse, por tanto, si este principio de equilibrio económico-financiero es aplicable a los nuevos contratos de concesión en los que los contratistas han de asumir el riesgo operacional.

La regulación de la concesión dispone que el concesionario asume el riesgo operacional, pero no en su totalidad y que, cuando se pacte el reparto de riesgos entre el poder adjudicador y el concesionario, éste no debe ser alterado ni modificado<sup>88</sup>. No obstante, el concesionario sí tiene reconocido el derecho al reequilibrio económico-financiero del artículo 290 de la LCSP, de manera que el contratista no tenga que asumir todos los riesgos provenientes de la variación de las circunstancias acordadas en el momento de la

---

<sup>85</sup> VILLAR ROJAS, F.J., «Las tarifas por la prestación...», *ibid.*

<sup>86</sup> LÓPEZ MORA, M.ª, «El nuevo contrato de concesión...», *op. cit.*, p. 339.

<sup>87</sup> Vid. Dictamen del Consejo de Estado núm. 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, sobre el Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público, p. 67.

<sup>88</sup> LÓPEZ MORA, M.ª, «El nuevo contrato de concesión...», *op. cit.*, p. 267.

celebración del contrato, pues éstas pueden ser causa imprevisible o derivadas de la actuación de la propia Administración<sup>89</sup>.

Actualmente, sin embargo, existe una compartimentación de riesgos de mercado entre el organismo público y el operador privado. Torre de Silva y López de Letona aclara que con la introducción del riesgo operacional, el concesionario está sujeto a las incertidumbres del mercado, y las Administraciones Públicas asumen menores riesgos que la etapa anterior, por lo que, consecuentemente, la responsabilidad en supuestos de terminación anticipada será menor<sup>90</sup>.

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

La regla del equilibrio financiero del contrato de concesión se fundamenta en la exigencia de una remuneración integral y suficiente del concesionario, lo que habilita el “reajuste” de las contraprestaciones cuando circunstancias sobrevenidas e imprevisibles (...) incidan en la economía de la concesión. Obviamente, en estos reajustes no puede ser corregida en beneficio del concesionario la TIR pactada, en tanto se vulneraría el principio de igualdad de trato en la comparación de ofertas de la licitación<sup>91</sup>.

El principio de equilibrio económico-financiero se basa es que si esas modificaciones alteran el régimen económico del contrato se deberá compensar a la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que se consideraron básicos en la adjudicación del contrato<sup>92</sup>. El artículo 290 de la LCSP prevé que la concesión de servicios solo puede ser modificada en lo relativo a las características básicas del servicio y las tarifas que han de abonar los usuarios<sup>93</sup>, exclusivamente si concurrieran razones de interés público y las circunstancias recogidas en los artículos 203 a 207 de la LCSP. Estos preceptos recogen un régimen aún más estricto que el de la Directiva 2014/23/UE<sup>94</sup>.

---

<sup>89</sup> RECUERDA GIRELA, M. A., “Comentarios a la nueva Ley...”, *op. cit.*, p. 1574.

<sup>90</sup> TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, J., «El impacto del concepto de riesgo operacional sobre las solicitudes de reequilibrio de concesiones administrativas. A propósito del dictamen del Consejo de Estado 660/2014», en Anuario de Derecho Administrativo 2017, Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo, Civitas, 2017, p. 670.

<sup>91</sup> Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón núm. 24/2013, de 25 de diciembre, p. 16.

<sup>92</sup> RECUERDA GIRELA, M. A., «Comentarios a la nueva Ley...», *op. cit.*, p. 1663. Por otra parte, el artículo 290.3 de la LCSP recoge que si el acuerdo no tiene trascendencia económica no procederá el reequilibrio.

<sup>93</sup> La modificación de las tarifas ha de entenderse que se refiere a cambios sustanciales y no a la mera revisión del artículo 289 de la LCSP. *Vid.*, en este sentido, la recomendación de la Junta Consultiva de contratación pública del Estado, de 10 de diciembre de 2018.

<sup>94</sup> *Vid.* Artículo 43 de la Directiva 2014/23/UE.

Por otra parte, la cláusula de derecho privado *rebus sic stantibus* posee especial relevancia en los contratos de concesión ya que, al ser la transferencia de riesgos un aspecto esencial y estar el concesionario obligado a realizar cuantiosas inversiones que han de recuperarse en un amplio periodo temporal, si se alteran las circunstancias existentes en el momento de su celebración, aparece la necesidad de mantener el equilibrio económico de la concesión mediante la adaptación del mismo a la nueva situación del mercado<sup>95</sup>.

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1991 establece que

[E]l mantenimiento del equilibrio financiero constituye una fórmula excepcional que (...) debe coordinarse con el principio de riesgo y ventura, al objeto de impedir que esa excepcionalidad se convierta en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario a modo de un seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa, trasladándolos íntegros a la “red pública” en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales<sup>96</sup>.

No obstante, si se permitiera el reequilibrio económico del contrato en cualquier caso se crearía un “seguro” que cubriría la totalidad de los riesgos de la concesión, en contra, precisamente, de lo que establece en su definición con respecto al riesgo operacional, pues no se produciría la correcta traslación de los riesgos al concesionario.

Debido a esta excepcionalidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia ha declinado la posibilidad de que “*las pérdidas basadas en cálculos económicos previstos erróneamente ab origine, ofertas mal realizadas, o la crisis económica*”<sup>97</sup> sean causas de aplicación de la cláusula de reequilibrio económico-financiero.

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (“LRJSP”) introdujo una modificación a la responsabilidad patrimonial de la Administración, entendida ésta como “*la obligación de la Administración de indemnizar al concesionario por la extinción anticipada o resolución de la concesión*”<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> TORRE DE SILVA y LÓPEZ DE LETONA, J., «El impacto del...», op. cit., p. 675. Esta cláusula se ha aplicado la contratación pública de una manera restrictiva, si bien cabe mencionar que se admitió específicamente en el reconocido caso de las concesiones el Arrêt del Consejo de Estado francés de la Compañía General Francesa de Tranvías de 1910: “*Es de esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden y las obligaciones que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar parte de la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión*”.

<sup>96</sup> FJ. núm. 4 de la Sentencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo del TS de 17 de julio de 1991.

<sup>97</sup> CALATAYUD PRATS, I., «Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento...» op. cit.

<sup>98</sup> FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «En torno a la controvertida compatibilidad del concepto de concesión con la Responsabilidad Patrimonial de la Administración en caso de resolución», p. 17. En torno al concepto de RPA, el autor admite que “*pese a la identidad terminológica, ciertamente no muy afortunada, no debe confundir esta RPA con la responsabilidad patrimonial de la Administración de carácter extracontractual, también denominada responsabilidad aquiliana, cuyo régimen jurídico habrá que buscar en las nuevas Leyes 40/2015, de 1*

Antes de esta reforma, se establecía que las pérdidas que podían ocasionar el incumplimiento de las obligaciones del concesionario, o la declaración de insolvencia y liquidación de contratista, obligaban a las Administraciones Públicas a devolver al concesionario el importe de las inversiones realizadas, salvo la parte que ya se hubiera amortizado<sup>99</sup>. Este supuesto, claramente generoso para los concesionarios<sup>100</sup>, colocaba a las Administraciones Públicas en una situación desventajosa y perjudicial, pues no se consigue el objetivo pretendido con la formulación de la concesión, que era, precisamente que la misma fuera financiada por el sector privado, a largo plazo y, que no computase como endeudamiento o déficit en virtud del SEC-10<sup>101</sup>.

El régimen anterior a la LRJSP se aplicaba sin tener en cuenta si la causa de resolución provenía del abandono, renuncia unilateral, incumplimiento por parte del contratista de las obligaciones que había adquirido mediante el contrato de concesión, declaración de concurso o de declaración de insolvencia del concesionario por falta de rentabilidad de la inversión<sup>102</sup>. Ante esta situación, la LRJSP introdujo modificaciones relativas a la resolución de los contratos de concesión con el fin de trasladar el riesgo al concesionario, impidiendo así garantizar un reembolso mayoritario de la inversión al contratista en caso de resolución, ajustando el ordenamiento jurídico español a la norma comunitaria<sup>103</sup>.

Por otra parte, autores como Fernández Acevedo consideran que esta reforma podía suponer “*un importante incentivo para la elaboración de cálculos más rigurosos de las inversiones necesarias en las concesiones*”<sup>104</sup> puesto que el contratista ya no posee garantía alguna de que la vaya a recuperar, lo que probablemente conlleve una administración del negocio más diligente y eficiente.

---

*de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.”*

<sup>99</sup> CALATAYUD PRATS, I., «Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento...», *op. cit.* El autor describe que el abono del importe devuelto por las Administraciones Públicas por la inversión realizada por el concesionario, se hacía en concepto de expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de los bienes necesarios para la explotación de la concesión.

<sup>100</sup> FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «En torno a la controvertida...», *op. cit.*, p. 18.

<sup>101</sup> FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «Mantenimiento del equilibrio económico y responsabilidad patrimonial como técnicas de moderación del riesgo concesional». En «Contratos administrativos, equilibrio económico-financiero e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas». Fórum editora, Brasil, 2016. p. 255.

<sup>102</sup> FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «En torno a la controvertida...», *op. cit.*, p. 19.

<sup>103</sup> RUÍZ GARCÍA, E., «El control interno de la gestión económico-financiera de la concesión de obras y concesión de servicios locales», *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 71, 2018, p. 43.

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

<sup>104</sup> FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «En torno a la controvertida...», *op. cit.*, p. 24.



Los casos en los que se da la ruptura del equilibrio económico-financiero y, por tanto, procede realizar el reequilibrio son: la modificación contractual y las actuaciones de las Administraciones Públicas de carácter obligatorio para el concesionario que determinen la ruptura sustancial de la economía del contrato<sup>105</sup>. Además, cabe restablecer el equilibrio por hechos asociados a supuestos de fuerza mayor o riesgo imprevisible<sup>106</sup>.

El primer caso, conocido como *ius variandi*, obliga a reestablecer el equilibrio económico del contrato en aquellos casos en los que se modifica el contrato de concesión mediante la potestad unilateral y exorbitante de las Administraciones Públicas, que conlleva una mayor onerosidad para el contratista<sup>107</sup>.

En segundo lugar, regulado en el artículo 290.4 de la LCSP, se encuentra el caso de que sean las actuaciones de las Administraciones Públicas de carácter obligatorio para el concesionario, las que determinen la ruptura sustancial de la economía del contrato. Este supuesto se denomina *factum principis*, y se trata de decisiones imprevisibles de las Administraciones Públicas que perjudican al concesionario de manera directa<sup>108</sup> y que se adoptan fuera del ámbito propio de la relación contractual<sup>109</sup>.

En cambio, no existirá derecho al restablecimiento cuando se hayan incumplido las previsiones de demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el que se haya realizado por el concesionario, entendiéndose que esos supuestos entran en el riesgo y ventura contractuales<sup>110</sup>. Este estudio de viabilidad, regulado en los artículos 285.2 de la LCSP y 247 de la LCSP, deberá contener entre otras, “*las previsiones sobre demanda de uso e incidencia económica y social de las obras en su área de influencia y sobre la rentabilidad de la concesión*”<sup>111</sup>. Además, éste deberá pronunciarse sobre los riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de las obras y el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario, para la evaluación del

---

<sup>105</sup> RECUERDA GIRELA, M.A., «Comentarios a la nueva Ley...», op. cit., p. 1663. En cuanto al carácter tasado de estos supuestos, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 449/2012, de 28 de enero de 2015, precisa que: “*en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración (“ius variandi” o “factum principis”), o por hechos que se consideran “extra muros” del normal “alea” del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible.*”

<sup>106</sup> TORRE DE SILVA y LÓPEZ DE LETONA, J., «El impacto del...», op. cit., p. 674.

<sup>107</sup> CALATAYUD PRATS, I., «Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento...» op. cit. Cabe mencionar que, las causas de fuerza mayor a efectos de reequilibrio económico-financiero serán las enumeradas en el artículo 239 de la LCSP, para el contrato de obras.

<sup>108</sup> Vid. Dictamen del Consejo de Estado núm. 632/1994, de 19 de mayo de 1994.

<sup>109</sup> Vid. Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa núm. 61/2008, de 31 de marzo de 2009.

<sup>110</sup> RECUERDA GIRELA, M.A., «Comentarios a la nueva Ley...», op. cit., p. 1664.

<sup>111</sup> Artículo 247.2 c) de la LCSP.

riesgo operacional<sup>112</sup>, así como los criterios necesarios para valorar la tasa de descuento<sup>113</sup>.

Asimismo, estos estudios de viabilidad han de ser objeto de algún mecanismo de control externo para garantizar que se ajustan a la realidad del mercado. La crisis económica demostró que la inexactitud de los estudios de viabilidad desarrollados por las Administraciones Públicas con escasa participación de los licitadores ha llevado a la denuncia de la concesión por parte del concesionario que se veían incapaces de obtener los resultados previstos y solicitaban el reequilibrio económico-financiero de la concesión, en aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible<sup>114</sup>.

El Consejo de Estado entiende que un correcto estudio de viabilidad evitará la implementación de concesiones no viables y que terminan en procedimientos de liquidación concursal de las concesionarias y resoluciones anticipadas con un coste muy elevado para las arcas públicas, en cuanto que tiene que responder a la responsabilidad patrimonial prevista en el caso de rescate o resolución anticipada de la concesión<sup>115</sup>.

En último lugar, cabe señalar la novedad introducida por el artículo 290.6 de la LCSP, que recoge el derecho del contratista a desistir del contrato si le resulta “*excesivamente oneroso*”. Esta causa de resolución solo procede en caso de que la excesiva onerosidad derive de la aprobación de una disposición de carácter general, con posterioridad a la celebración del contrato, por una Administración Pública distinta de la concedente; o bien, cuando el concesionario esté obligado legal o contractualmente a incorporar avances técnicos que las mejoren y cuya disponibilidad en el mercado no existiera al formalizar el contrato<sup>116</sup>.

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

No obstante en caso de desistimiento, la resolución no dará derecho a indemnización alguna a ninguna de las partes del contrato. De la literalidad del precepto se entiende que debe existir una aceptación del desistimien-

---

<sup>112</sup> La Directiva 2104/23/UE obliga a incluir el riesgo operacional en el estudio de viabilidad con el fin de obtener una mayor seguridad respecto al reparto de los riesgos, especificando que estos deberán ser asumidos por el concesionario, salvo que nos encontremos con riesgos imprevisibles que queden fuera del riesgo operacional.

<sup>113</sup> *Vid.* Artículo 247.2 de la LCSP.

<sup>114</sup> RECUERDA GIRELA, M. A., «Comentarios a la nueva Ley...», *op. cit.*, p. 1650.

<sup>115</sup> El Consejo de Estado en su dictamen núm. 1116/2015 al Anteproyecto de la LCSP se pronuncia sobre los mecanismos de control externo de los estudios de viabilidad “pues la experiencia ha demostrado que, si los mismos se hubieran realizado con el rigor necesario, se habría evitado uno de los grandes problemas con los que se enfrenta la contratación pública en nuestros días, esto es, la inviabilidad de una serie de obras públicas (en especial vías públicas), con las subsiguientes aperturas de procedimientos de liquidación concursal de concesionarias y resoluciones anticipadas de este tipo de contratos”.

<sup>116</sup> Artículo 290.6 de la LCSP.

to, pues si no, se darían los abandonos del servicio, que el legislador trata siempre de evitar<sup>117</sup>.

Por último, cabe señalar que la jurisprudencia ha declarado válidas las cláusulas contractuales en la que se disponga la renuncia a la indemnización por parte del concesionario en el supuesto de que la propia Administraciones Públicas prescinda del servicio objeto de la concesión, sin que esto provoque la ruptura del equilibrio económico financiero. Esta argumentación jurisprudencial se basa en la libertad de pactos y en lo establecido en el artículo 6.2 CC<sup>118</sup>.

#### IV. CONCLUSIÓN

La Directiva 2014/23/UE, y por consiguiente, la LCSP no limitan las concesiones de servicios a la prestación de servicios públicos, permitiendo que también los contratos de servicios puedan llevar a cabo dichas prestaciones aplicándose las normas relativas al régimen sustantivo del servicio público.

El fundamento de las nuevas concesiones reside, actualmente, en parámetros meramente económicos: la traslación del riesgo operacional al concesionario, sin asegurar que éste pueda recuperar la totalidad de la inversión realizada en el negocio. Así, la utilidad de la concesión para las Administraciones Públicas pasa a ser puramente financiera, pues el concesionario se convierte en financiador de las mismas, permitiendo que la inversión no compute como déficit y deuda pública, según la SEC-10.

Pero, cabe preguntarse ¿qué relación existe entre la Directiva 2014/23/UE y sus trasposiciones nacionales y las normas contables? ¿existe, coordinación entre estas normas de tal manera que la inversión de una concesión correctamente adjudicada no impute como déficit público y deuda pública? Parece cierto que, en cuanto a clases de riesgo, la Directiva 2014/23/UE ha tratado de expresar lo dispuesto en las reglas contables, pero la relación paralela y no jerárquica que existe entre ambas normas no asegura que la interpretación de los conceptos recogidos en las mismas vayan a permanecer unificados, eliminando el hecho de que esta coordinación sea total.

Por otra parte, este fundamento financiero reduce los incentivos del sector privado a contratar con el sector público por vía de la concesión, pues exige que el concesionario asuma más riesgos, evitando que las Administraciones Públicas tengan que soportar las consecuencias económicas del negocio si éste se frustra, a pesar de que los servicios que provean son titularidad de los poderes públicos.

<sup>117</sup> RECUERDA GIRELA, M. A., «Comentarios a la nueva Ley...», *op. cit.*, p. 1665.

<sup>118</sup> *Vid.* La Sentencia del TS, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7.ª, núm. 144/1999 de 24 de mayo de 2004.

Dada la inexistencia de antecedentes legales y jurisprudenciales de riesgo operacional, la Directiva 2014/23/UE y la LCSP deberían haber concretado los elementos necesarios que facilitarían su correcta delimitación, en aras de una mayor seguridad jurídica. Por esta razón, desde mi punto de vista, la duda más relevante recae sobre el concepto de riesgo de suministro o disponibilidad y lo que diferencia el riesgo operacional del principio general de contratación pública de riesgo y ventura. Es clara la exigencia, por parte de la jurisprudencia europea, de que el riesgo operacional conlleve un nivel de riesgo superior al del principio de riesgo y ventura para poder calificar un contrato como concesión. Se ha interpretado, por parte de la doctrina que el riesgo de oferta o suministro quiere subrayar precisamente este *plus* de riesgo a asumir, sin embargo, no queda claro cuál es la entidad o definición del mismo.

Es por ello, que el riesgo de suministro no puede implicar, meramente que el concesionario asuma el riesgo de no prestar el servicio o de que no se pueda disponer de la obra, pues este riesgo es inherente a cualquier tipo de contratante, ya sea en una relación pública o privada. Este riesgo de suministro debe implicar que el concesionario asuma el riesgo de que, por circunstancias ajenas a él se deba denegar el uso del servicio, porque, por ejemplo se agote el servicio por incremento de la demanda o no se cumplan los estándares de calidad de una obra. La defensa de que el riesgo operacional va más allá del principio de riesgo y ventura que asume todo contratista se basa en que el concesionario debe asumir el riesgo de que, aun cumpla éste diligentemente las condiciones pactadas, se tenga que negar el uso de la obra o del servicio o no se cumplan los estándares de calidad y disponibilidad, por no ser la demanda la prevista.

La LCSP, en su artículo 245.1 prevé que las “*obras se ejecutarán a riesgo y ventura del concesionario quien, además asumirá el riesgo operacional de la concesión*”, pero va a ser muy necesaria la labor interpretativa de los tribunales para poder delimitar las zonas grises en las que se encuentran estos términos. Esta transferencia del riesgo operacional debe llevarse a cabo individualmente en cada contrato de concesión, por los poderes adjudicadores, tomando en consideración las circunstancias que rodeen al contrato y debe ser idónea para la explotación del mismo. No caben por tanto fórmulas generales, si no que cada concesión deberá ser analizada *ad casum*, por la amplia diversidad de factores y peculiaridades que intervienen en estas operaciones.

Con todo, nos encontramos ante la desnaturalización del concepto de concesión por razones puramente financieras y contables, pues la concesión se empleará para que los gastos y costes de las Administraciones Públicas se reflejen “de otro modo” en la contabilidad pública. Por este motivo, se deberá invertir más tiempo y recursos económicos en los procedimientos de aprobación y estudios de viabilidad de los proyectos y adjudicación de concesiones, así como en el control por parte de las Administraciones Públicas de la correcta ejecución de la concesión, garantizando el principio de eficiencia, para poder garantizar el cumplimiento del fin de los contratos.

Además, deben preverse técnicas de reequilibrio o ajuste financiero del proyecto basados en informes o mecanismos de control, que favorezcan a la consecución de los objetivos de la concesión, en beneficio de la Administración Pública, la entidad privada contratante, pero sobre todo, de la ciudadanía.

Desde el punto de vista estratégico, debe tenerse en cuenta que la atribución de un nivel de riesgo excesivo a los concesionarios puede ser contraproducente pues las entidades privadas perderán el interés en este tipo de negocios, o pueden dejar de ofertar proyectos que satisfagan el interés general, y que sean rentable para todas las tres partes involucradas en la relación. Sin embargo, también es cierto que asumiendo el concesionario de manera efectiva el riesgo operacional, éste se verá forzado a realizar los estudios exhaustivos de mercado, requeridos para analizar la rentabilidad de los proyectos, haciendo incluso más fiable la adjudicación de la concesión. A la luz de esto último, ha de mencionarse que una correcta distribución de los riesgos es una tarea ciertamente compleja, pero su concreción condicionará desde un punto de vista no solo jurídico, si no empresarial, el funcionamiento real de las concesiones.

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

## V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### 5.1. Normativa

- Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre las concesiones en el Derecho comunitario, publicada en el DOCE C 121 de 29 de abril de 2000.
- Constitución Española de 1978.
- Decisión de EUROSTAT 18/2004 de 11 de febrero sobre déficit y deuda: el tratamiento de las asociaciones público-privada.
- Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.
- Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

- Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
- Reglamento 549/2013, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea.

## 5.2. Resoluciones judiciales

- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 18/2011, de 3 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 83/1984, de 24 de junio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 18/2011, de 8 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 96/2002, de 25 de abril.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 37/1981, de 16 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 109/2003, de 5 de junio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 53/2014, de 10 de abril.
- Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de noviembre de 2011, relativa al Asunto C-348/10, *Norma-A SIA y Dekom SIA contra Latgales planošanas reģions*.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de marzo de 2011, relativa al Asunto C-274/09, *Privater Rettungsdienst*.
- Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de septiembre de 2009, relativa al Asunto C-206/08, *Eurawasser*.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de octubre de 2005, relativa al Asunto C-234/03.
- Sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de octubre de 2005, relativa al Asunto C-458/03, *Parking Brixen*.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, núm. 449/2012, de 28 de enero de 2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, núm. 144/1999, de 13 de mayo de 2005.

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7.ª, núm. 144/1999, de 24 de mayo de 2004.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de julio de 1991.
- Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales núm. 685/2015, de 17 de julio.

### 5.3. Dictámenes e Informes

- Dictamen del Consejo de Estado núm. 1116/2015, de 10 de marzo, sobre el anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público.
- Dictamen del Consejo de Estado núm. 662/2004, de 15 de abril.
- Dictamen del Consejo de Estado núm. 632/1994, de 19 de mayo.
- Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa núm. 12/2010, de 23 de julio.
- Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa núm. 69/2009, de 23 de julio.
- Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa núm. 61/2008, de 31 de marzo.
- Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa núm. 2/2006, de 24 de marzo.
- Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 10 de diciembre de 2018, en relación con las consecuencias de la alteración sobrevenida de las condiciones salariales de los trabajadores de una empresa contratista de servicios por causa del cambio en el convenio colectivo aplicable durante la ejecución del contrato público.

### 5.4. Obras doctrinales

- ALIAGA MORENO, I., «La regulación de las concesiones de obras y servicios en las nuevas Directivas europeas. Visión crítica de la regulación en Navarra». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2015, núm. 45, pp. 260-311.
- BANCO DE ESPAÑA, «Principales efectos de la aplicación del Sistema Europeo de Cuentas (SEC 2010) en las Cuentas Financieras de la Economía Española», 15 de octubre de 2014, p. 5.
- CALATAYUD PRATS, I., «La estabilidad presupuestaria, la suficiencia financiera y las garantías financieras y de pago de las competencias municipales tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local», *Dereito: Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. 1, 2017, pp. 107-152.

- CALATAYUD PRATS, I., «Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista de las concesiones de obra y Servicio público: la liquidación del contrato (RPA) y la indemnización de daños y perjuicios», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 44, 2017, Iustel. Recuperado el 7 de marzo de 2019 de:  
<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507100>.
- CALVO GONZÁLEZ, F. J., «La concesión de servicio público: un estudio sobre su secuestro y su caducidad», *Noticias jurídicas*, 2016. Recuperado el 7 de marzo de 2019 de:  
<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11441-la-concesion-de-servicio-publico:-un-estudio-sobre-su-se-cuestro-y-su-caducidad/>
- COYLE FERNÁNDEZ, C. M., «Nueva Directiva sobre Adjudicación de Concesiones: ¿excluye las basadas en la transferencia del riesgo de disponibilidad?», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 884, 2014, p. 5.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «En torno a la controvertida compatibilidad del concepto de concesión con la Responsabilidad Patrimonial de la Administración en caso de resolución». Recuperado el 10 de marzo de 2019 de: [http://www.ius-ublicum.com/repository/uploads/27\\_11\\_2017\\_17\\_11-Acevedo\\_2017.pdf](http://www.ius-ublicum.com/repository/uploads/27_11_2017_17_11-Acevedo_2017.pdf)
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «Mantenimiento del equilibrio económico y responsabilidad patrimonial como técnicas de moderación del riesgo concesional». En «Contratos administrativos, equilibrio económico-financiero ea taxa interna de retorno: a lógica das concessoes e parcerias público-privadas», *Fórum editora*, Brasil, 2016. pp. 253-282.
- GARCÍA PELAYO, M., «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza, 1979.
- GARCÍA ROSA, M., «El nuevo contrato de concesión de servicios: claves para su fiscalización». *Auditoría Pública*, núm. 71, 2018, pp. 91-100.
- GIMENO FELIÚ, J. M., «La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades», *Documentación Administrativa: Nueva Época*, núm. 4, 2017, pp. 7-30.
- GONZÁLEZ DE OLANO, G. Y NAVARRO MANICH, J. A., «Comentarios a la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión», *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, núm. 37, 2014, p. 44-57.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J., «Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria», *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2007.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., «La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado, en Las nuevas directivas de contratación pública: Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo», en *Observatorio de los Contratos Públicos*, 2015, Número Monográfico especial, Aranzadi, Zaragoza pp. 169-240.



- HUERGO LORA, A., «El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Documentación Administrativa*, 2017.
- HUERGO LORA, A., «Skin in the game: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, 2018, Iustel. Recuperado el 14 de abril de <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508472>
- LAGUNA DE PAZ, J. C., «Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos», *Revista de Administración Pública*, núm. 204, 2017, pp. 41-68.
- Lazo Vitoria, X., «El futuro del mercado concesional en Europa», *Revista CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 154, 2013, pp. 137-174.
- LAZO VITORIA, X., «El riesgo operacional ¿una nueva era para los contratos de concesión?», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, 2018 Iustel. Recuperado el 4 de abril de <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508956>
- LÓPEZ MORA, M.<sup>a</sup>, «El nuevo contrato de concesión: el riesgo operacional», *Atelier*, Barcelona, 2019.
- LUNA QUESADA, J., «El control municipal de las concesiones administrativas: el caso de los servicios e instalaciones deportivas», *Auditoría Pública*, 2014, núm. 62, pp. 63-81.
- MAGIDE HERRERO, M., «Algunas reflexiones a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, en particular sobre los contratos de concesión», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 46, 2017 pp. 40-55.
- MESTRE DELGADO, J. F. y MANENT ALONSO, L., «La Ley de contratos del sector público. Ley 9/2017, de 8 de noviembre: aspectos novedosos», *Tirant lo Blanch*, 2018, Valencia.
- MÍGUEZ MACHO, L., «La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la Directiva 2014/23/UE: repercusiones para el derecho español, en Las nuevas directivas de contratación pública: Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo», en *Observatorio de los Contratos Públicos*, 2015, Número Monográfico especial, Aranzadi, Zaragoza, pp. 395-409.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., «La Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 58, 2014 pp. 95-158.
- RECUERDA GIRELA, M. A., «Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Civitas*, 2017, Pamplona.
- Ruíz García, E., «El control interno de la gestión económico-financiera de la concesión de obras y concesión de servicios locales», *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 71, 2018 p. 41-54.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Contratos del sector público y Derecho de la Unión», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, pp. 83-102.

- TORNOS MAS, J., «La tarifa como forma de retribución de los concesionarios: una figura constitucional y necesaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 24, 2011, pp. 22 a 29.
- TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, J., «El impacto del concepto de riesgo operacional sobre las solicitudes de reequilibrio de concesiones administrativas. A propósito del dictamen del Consejo de Estado 660/2014», en *Anuario de Derecho Administrativo 2017*, Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo, Civitas, 2017.
- VILLAR ROJAS, F. J., «Las tarifas por la prestación de servicios públicos: ¿una categoría inconstitucional?», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 69, 2017. Recuperado el 17 de abril de 2019 de <http://laadministraciondia.inap.es/noticia.asp?id=1507858>.