

El riesgo operacional como elemento nuclear de los contratos de concesión

Elena Veleiro Couto

Socia de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO
Y PROCESAL

ABOGADA DEL ESTADO EN EXCEDENCIA

I. Introducción	100
II. ¿Es el riesgo operacional un elemento nuevo en los contratos de concesión?	101
III. ¿Qué se entiende por riesgo operacional?	102
1. Riesgo de demanda	104
2. Riesgo de suministro	104
IV. Riesgo operacional y el reequilibrio económico-financiero concesional	105
V. Conclusiones	106

Índice/



Resumen: La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ha convertido el “riesgo operacional” en elemento definitorio clave de los contratos de concesión, de modo que sin la transmisión de dicho riesgo los contratos no podrán ser calificados como concesión.

La importancia de este elemento en la definición del contrato obliga (i) a reflexionar sobre si el mismo constituye una verdadera novedad en nuestra normativa de contratación pública y (ii) a analizar el verdadero contenido y el alcance del mismo.

Abstract: Law 9/2017, of 8 November, on Public Procurement has made “operating risk” a key defining element of concession contracts, such that without the transfer of such risk, contracts cannot be classified as concessions.

The importance of this element in the definition of the contract means that it is necessary (i) to reflect on whether the contract is actually a novelty as regards our public procurement legislation and (ii) to analyse the true content and scope of the contract.



Palabras clave: Concesión, riesgo operacional, riesgo de demanda, riesgo de suministro, riesgo de disponibilidad, reequilibrio.

Keywords: Concession, operating risk, demand risk, supply risk, availability risk, rebalancing.

El riesgo operacional como elemento nuclear de los contratos de concesión

I. Introducción

Desde la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (“**LCSP**”), y como expresamente manifiesta su preámbulo, el riesgo operacional se ha convertido en el elemento definitorio esencial de los contratos de concesión. Esta voluntad del legislador de convertir la atribución de riesgos en el núcleo central de la relación contractual ha dado lugar al planteamiento de diversas cuestiones sobre este concepto. Entre ellas, destacan aquellas que tienen por objeto determinar cómo debe entenderse esta nueva categoría de riesgo contractual, así como las que tienen por finalidad comprender el verdadero impacto que la distribución del riesgo debe tener en la relación contractual.

La determinación del riesgo operacional como piedra angular de los contratos de concesión tiene su origen en el Derecho de la Unión Europea, en concreto, en las previsiones de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (“**Directiva**”) y que fue tardíamente traspuesta al derecho español a través de la LCSP, la cual, como hemos señalado, ha aceptado, aparentemente sin resistencia, armonizar nuestro tradicional concepto de contrato de concesión con el construido por el legislador europeo.

Como consecuencia de esta homogenización, los elementos clásicos que definían los contratos de concesión, tales como la presencia de un servicio público, el modo en el que se retribuye al concesionario y la potestad de organización reconocida al mismo, si bien persisten, han perdido relevancia como elementos caracterizadores de la relación contractual. De entre todos estos elementos merece la pena reseñar el carácter disruptivo que para la concepción tradicional del contrato ha supuesto el hecho de que hoy sea posible articular una concesión de servicios sin que exista ningún “servicio público” que gestionar. En efecto, de acuerdo con la nueva normativa, con independencia de cuál sea la naturaleza del servicio a explotar, estaremos ante un contrato de concesión en la medida que el contratista asuma el riesgo operacional.

Aunque la Directiva supone la primera norma de Derecho de la Unión Europea destinada específicamente a regular el contrato de concesión, tanto en su modalidad de obras como en la de servicios¹, la definición del concepto de concesión que contempla es tributaria de los diversos pronunciamientos que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“**TJUE**”) ha emitido sobre los contratos de concesión, sobre la base de que los mismos siempre han estado sometidos a las normas y a los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

A los efectos de comprender el modo en que la Directiva ha construido la noción de riesgo operacional es necesario mencionar sintéticamente tres de las

1 El contrato de concesión de obras recibió por primera vez la atención del legislador europeo con la Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18 de julio, que modifica la Directiva 71/305/CEE sobre coordinación de los procedimientos de celebración de los contratos públicos de obras.

sentencias del TJUE que han tenido una importancia trascendental en la definición del concepto.

- La primera es la Sentencia del TJUE de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, asunto C-458/03, en la que el Tribunal identifica la retribución del servicio por parte del usuario como un elemento esencial al suponer que “el prestador del riesgo asume el riesgo de explotación de los servicios, lo cual es una característica de la concesión de servicios públicos²”. Es decir, desde este momento, el Tribunal apunta a la necesidad de que el concesionario, de algún modo, esté necesariamente expuesto a los riesgos del mercado.
- La segunda es la Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser*, asunto C-206/08, en la que el Tribunal clarifica que es posible el contrato de concesión aun cuando el riesgo de explotación del servicio sea muy limitado³.
- La tercera es la Sentencia TJUE de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst*, asunto C-274/09⁴, y cuya importancia radica en que en ella el Tribunal delimita el riesgo que ha de asumir el concesionario en unos términos muy parecidos a los que refleja la Directiva, indicando en su apartado 37 que: “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 (véase, en este sentido, la sentencia *Eurawasser*, antes citada, apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, *Contse y otros*, C234/03, Rec. p. I9315, apartado 22, y *Hans & Christophorus Oymanns*, antes citada, apartado 74)”.

Los expuestos constituyen los antecedentes del riesgo operacional que hoy está llamado a definir los contratos de concesión celebrados con los entes del sector público, pero antes de entrar a analizar su alcance se impone reflexionar sobre si esta nueva tipología de riesgo supone una verdadera innovación en la configuración de contrato.

II. ¿Es el riesgo operacional un elemento nuevo en los contratos de concesión?

En efecto, la primera cuestión que surge cuando se aborda el riesgo operacional es si el mismo constituye una verdadera novedad en la normativa de contratación

2 STJUE de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, EU:C:2005:605, apartado 40.

3 STJUE de 10 septiembre de 2009, *Eurawasser*, C-206/08, EU:C:2009:540, apartado 74: “Por otro, debe seguir siendo posible que las entidades adjudicadoras, actuando de buena fe, garanticen la prestación de servicios mediante una concesión, si consideran que se trata de la mejor manera de garantizar el servicio público de que se trata, incluso si el riesgo derivado de la explotación es muy limitado”.

4 STJUE de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst y Krankentransport Stadler*, C-274/09, EU:C:2011:130.

pública española, ya que resultaría ciertamente llamativo que el elemento que se ha constituido en la clave esencial de los contratos de concesión no hubiera tenido ninguna presencia en las regulaciones preexistentes.

Pues bien, una breve revisión de los diversos textos normativos anteriores a la LCSP nos permite descartar esta opción. Así, la Exposición de Motivos de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas se pronunciaba en los siguientes términos: “Cuatro conceptos o notas fundamentales caracterizan la figura de la concesión, tal como la concibe esta ley, conceptos que constituyen el núcleo de esta, imprimiéndole carácter, y cuyo contenido o significado conviene precisar para una mejor comprensión de la norma. Estos son los de «obra pública», «riesgo concesional», «equilibrio económico de la concesión» y «diversificación de la financiación», conceptos que se examinan a continuación (...)”.

Por tanto, ya desde la primera regulación específica del contrato de concesión de obra pública se identificaba el “*riesgo concesional*” como uno de los elementos nucleares de dicho tipo contractual.

Y lo mismo sucede en el caso del contrato de concesión de servicios, pudiendo reproducirse en este caso como precedentes de ese singular riesgo el artículo 66 del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Bases del Contratos del Estado que definía la concesión como la modalidad contractual “por la que el empresario gestionará el servicio a su riesgo y ventura”⁵, entendiendo dicha exigencia como un *plus* cualificado respecto al genérico riesgo y ventura que preside todos los contratos con entes del sector público.

Estos precedentes permiten responder sin ambages la cuestión anteriormente formulada, confirmando que el riesgo operacional simplemente constituye una evolución depurada y singular del tradicional riesgo concesional o de explotación que en el Derecho español se ha exigido siempre como una de las características propias del contrato de concesión.

Una vez que se ha confirmado que no existe novedad en la exigencia al concesionario de un riesgo específico en la ejecución de su contrato, la siguiente cuestión que se plantea es en qué modo debe ser entendido el riesgo operacional, puesto que, frente a la indefinición de las regulaciones previas, el riesgo operacional sí constituye un concepto innovador en la medida en la que goza de unos contornos más determinados que permiten una mejor delimitación del mismo.

5 En el mismo sentido puede citarse el artículo 134.3 del vigente Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales que prescribe que en la concesión “la explotación se efectuará por cuenta y riesgo del concesionario”.

III. ¿Qué se entiende por riesgo operacional?

Los contornos caracterizadores del riesgo operacional se extraen del análisis combinado de la Directiva y de la LCSP, debiendo tomarse como punto de partida para su definición las manifestaciones contenidas en los considerandos (18) y (20) de la Directiva que se expresan en los siguientes términos:

“(…) La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador. (…)”.

“Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. 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. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario”.

De la lectura de estos considerandos se infiere que son tres los rasgos esenciales que definen el concepto de riesgo operacional:

- El primero de dichos rasgos es su carácter económico: se configura como un verdadero riesgo comercial propio de la explotación que pretende situar al concesionario en la posición del empresario que se ocupa de la gestión de un determinado negocio. El riesgo operacional aspira a situar al concesionario ante las reglas de juego del mercado.
- El segundo de esos rasgos es su carácter externo: el riesgo no debe poder ser controlado por la voluntad de los contratantes, sino que debe venir determinado por factores parcialmente ajenos a su modo de actuar.
- El tercero de esos rasgos es su carácter limitado: el riesgo asumido por el concesionario es compatible con el hecho de que el órgano de contratación siga asumiendo parte de los riesgos concurrentes en el contrato. De hecho, el riesgo operacional viene formado por dos componentes: el riesgo de demanda y el riesgo de suministro, no siendo necesario que el concesionario asuma ambos.

Así, para seguir ahondando en la comprensión del concepto es necesario analizar cada uno de sus componentes por separado.

1. Riesgo de demanda

El riesgo de demanda no ofrece grandes dudas en cuanto a su identificación, puesto que claramente se articula como el riesgo de que el nivel de uso de la infraestructura o servicio no sea el adecuado para que el concesionario pueda cubrir los costes que implica la ejecución del contrato. Este riesgo se incorpora en el contrato mediante la configuración de un sistema retributivo basado en el número de usuarios que utilicen la obra o servicio, con independencia de que dicha retribución sea satisfecha directamente por los usuarios o por el órgano de contratación.

2. Riesgo de suministro

La verdadera dificultad en la comprensión del riesgo operacional se produce en la definición de la segunda de sus vertientes que es la relativa al riesgo de suministro, ya que la definición normativa no es lo suficientemente explicativa.

En efecto, a la hora de definir el riesgo de suministro, el artículo 14.4 LCSP prescribe que debe entenderse como "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." Pero, ¿verdaderamente qué significa que la prestación no se ajuste a la demanda?

En particular, una de las grandes dudas que plantea el concepto de riesgo de suministro es si dentro del mismo cabe incluir el riesgo de disponibilidad en los términos en los que este ha sido definido por las normas contables de la Unión Europea conocidas en su versión vigente como SEC-2010⁶. De acuerdo con dicha normativa, el riesgo de disponibilidad se produce cuando el concesionario se enfrenta a la posibilidad de experimentar pérdidas como consecuencia de que la prestación no alcance el volumen o a la calidad especificados en el contrato.

Una gran parte de la doctrina considera que, siendo uno de los rasgos definitorios del riesgo operacional la necesidad de que el mismo no quede dentro de la esfera de control de las partes contratantes, no es posible admitir el riesgo de disponibilidad como parte del riesgo de suministro, ya que la realización de los niveles de volumen o calidad determinados en el contrato dependerá de la gestión que del mismo realice el concesionario. Estos autores destacan, además, la circunstancia de que, mientras la propuesta de directiva planteada por la Comisión de 20 de diciembre de 2011 incluía como componentes del riesgo operacional el de demanda y el de disponibilidad, la versión definitivamente aprobada sustituyó esa denominación por la de riesgo de suministro.

6 Reglamento (UE) núm. 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea.

En este sentido, sostienen que el riesgo de suministro debe entenderse exclusivamente como aquel supuesto en el que el concesionario queda expuesto a sufrir pérdidas porque el servicio que ofrece no se ajuste a lo demandado por los usuarios, de modo que un exceso de demanda provoque un agotamiento del servicio o una indebida prestación del mismo. Así, como posible ejemplo de esta situación, plantean la posibilidad de configurar contratos en los que el concesionario pierda retribución porque el servicio quede saturado por un exceso de demanda (como sería el caso de un embotellamiento en una autopista concesionada o por la existencia de listas de espera en la prestación del servicio)⁷.

Pues bien, frente a este sentir generalizado de la doctrina, lo cierto es que el legislador español expresamente ha admitido para los contratos de concesión de obras en el artículo 267.4 LCSP que la retribución del concesionario pueda realizarse en base a un sistema de pagos por disponibilidad. Dicha posibilidad, por el contrario, no ha sido contemplada para el contrato de concesión de servicios. Por tanto, con independencia de las dudas conceptuales que puedan existir sobre si los pagos por disponibilidad encajan plenamente en el concepto de riesgo operacional, su uso en los contratos de concesión de obras es perfectamente posible.

IV. Riesgo operacional y el reequilibrio económico-financiero concesional

Existe una última cuestión que se ha planteado como consecuencia del surgimiento del riesgo operacional como el elemento definitorio de los contratos de concesión y es la relativa a su compatibilidad con una institución esencial en nuestro derecho, como es el principio del mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato.

La insistencia cuasi obsesiva en destacar la necesidad del traslado del riesgo operacional al concesionario llegó a plantear algunas dudas⁸ sobre si dicha atribución debería implicar, adicionalmente, alguna limitación al legítimo derecho del concesionario al restablecimiento del equilibrio del contrato cuando la economía de la concesión se vea sustancialmente alterada.

Pues bien, no puede plantearse ninguna duda sobre la absoluta compatibilidad del principio de reequilibrio con el riesgo operacional, no solo porque la LCSP continúa regulando el debido derecho del concesionario al mantenimiento del equilibrio del contrato en sus artículos 270 y 290, sino porque, además, dicha compatibilidad se desprende del propio modo en el que, tanto la Directiva, como la LCSP, definen el riesgo operacional al confirmar que el mismo solo es exigible mientras el desarrollo del contrato se esté realizando “en condiciones normales de funcionamiento”.

Por tanto, en ningún caso el riesgo operacional puede servir de excusa para pretender que el concesionario tenga que hacer frente a acontecimientos de carácter extraordinario que alteren la economía del contrato y que legítimamente han de generar su derecho a volver a situarlo en las condiciones de partida. El reequilibrio

7 HUERGO LORA, A., “Skin in the game: Riesgo operacional y Responsabilidad Patrimonial Administrativa,” en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho. El nuevo régimen de las concesiones*, nº 74, 2018, págs.20-33.

8 Particularmente llamativas en este sentido son las manifestaciones que el Consejo de Estado realizó en su Dictamen 1116/2015 relativo al anteproyecto de la LCSP en las que concluyó que: “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”.

económico del contrato es una garantía esencial que protege al concesionario de aquellos riesgos que no son los propios de la explotación del negocio y que, por tanto, en ningún caso le han de ser trasladados.

La protección del concesionario frente a las alteraciones del contrato derivadas del *ius variandi*, el *factum principis*, la fuerza mayor o el riesgo imprevisible tiene su fundamento en los principios de equidad, justicia, buena fe y en la prohibición del enriquecimiento injusto, de manera que, en modo alguno puede verse cercenada por la exigencia impuesta al concesionario de que asuma la ejecución de su contrato sobre la base del traslado del riesgo operacional.

V. Conclusiones

La definición que la LCSP ha realizado de los contratos de concesiones determinando que el núcleo central de los mismos venga constituido por el traslado del riesgo operacional al concesionario ha planteado ciertas cuestiones sobre el impacto que dicho concepto implicaría en la relación contractual.

El análisis de esos interrogantes permite constatar que la presencia del riesgo operacional no supone una verdadera innovación normativa, puesto que la configuración tradicional del contrato de concesión en nuestro ordenamiento siempre ha exigido que el concesionario asuma el riesgo de explotación del contrato.

Sin embargo, lo que sí supone un elemento novedoso es el hecho de que, frente a la antigua indefinición que existía en relación con el riesgo a asumir por el concesionario, el riesgo operacional supone un cierto grado de objetivación en el modo en el que el riesgo del concesionario ha de ser configurado.

Así, el riesgo operacional implica la traslación al concesionario del riesgo de demanda o del riesgo de suministro. Existen ciertas dificultades para ofrecer una definición del riesgo de suministro y para determinar si en el mismo puede quedar comprendido el riesgo por disponibilidad. En todo caso, con independencia del debate conceptual, el legislador español ha admitido que los pagos por disponibilidad en las concesiones de obra pública constituyen un sistema retributivo válido en la relación concesional. Adicionalmente, es esencial recordar que, en ningún caso, se exige que la transmisión del riesgo al concesionario sea total, puesto que la jurisprudencia del TJUE admite la existencia de contratos de concesión a pesar de que la exposición al riesgo sea limitada.

Finalmente, y dado que el riesgo operacional supone en esencia situar al concesionario ante el devenir ordinario del mercado, el mismo es absolutamente compatible con el principio del reequilibrio económico concesional que garantiza la protección del concesionario frente a la concurrencia de acontecimientos extraordinarios que rompan sustancialmente la economía del contrato.