

# LA REGULACIÓN DE LAS CONCESIONES DE OBRAS Y SERVICIOS EN LAS NUEVAS DIRECTIVAS EUROPEAS. VISIÓN CRÍTICA DE LA REGULACIÓN EN NAVARRA (\*)

ÍÑIGO ALIAGA MORENO

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA CUARTA GENERACIÓN DE DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA.– III. LA DIRECTIVA 2014/23/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 26 DE FEBRERO DE 2014, RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN: 1. Primera regulación autónoma en materia de concesiones: A) Aclaración. B) Razón de ser de una normativa independiente. C) Marco jurídico. D) Cuatro grandes objetivos. E) Política continuista de los servicios públicos. 2. Aplicación directa. 3. Entrada en vigor. Plazo de transposición: A) Entrada en vigor. B) Plazo de transposición. C) Falta de transposición e irregularidades. Efecto directo. 4. Estructura. 5. Definición de concesión. El riesgo operacional. A. Concepto de concesión. B. El riesgo operacional: a) Ambigüedad del término. b) Criterios interpretativos. c) No asunción del riesgo por el concesionario. d) Transferencia del riesgo. e) Distribución de riesgos. 6. Ámbito de aplicación: A) Umbral económico. B) Ámbito objetivo. C) Ámbito subjetivo. D) Exclusiones. 7. Otras cuestiones: A) Duración de la concesión. B) Contratos mixtos. C) Situaciones específicas. D) Normas en materia de adjudicación de concesiones. E) Normas relativas a la ejecución de las concesiones. F) Resolución de las concesiones. G) Régimen de recursos.– IV. VISIÓN CRÍTICA DE LA REGULACIÓN EN NAVARRA: 1. Competencia exclusiva. 2. Denominaciones y conceptos obsoletos. 3. Regulación específica de la concesión de servicios. 4. Riesgo operacional versus equilibrio económico de la concesión.– V. CONCLUSIONES PROPOSITIVAS: 1. Ámbito estatal. 2. Ámbito foral.– VI. BIBLIOGRAFÍA.*

*RESUMEN:* Hasta la aprobación de la Directiva 2014/23 las concesiones a nivel UE estaban reguladas de forma parcial (sólo las de obras, no las de servicios) e incompleta, lo que se traducía en que muchos Estados miembros tipificaban de concesiones lo que en la práctica son contratos públicos. Por ello, la principal novedad de esta Directiva radica en regular de manera autónoma, uniforme e «íntegra» las concesiones para distinguirlas definitivamente de los clásicos contratos de obras o servicios, puesto que aquéllas ya no se definen por referencia al objeto de éstos, sino con base y fundamento en el riesgo operacional que necesariamente debe ser asumido por el concesionario. En este trabajo se hace especial hincapié en la definición de concesión, que queda supeditada al concepto de riesgo operacional, sin el cual aquélla carece de sentido. Ahora bien, se trata de un concepto ambiguo que debe ser integrado con criterios interpretativos.

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 30 de junio de 2015 y evaluado favorablemente para su publicación el 28 de octubre de 2015.

*Palabras clave:* regulación autónoma; normativa mínima; concesiones; riesgo operacional; transferencia.

*ABSTRACT:* Until the adoption of Directive 2014/23 EU level concessions were regulated in part (only works, not services) and incomplete, which resulted in many Member States that typified concessions which in practice are public contracts. Therefore, the main novelty of this Directive is to regulate autonomously, uniform and «in full» concessions to definitively distinguish classical works contracts or services, since those are no longer defined by reference to the object of these, but the basis and foundation for operational risk must necessarily be assumed by the concessionaire. In this paper special emphasis on the definition of concession, which is subject to the concept of operational risk, without which it is meaningless. Now, this is an ambiguous concept that must be integrated with interpretive criteria.

*Key words:* autonomous regulation; minimum standards; concessions; operational risk; transfer.

## I. INTRODUCCIÓN

La actual jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las nuevas Directivas europeas sobre contratación pública y concesiones aprobadas en enero de 2014 han supuesto un *cambio total* en la concepción tradicional de la contratación de las concesiones y servicios.

Regulación que choca frontalmente con muchos de los paradigmas existentes en la normativa estatal y navarra sobre contratos públicos y, especialmente, con muchas prácticas de los diferentes órganos de contratación centrados más en el *objeto del contrato* que se quiere prestar que en los *riesgos* que el contratista asume.

Ello se observa de forma clara en la legislación foral sobre contratación pública, y, más en concreto, en la regulación contenida en la Ley Foral de Administración Local, que aplica el inexistente régimen que para las concesiones recoge la normativa de contratos a los servicios públicos, aun sin mediar explotación.

Es necesario comprender y desarrollar esta nueva regulación europea de obligada transposición antes del 18 de abril de 2016 e intentar conciliarla con la tradición jurídica de los servicios públicos locales.

Hasta la fecha, apenas existía regulación alguna y la consecuencia era la falta de seguridad jurídica en la elección de la modalidad contractual, con importantes efectos jurídicos en la propia definición y desarrollo del contrato.

La metodología a seguir parte de una breve referencia a las nuevas Directivas europeas para centrar el análisis en la Directiva de concesiones mediante el estudio empírico de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo para, una vez analizado todo ello, efectuar propuestas de regulación buscando, además, la utilidad al gestor en materia de contratación.

## II. LA CUARTA GENERACIÓN DE DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La importancia de la contratación pública se constata si se tiene presente que el sector público (Administraciones Públicas, empresas públicas, organismos autónomos, etc.) licita aproximadamente unos 25.000 millones de euros anuales. Esto supone el 18% del producto interior bruto (PIB) de la Unión Europea (1).

En la actual situación de crisis económica (2), globalización y constantes cambios en las políticas públicas, las Directivas de contratos 2004/17/CE (sectores especiales) y 2004/18/CE (sectores clásicos) se han mostrado insuficientes (3) para afrontar esta nueva realidad y cumplir con los objetivos de la estrategia Europa 2020 (4).

---

(1) Nota de prensa del Parlamento Europeo de 15 de enero de 2014, accesible en la página web del Parlamento Europeo.

(2) BLANCO LÓPEZ (2014: pp. 89-90) observa como la crisis financiera mundial ha mostrado sus efectos en el seno de la UE con una severa política de recortes en los presupuestos públicos y de contención del déficit, medidas que, en última instancia, reducen la gestión directa de servicios públicos por parte de las Administraciones, con el consiguiente paso de un Estado paternalista (prestador de servicios) a otro interventor y regulador. Por ello, resalta como la Directiva concesional ha tenido muy presente la entrada del capital privado en la prestación de servicios, en especial, a través de las PYME «En ese contexto y con esos objetivos, desde las Administraciones Públicas se mira al sector económico privado buscando que aporta sus medios de gestión, experiencia y su capacidad financiera».

(3) Especialmente crítico se muestra SANTAMARÍA PASTOR (2013: pp. 31-36) al comentar el rotundo fracaso de los objetivos perseguidos por la legislación europea de contratos públicos: (i) *Creación de un mercado único europeo de compras públicas*. Califica de «ingenuidad enternecedora» pensar que bastaba con publicar las licitaciones en el DOUE y equiparar jurídicamente a todos los operadores de los Estados miembros, garantizando así una mayor participación de las empresas europeas extranjeras en el país contratante. La realidad, prosigue, ha mostrado que tal concurrencia ha sido escasa y por vías ajenas a la legislación contractual (UTE, creación de filiales o adquisición de sociedades), constatando como los mercados son extraordinariamente cerrados; (ii) *Lucha contra la corrupción en la adjudicación de contratos*. Observa como la sofisticación normativa creada para combatirla (objetivar y racionalizar los criterios de adjudicación) y evitar adjudicaciones arbitrarias y caprichosas ha tenido el efecto contrario al perseguido, ya que conjugados tales criterios con unos irreales pliegos y ofertas se alcanza el máximo nivel de subjetividad y discrecionalidad; (iii) *Unificación de las legislaciones de los Estados miembros*. Critica la forma de conseguirlo, tanto porque las Directivas de contratos son esencialmente procesales (derecho de la adjudicación) y falta lo sustancial, el conjunto de derechos y obligaciones de las partes (derecho de la ejecución) como porque la diversidad jurídica de cada Estado miembro impide ese fin y (iv) *Agilización de los procedimientos de contratación*. Resultado nulo, ya que las sucesivas reformas han creado un proceso complejo, que prolonga en demasía el tiempo transcurrido entre la decisión de contratar y la fecha inicial de ejecución efectiva del contrato.

(4) Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, denominada «Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» [COM(2010) 2020 final]. Dicha institución propone una nueva estrategia política, «Europa 2020», para

Ello fue la causa de que con fecha 26 de febrero de 2014 el Parlamento Europeo y el Consejo hayan aprobado la «cuarta generación» de Directivas de contratación pública:

- Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión.
- Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública (general) y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (5) (sectores clásicos).
- Directiva 2014/25/UE 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 (6) (sectores especiales).
- Como complemento de las anteriores, se ha aprobado la Directiva 2014/55/UE de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública.

Las tres primeras Directivas deben transponerse antes del 18 de abril de 2016. La de facturación electrónica antes del 27 de noviembre de 2018, dado que su implantación queda supeditada a la previa aprobación de una norma europea sobre facturación electrónica. Además, se tienen presentes las dificultades que su implementación puede suponer para las Administraciones menores y otros entes del sector público.

El objetivo principal de este nuevo paquete legislativo es *modernizar* (7) el régimen jurídico de los contratos públicos de la UE para garantizar la eficiencia de los fondos públicos. Lo cual significa, por un lado, buscar los

---

apoyar el empleo, la productividad y la cohesión social en Europa. Indica que la UE se encuentra inmersa en un periodo de transformación, derivado de la globalización, del cambio climático y del envejecimiento de la población. Unido a ello, la crisis económica ha cuestionado los logros sociales y económicos realizados por los Estados miembros. Por tanto, para asegurar el desarrollo sostenible de la UE en la próxima década son necesarias nuevas reformas.

(5) El artículo 91 de la Directiva 2014/24 establece que la Directiva 2004/18 queda derogada con efecto a partir del 18 de abril de 2016.

(6) El artículo 107 de la Directiva 2014/25 establece que la Directiva 2004/17 queda derogada con efecto a partir del 18 de abril de 2016.

(7) Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente [COM(2011) 15 final], de 27 de enero de 2011. En este documento se destaca que la contratación pública juega un papel clave en la estrategia Europa 2020 como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para el logro de los objetivos perseguidos por la precitada estrategia. Concretamente, se pide que la contratación pública: (i) mejore las condiciones generales que favorezcan la innovación por las empresas; (ii) búsqueda de un uso más eficiente de los recursos y con bajas emisiones de carbono, fomentando la generalización de una contratación pública ecológica y (iii) mejora del entorno empresarial, en especial para las PYME innovadoras.

mejores resultados posibles de la contratación (la máxima rentabilidad de las inversiones). Aquí entra en juego el principio de transparencia: esencialmente mediante la publicación de los contratos públicos en el DOUE, de tal forma que los licitadores los conozcan y se animen a presentar sus ofertas. Esto genera una mayor competencia, facilitando, a su vez, el logro de los mejores resultados posibles con la menor inversión, al tiempo que se garantiza una concurrencia equitativa y se evita falsear la competencia. De otro, se persigue incrementar la eficiencia de los procedimientos de contratación mediante su flexibilización y simplificación, creándose, incluso, uno nuevo (la asociación para la innovación). Finalidad que beneficia a todos los agentes implicados y facilita la participación de las PYME (motor económico de los Estados miembros) y otros operadores económicos.

Objetivo complementario es que los órganos de contratación den mayor importancia al valor atribuido a las materias medioambientales, sociales y de innovación cuando establezcan los criterios de adjudicación en los pliegos.

En este afán simplificador y eficiente, considero una gran novedad y rasgo distintivo de las nuevas Directivas de contratos públicos, el hecho de que éstas, a diferencia de sus predecesoras, ya no se limitan a armonizar las fases de preparación y adjudicación de los contratos públicos [ámbito de aplicación, capacidad y solvencia de los licitadores, actuaciones previas a la adjudicación (pliegos administrativos y técnicos), normas de publicidad y transparencia, criterios y procedimientos de adjudicación, etc.], sino que establecen, además, una tímida *regulación integral*. Así, abarca todo el ciclo de vida del contrato, extendiéndose a sus efectos —ejecución— y extinción (modificaciones contractuales, subcontratación y resolución).

No obstante, como crítica, señalar que el título de la Directiva 2014/23, es desafortunado, pues evoca al régimen anterior —ceñido, como acabo de indicar, en la adjudicación—, lo cual puede inducir a equívocos si se compara con la claridad de las Directivas 2014/24 y 2014/25 (8).

---

(8) Así lo aprecia LAZO VITORIA (2013: p. 146) cuando señala: «De ahí que pueda objetarse al título escogido para la iniciativa «relativa a la *adjudicación* de los contratos de concesión» —con clara influencia de las denominaciones tradicionales— ya que no responde plenamente al contenido de la iniciativa. En contraste las otras dos iniciativas presentadas en paralelo a la que aquí se comenta sí emplean, a mi juicio, un terminología más adecuada («Directiva de *contratación pública*» y «Directiva relativa a la *contratación* por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales») ya que ambas incluyen importantes normas relacionadas con la ejecución de los respectivos contratos».

### **III. LA DIRECTIVA 2014/23/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 26 DE FEBRERO DE 2014, RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN**

#### **1. Primera regulación autónoma en materia de concesiones**

Hasta la aprobación de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (en adelante, la Directiva 2014/23), la adjudicación de las concesiones a nivel de la UE estaba regulada de forma muy limitada.

La Directiva 2004/17/CE sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (sectores especiales), definía en su artículo 1.3, a) y b), respectivamente, las «concesiones de obras» y las denominadas por la UE «concesiones de servicios», éstas últimas tipificadas en la normativa española como *contratos de gestión de servicios públicos*.

Las dos clases de concesiones se conceptuaban como contratos de características similares a los contratos de obras o servicios, a salvo la contraprestación que consistía en el derecho a explotar la obra o el servicio, o en dicho derecho acompañado del de percibir un pago.

No obstante, el artículo 18 de la precitada Directiva *excluía* ambos tipos contractuales de su ámbito de aplicación.

La Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios (sectores clásicos), definía las concesiones siguiendo el modelo de la Directiva 2004/17. O sea, también por referencia al objeto del contrato de obras o servicios respectivo.

Así, la definición de «concesión de obras públicas» del artículo 1.3 (9) de la Directiva 2004/18 era la misma que la prevista para los contratos públicos

---

(9) El artículo 1.3 de la Directiva 2004/18, tipificaba la concesión de obras públicas. En este contexto, sólo podían ser órganos concedentes o de contratación, los poderes adjudicadores definidos como tales en su artículo 1.9 (los Estados miembros, sus entes territoriales y los organismos de Derecho público y las asociaciones de dichos entes y organismos) en relación, por ejemplo, con sus artículos 2 y 5 a 9. Por el contrario, el vigente artículo 5.1, a) de la Directiva 2014/23 omite el calificativo de públicas en las concesiones de obras. Esto revela la voluntad del legislador europeo de incluir en esta Directiva tanto las obras públicas como las privadas y, por tanto, el que no sólo sean órganos concedentes los poderes adjudicadores de su artículo 6 (Estados miembros, autoridades regionales y locales, sus organismos de derecho público y asociaciones) sino también las entidades adjudicadoras previstas en su artículo 7 (las del art. 6 más las entidades que gocen de derechos exclusivos o especiales, además de las empresas públicas). En definitiva, la nueva Directiva 2014/23 *extiende el ámbito subjetivo* de aplicación a todo el sector público.

de obras en su artículo 1.2, b), con la diferencia de que la contraprestación de la concesión consistía en el derecho a explotar la obra, o en dicho derecho acompañado de un precio.

La concesión de obras públicas quedaba dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18 de contratos públicos.

De igual forma, pero por remisión a los servicios, se definía en el artículo 1.4 de la Directiva 2004/18 la «concesión de servicios». Ahora bien, es importante resaltar que las concesiones de servicios quedaban expresamente *excluidas* de su ámbito de aplicación en virtud de su artículo 17 (10).

Esta exclusión conllevaba, según el considerando 4 de la Directiva 2014/23, que las concesiones de servicios de interés transfronterizo (las que superan un determinado umbral europeo o SARA), sólo estaban sometidas a los principios generales del TFUE y a los criterios jurisprudenciales del TJUE.

Es decir, junto a las *libertades* europeas (libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios), debían tenerse presentes los *principios* derivados de aquéllas (también conocidos como principios generales de la contratación pública) (11), que son los siguientes: igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

Al hilo, advierte dicho considerando 4 que:

«Existe un riesgo de inseguridad jurídica relacionado con las divergentes interpretaciones de los principios del Tratado por los legisladores nacionales y de grandes disparidades entre las legislaciones de los diferentes Estados miembros. Dicho riesgo ha sido confirmado por una amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que sin embargo aborda solo en parte determinados aspectos de la adjudicación de contratos de concesión.

Es necesario que los principios del TFUE se apliquen de manera uniforme en todos los Estados miembros y que se eliminen las discrepancias de interpretación de dichos principios en toda la Unión al objeto de eliminar las perturbaciones persistentes que se producen en el mercado interior».

En ese contexto, del notable interés (12) europeo por las concesiones, incrementado enormemente por la situación de crisis económica global, deviene

---

(10) HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2015: p. 3) afirma que «La razón de esta marginación radica en el diferente tratamiento jurídico que la concesión de servicios recibe en los Derechos nacionales y en la necesidad de dotar a las autoridades contratantes de un margen de flexibilidad acorde con su complejidad».

(11) Ínsitos conforme a la jurisprudencia del TJUE en los antiguos artículos 43 y 49 del Tratado de Roma de 1957, hoy sustituidos por los artículos 49 y 56 del TFUE, actual denominación de aquél tras el Tratado de Lisboa de 2007.

(12) El considerando 3 de la Directiva 2014/23/UE reconoce la importancia de las concesiones en los siguientes términos: «La contratación pública desempeña un papel clave en

una “completa” regulación de las mismas, no limitada, por tanto, a los principios originarios del TFUE.

## A) Aclaración

La Directiva 2014/23 lleva por título: «Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión».

En la Conferencia sobre las nuevas normas de la UE relativa a adquisiciones y concesiones (13) celebrada en Bruselas el día 19 de marzo de 2014, el Sr. Philippe Juvín, ponente de la Directiva 2014/23, efectuó una observación muy importante indicando que en el momento de la redacción del Proyecto de informe sobre la Propuesta de Directiva se debería haber incluido un cambio en el título de la misma. Consideraba que el título más apropiado hubiera sido no ya contrato de concesión, sino «*contrato basado en riesgo*» (14) por que, hasta el momento, los Estados miembros aplicaban regímenes jurídicos que denominaban concesiones, si bien desde la perspectiva de la Directiva 2014/23 no lo son.

## B) Razón de ser de una normativa independiente

El considerando 18 de la Directiva 2014/23 establece que:

«Las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión y de contrato público han generado una inseguridad jurídica continua para las partes interesadas y han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia

---

la estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («la estrategia Europa 2020»), ya que es uno de los instrumentos basados en el mercado destinados a conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y fomentar al mismo tiempo la utilización más eficiente posible de los fondos públicos. En este contexto, los contratos de concesión representan instrumentos importantes para el desarrollo estructural a largo plazo de la infraestructura y los servicios estratégicos, contribuyendo al desarrollo de la competencia en el mercado interior, permitiendo que se aprovechen las competencias del sector privado y contribuyendo a lograr eficiencia y aportar innovación».

(13) Intervención que puede visualizarse en la página web de la Comisión Europea.

(14) BLANCO LÓPEZ (2014: p. 93) critica el excesivo protagonismo concedido por la Directiva 2014/23 al riesgo operacional: «Sin embargo, reconociendo que la directiva es la primera regulación en la materia, debe afirmarse que ha concentrado sus estipulaciones exageradamente en la regulación del traslado al concesionario del “riesgo operacional”, dejando abandonadas cuestiones que compensan ese factor como son la regulación del necesario equilibrio económico del contrato (art. 258 TRLCSP), el reparto adecuado de riesgos y los sistemas de financiación de las concesiones».

de la Unión Europea. Por lo tanto, debe aclararse la definición de «concesión», en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional».

Esta tradicional disquisición terminológica (básicamente en el ámbito de los servicios) quedó plasmada en varios documentos:

— Propuesta de Directiva 2014/23 —SEC(2011) 1588 final y SEC(2011) 1589 final— que advertía en términos similares al precitado considerando 18:

«Las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión y contrato público han sido fuente de continua inseguridad para las partes interesadas y han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a este respecto. Por lo tanto, debe aclararse la definición de concesión, en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional sustancial (considerando 7)».

— Enmiendas del Parlamento Europeo al texto elaborado por la Comisión:

«Contrarrestar la idea equivocada de que la concesión no es más que una forma determinada de contrato público» (15).

De esta forma, para abordar los problemas de inseguridad jurídica, obstaculización a la libre prestación de servicios y falseamiento del mercado interior derivados de la falta de unas normas claras en materia de concesiones, la Directiva 2014/23 estima necesario introducir un *marco jurídico adecuado, equilibrado y flexible* (Cdo. 1).

Se trata de establecer una regulación integral aplicable a la adjudicación de las concesiones mediante la fijación de unas *normas claras y sencillas*. No obstante, deben reflejar adecuadamente la *especificidad* de las concesiones respecto de los contratos públicos, además de evitar una burocracia excesiva (Cdo. 2).

Advierte GIMENO FELIÚ (2013: p. 95) que la incorrecta tipificación de un contrato público puede alterar las normas y principios esenciales en materia de contratación pública (16). No se trata tan sólo de un tema dogmático, señala.

---

(15) Propuesta de Directiva 2014/23: Comisión de Mercado Interior y Protección al Consumidor, Parlamento Europeo: Proyecto de informe sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, de 1 de febrero de 2013, ponente: Philippe Juvin, p. 205, accesible en el Documento de sesión (A7-0030/2013) del Parlamento Europeo.

(16) RAZQUIN LIZARRAGA (2014: pp. 38-40) advierte que la ambigüedad del concepto de «contrato de gestión de servicios públicos» del artículo 8 del TRLCSP debe resolverse para distinguirla del contrato de servicios, ya que tiene consecuencias internas: «Un contrato de gestión de servicios públicos no puede ser objeto de recurso contractual y sólo se permite el recurso precontractual cuando cumpla los dos requisitos antes mencionados, mientras que no ocurre lo mismo si el contrato es calificado como contrato de servicios, donde cabe tanto el

También se altera su régimen jurídico (cambian las normas de publicidad y de solvencia). A su juicio, la principal novedad de la Directiva 2014/23 radica en regular de forma autónoma las concesiones, plasmado ahora en la definición establecida en su artículo 5.1.

RAZQUIN LIZARRAGA (2014: pp. 64-65) ya apuntó como uno de los elementos más destacados de la Propuesta de Directiva 2014/23 la fijación del concepto de concesión, y su separación de los contratos públicos. Ahora bien, recuerda, con base en la jurisprudencia del TJUE, como en las concesiones debe transferirse de forma total o significativa el riesgo operacional desde el órgano concedente al concesionario, aunque este riesgo sea muy limitado; razón por la cual se introduciría el concepto de riesgo operacional en el articulado de la nueva Directiva.

Por tanto, el concepto de concesiones regulado en el artículo 5.1 de la Directiva 2014/23, a diferencia de la regulación anterior, se desvincula totalmente de los contratos clásicos de obras o servicios puesto que ya no se define por referencia al objeto de éstos, sino con base y fundamento en el *riesgo operacional*, que se erige en piedra angular del sistema.

En palabras de LAZO VITORIA (2013: p. 144) esto supone una «vocación rupturista con la regulación tradicional» de los contratos.

VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA (2012: p. 56) tacha de poco convincente lo apuntado en los trabajos preparatorios de que la normativa de contratos públicos pudiera resultar demasiado compleja para las concesiones. Por contra, se postula a favor del hecho contrastado doctrinal y jurisprudencialmente de que contratos públicos y concesiones son dos instituciones diferentes. Así, alude a la característica principal de las concesiones, la transferencia de la responsabilidad al concesionario de la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo operacional; aspecto no concurrente, al menos con esa entidad, en los denominados contratos públicos europeos.

GARCÍA RUBIO (2015: p. 1) justifica la diferenciación entre ambas clases contractuales «por el mayor riesgo que la operación implica, por la mayor complejidad jurídica de la relación entablada entre el concesionario y los poderes o entidades adjudicadores como consecuencia de la larga duración

---

recurso precontractual como el contractual» (entiéndase por recurso precontractual el recurso especial en materia de contratación del art. 40 TRLCSP y por recurso contractual la cuestión de nulidad del art. 39 TRLCSP. En Navarra, el recurso especial o reclamación cabe frente a todos los contratos ex arts. 210.1 LFCP y 232 LFAL) y a nivel UE: «*La próxima aprobación del paquete de Directivas comunitarias sobre contratación pública y concesiones incidirá de nuevo en la redefinición del contrato de gestión de servicios públicos y en su acomodación a los tipos contractuales de estas Directivas donde no aparece el tipo de contrato de gestión de servicios públicos, sino otros diferentes como los contratos de servicios o las concesiones de servicios*» (la cursiva no es original).

de la concesión; y por la mayor flexibilidad que requiere la ejecución de la concesión».

Dedicar una Directiva *ad hoc* para las concesiones, tiene *per se* un efecto sugestivo, que las singulariza y permite diferenciarlas de los contratos públicos. A mi juicio, si con ello se contribuye a la mejor comprensión del sistema público de contratos, y se incrementa la seguridad jurídica, sin duda alguna, tal concreción merece la pena (17).

Por otro lado, habrá que ver si en la transposición de las nuevas Directivas contractuales el legislador *estatal* sigue la hoja de ruta marcada por éstas, estableciendo una legislación específica para las concesiones —acogiendo definitivamente la denominación de concesión de obras y servicios y no la de «contrato de concesión de obras públicas» y de «contrato de gestión de servicios públicos», respectivamente— o, si por el contrario, tal y como se viene oyendo en los foros, crea una Ley o Código de Contratos del Sector Público omnicompreensivo de los diferentes sectores regulados en el nuevo paquete legislativo europeo.

Otro tanto debe decirse respecto a la *Comunidad Foral de Navarra*, si bien me remito al Título IV del presente Trabajo.

Además, para no reincidir en los mismos errores que en el pasado sería bueno que tanto el legislador estatal como el foral omitan toda referencia al contrato de gestión de servicios públicos para referirse a las concesiones de servicios, de tal forma que se impute a esta última denominación la gestión indirecta de los servicios públicos mediante concesión.

Asimismo, de las distintas formas de gestión indirecta de los servicios públicos, el legislador estatal en su labor de implementación debería eliminar de aquéllas: (i) el concierto (que como tal no es un servicio público sino una actividad de fomento conforme a la doctrina clásica sentada por JORDANA DE POZAS sobre fomento, servicio público y policía; no obstante lo cual fue introducido como servicio público con la LCE de 1965), que sólo será una concesión de servicios si existe una transferencia del riesgo operacional. De lo contrario, será tipificado como un contrato de servicios; (ii) la gestión interesada (en la que se reparte el riesgo de explotación entre la Administración y el empresario) y (iii) la sociedad de economía mixta (forma institucionalizada de colaboración público-privada o entramado organizativo) (18). Argumentos extrapolables al legislador foral, a los que debe añadirse la supresión del (iv) arrendamiento

---

(17) RIBERA SALA (1998: p. 41) afirma: «De la bellota nacerá la encina y no cualquier otro tipo de árbol. Conociendo la encina podemos comprender la bellota, pero no a la inversa. De la semilla no se puede “deducir” el árbol. Sólo al término del proceso, una vez ha culminado su despliegue, podemos entender el principio del proceso y al proceso mismo en su conjunto».

(18) Vid. Informe 2/2014, de 22 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (en adelante, JCCAA), FJ 4º.

(art. 202 LFAL) como forma de gestión de servicios públicos, ya que, como el concierto, sólo será concesión de servicios si existe transferencia del riesgo de explotación. En caso contrario, será un contrato de asistencia (19).

En definitiva, sería conveniente que el legislador conciba como *única* forma de gestión indirecta de los servicios públicos la concesión de servicios y, por analogía, la de obras.

Sentadas las bases en la Directiva 2014/23, considero que, tanto a nivel estatal como de la Comunidad Foral de Navarra, no es preciso establecer leyes específicas para las concesiones, sino que basta con su integración en un Título *ad hoc* de las respectivas leyes o códigos, estatal y foral, que transponga la Directiva general de contratos públicos.

### **C) Marco jurídico**

Con la aprobación de la Directiva 2014/23 el marco jurídico concesional europeo ha variado sustancialmente, siendo las novedades más relevantes:

— Establecer una regulación autónoma para las concesiones, separándola definitivamente del resto de contratos públicos.

— Armonizar el régimen jurídico aplicable tanto a las ya tradicionales concesiones de obras públicas (absorbidas por el más genérico concepto de concesiones de obras) como las olvidadas concesiones de *servicios*, cuyo valor iguale o supere los 5.186.000 euros, IVA excluido.

— Regular las concesiones de todos los sectores de la contratación pública de la UE, comprendiendo el sector clásico (Directiva 2014/24); los sectores especiales (Directiva 2014/25) y el sector de la defensa y seguridad (Directiva 2009/81), a salvo las especialidades previstas para cada uno de ellos.

— Ampliar el campo de acción a materias no previstas anteriormente, como son las relativas al régimen de modificación de las concesiones (aclarando cuándo es necesario un nuevo proceso de licitación según aquélla sea o no sustancial), la subcontratación, la resolución anticipada de la concesión en determinados supuestos y los recursos.

### **D) Cuatro grandes objetivos**

A mi juicio, los cuatro grandes objetivos perseguidos por la Directiva 2014/23 son:

1. Aclarar la definición de concesión, en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional.

---

(19) Vid. Título IV, Punto 2º del presente Trabajo.

2. Establecer un marco jurídico adecuado, equilibrado y flexible mediante la creación de un texto «light» (20) que aclare y simplifique las cosas e introduzca una cierta coherencia y seguridad jurídica en la aplicación de las concesiones por parte de los Estados miembros.

3. Maximizar la rentabilidad de las inversiones públicas de tal forma que los ciudadanos puedan disfrutar de unos servicios de calidad al mejor precio.

4. Garantizar y facilitar el acceso al mercado de las concesiones a todos los operadores económicos de la UE, en particular a las PYME.

## E) Política continuista de los servicios públicos

Mención especial refiere el respeto a los servicios públicos contenido en la Directiva 2014/23.

Su considerando 5 reconoce la libertad de los Estados miembros para realizar las obras o prestar servicios directamente al público o para externalizarlos mediante su delegación a terceros, en aras a la consecución de sus objetivos de interés público.

El considerando 6 declara la libertad de los Estados miembros para decidir la forma de organizar la prestación de servicios, ya sea como servicios de interés económico general (21), como servicios no económicos de interés general (22) (excluidos ex art. 4.2 de la Directiva 2014/23), o ambos combinados.

---

(20) En este contexto, destacar como una diferencia fundamental entre la Directiva 2014/23 y la Directiva 2014/24, es que la primera establece una «coordinación mínima» (Cdos. 8 y 87) que permite a los Estados miembros completarla y desarrollarla, frente al grado de detalle de la Directiva general. LAZO VITORIA (2014: p. 10) lo explica del siguiente modo: «Se propone, en cambio, una regulación “aligerada” de los aspectos más relevantes pero reconociendo, al mismo tiempo, un amplio margen a los Estados miembros para establecer sus propias soluciones organizativas y procedimentales. Así, por ejemplo, se regula cuidadosamente la publicidad de los contratos de concesión pero, en contraste, no se incluyen disposiciones relativas a los procedimientos de adjudicación (denominación, tipología, requisitos, plazos, etc.), sino que sólo determinados requisitos genéricos, aplicables a la estructura del procedimiento que en cada caso se aplique».

(21) SÁNCHEZ MORÓN (2011: p. 771) indica que los servicios económicos de interés general «consisten en una actividad por la que se ofrecen bienes y servicios a un determinado mercado. Se distinguen de las actividades puramente mercantiles porque están sujetos a las citadas obligaciones específicas de servicio público, que les son impuestas por la legislación y por las autoridades públicas, (...) Entre ellos se encuentran los grandes servicios económicos organizados *en redes*, tales como el transporte, los servicios postales, la energía y las telecomunicaciones, (...) pueden ser de *titularidad pública o privada*. (...) No obstante, lo característico es que los poderes públicos no hacen dejación, en relación con todos estos servicios, de las responsabilidades que les corresponden para garantizar el interés general».

(22) El punto 2.1 de la Comunicación de la Comisión de 20.11.2007 COM(2007) 725 final, define los servicios no económicos: «estos servicios, que generalmente son prerro-

Asimismo, las autoridades nacionales, regionales y locales tienen libertad tanto para definir, de acuerdo con el Derecho de la Unión, los servicios económicos de interés general, su ámbito de aplicación y caracteres, como para prestarlos, encargarlos y financiarlos.

Libertades erigidas en «principio de libertad de administración de las autoridades públicas» en el artículo 2.1 de la Directiva 2014/23, siempre que quede garantizado un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos.

Este artículo 2.1 de la Directiva 2014/23 no estaba inicialmente previsto en el texto de la Comisión, pero como señaló el ponente Sr. Juvín en la precitada Conferencia de 19 de marzo de 2014, tras una reunión con un grupo de lobbystas, se decidió incluirlo con base en el texto constitucional francés.

Otros no niegan que la Constitución francesa prevea tales libertades, si bien consideran que, en el ámbito de la UE, el Tratado de Lisboa de 2007 es el marco jurídico de referencia.

Además, para acallar las críticas suscitadas de que la nueva Directiva supondría la privatización de los servicios públicos (el ejemplo más claro es el sector del agua), tanto el considerando 7 como el artículo 2.2 de la Directiva 2014/23, garantizan que ésta no pretende ser un cauce privatizador de los servicios públicos.

## 2. Aplicación directa

Como ya advirtiera RAZQUIN LIZARRAGA (1996: pp. 103-106) el ingreso de España en las Comunidades Europeas tuvo, entre otros efectos, la inmediata

---

gativas tradicionales de los Estados, como la policía, la justicia y los regímenes obligatorios de seguridad social, no se someten a leyes concretas de la UE, ni están cubiertos por las normas del Tratado sobre mercado interior y competencia. Algunos aspectos de la organización de estos servicios pueden estar sujetos a otras normas del Tratado, como el principio de no discriminación». SÁNCHEZ MORÓN (2011: p. 773) indica que «los servicios de interés general no económicos son aquellos en que no predomina la finalidad lucrativa sino otra de naturaleza cívica o social». Considera que no están sujetos al principio de libre competencia, con lo cual los Estados miembros pueden reservarlos a una Administración o atribuir derechos exclusivos o especiales de gestión del servicio a otros entes, siempre que se respete el principio de no discriminación y, cuando proceda, los propios de la contratación pública. Cita, conforme a la jurisprudencia del TJUE y a la Comisión Europea, como ejemplos de tales servicios la educación, la sanidad, los regímenes de Seguridad Social obligatorios, los servicios sociales o asistenciales y los servicios culturales. Señala que la mayoría de los Estados miembros los organizan como servicios de titularidad pública o servicios públicos en sentido estricto, sin perjuicio de la participación privada.

aplicación en aquél del Derecho comunitario. Es decir, conforme al artículo 96.1 Constitución Española el ordenamiento jurídico comunitario pasó a ser parte integrante de nuestro derecho interno. Así constaba en los artículos 2 y 3 del Acta de Adhesión de España y Portugal, que establecían la aplicación del denominando acervo comunitario a los mismos.

Lo anterior significó, centrados en la materia que se examina, que de ahí en adelante España asumía la obligación de incorporar a su ordenamiento jurídico las Directivas de contratos públicos mediante la técnica de la transposición.

Así, el precitado autor observa como ya la jurisprudencia del entonces TJCE estableció que las Directivas eran, y son, plenamente aplicables en los Estados miembros, una vez transcurrido el plazo de adaptación y siempre que sean claras y precisas, permitiendo su aplicación directa. Ello implica su invocación por cualquier sujeto de derecho (otros Estados miembros, las empresas o los ciudadanos) contra el Estado incumplidor.

Ahora bien, matizado queda que se trata de una aplicación directa *diferida*, a diferencia de la inmediata y prevalente de los reglamentos desde su publicación en el DOUE, dado que es precisa su integración en el ordenamiento jurídico mediante el recurso a la aludida técnica de la transposición.

Según la Comisión Europea (23):

- Los reglamentos equivalen a las leyes nacionales, salvo que se aplican en todos los países miembros.
- Las directivas sientan principios básicos, pero dejan su puesta en práctica en manos de los gobiernos a través de las respectivas normativas nacionales.

### **3. Entrada en vigor. Plazo de transposición**

#### **A) Entrada en vigor**

El artículo 54 de la Directiva 2014/23 establece que la misma entrará en vigor a los 20 días de su publicación en el DOUE. Considerando que esta se produjo el 28 de marzo de 2014, la misma está plenamente vigente desde el 17 de abril de 2014.

Dicho artículo establece, además, que la Directiva no se aplicará a la adjudicación de concesiones ofrecidas o adjudicadas antes del 17 de abril de 2014.

---

(23) Información que puede consultarse en la página web de la Comisión Europea.

## **B) Plazo de transposición**

El artículo 51 de la Directiva 2014/23 habilita un plazo de dos años desde su entrada en vigor para que los Estados miembros adopten las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir con la misma, siendo, por tanto, la fecha tope el 18 de abril de 2016.

## **C) Falta de transposición e irregularidades. Efecto directo**

La no transposición en plazo de una directiva, su transposición parcial o incorrecta produce el efecto general de permitir a los ciudadanos invocar su efecto directo ante los tribunales nacionales. Para ello, la directiva debe reunir dos requisitos:

- que sus normas sean claras y precisas,
- que el mandato contenido en ella sea incondicional, en el sentido de no dejar margen de discrecionalidad a los Estados miembros.

No obstante, también se prevé la posibilidad de que la Comisión Europea o los Estados miembros, previo sometimiento de la Comisión (art. 259 TFUE), interpongan frente al Estado infractor recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia. Si éste reconoce la existencia de incumplimiento, dictará una primera sentencia con las medidas a adoptar por el Estado miembro para remediar la situación.

Posteriormente, si la Comisión considera que el Estado miembro no ha adoptado las medidas necesarias, recurre una segunda vez al Tribunal de Justicia. Si este órgano confirma que el Estado miembro ha incumplido su primera sentencia, puede imponerle el pago de una multa, a propuesta de la Comisión (art. 260 TFUE).

En consecuencia, considerando lo innovador de la Directiva 2014/23, la existencia en varios Estados miembros de una legislación consolidada en la materia (entre otros, España, Francia y Portugal) y su carencia en otros (Italia, por ejemplo, lo que le va a suponer un desafío enorme), sería conveniente una estrecha colaboración entre todos los agentes implicados para una correcta implementación de la Directiva.

## **4. Estructura**

La Directiva 2014/23 va precedida de una Exposición de Motivos que consta de 87 considerandos, los cuales son relevantes porque explican el sentido y la interpretación que se le quiere dar al articulado.

Se divide en cinco Títulos referidos, respectivamente, al objeto, ámbito de aplicación, principios generales y definiciones (arts. 1-29), las normas en

materia de adjudicación de concesiones (arts. 30-41), las normas relativas a la ejecución (arts. 42-45), el sistema de recursos (arts. 46-47), y las delegaciones de poderes, competencias de ejecución y disposiciones finales (arts. 48-55).

El esquema se completa con 11 anexos.

## **5. Definición de concesión. El riesgo operacional**

### **A) Concepto de concesión**

A mi juicio es la principal novedad de la Directiva 2014/23, puesto que la concesión ya no se define por referencia al propio objeto del contrato (24), sino sobre la base de la existencia de explotación de la obra o servicio, por remisión al concepto de riesgo operacional (de explotación).

Su considerando 11 define qué son las concesiones (25):

«Las concesiones son contratos a título oneroso mediante los cuales uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios a uno o más operadores económicos. El objeto de dichos contratos es la contratación de obras o servicios mediante una concesión cuya contrapartida consiste en el derecho a explotar las obras o servicios, o este mismo derecho en conjunción con un pago. Estos contratos pueden conllevar o no la transferencia de la propiedad a los poderes o entidades adjudicadores, pero estos obtienen siempre los beneficios derivados de las obras o servicios».

Junto a ello, el artículo 5.1 de la Directiva 2014/23 introduce la nota esencial del *riesgo operacional* (26), conforme a la jurisprudencia del TJUE, condición *sine qua non* para que exista concesión:

---

(24) PFLUEGER TEJERO (2013: p. 4) defiende que para distinguir el contrato de concesión del resto de contratos públicos debe tenerse presente que: «El rasgo esencial que caracteriza a la concesión no es el propio objeto del contrato, por ejemplo la explotación del servicio, pues esta nota también la posee el contrato de servicios, sino la transferencia del riesgo económico en la prestación del servicio al concesionario».

(25) El artículo 5.1 de la Directiva 2014/23 conceptúa las concesiones de obras o servicios. Para evitar reiteraciones indebidas, haré referencia a ambas definiciones al tratar su ámbito de aplicación objetivo.

(26) El considerando 18 de la Directiva 2014/23 establece: «Por lo tanto, debe aclararse la definición de “concesión”, en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional. La característica principal de una concesión, el derecho a 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».

«La adjudicación de las concesiones de obras o servicios 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. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres de mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable».

En definitiva: la característica principal de una concesión es la explotación. Por lo tanto, con la Directiva 2014/23 para que haya explotación, tiene que haber riesgo (27).

## **B) El riesgo operacional**

### **a) Ambigüedad del término**

La Directiva 2014/23 no recoge un concepto preciso de riesgo operacional, sino que lo construye con base en determinados criterios que necesariamente deben concurrir (inseguridad en la recuperación de las inversiones, riesgo de exposición «real» a las incertidumbres del mercado, condiciones normales de funcionamiento, etc.) (28).

Ahora bien, estos criterios no son categóricos. Es decir, no permiten saber, *ex ante*, en todo caso y para siempre, cuándo se ha transferido el riesgo.

¿Cuál es la razón de esa indefinición? Las concesiones son muy variadas y, por ende, cada una presenta unos caracteres propios (no es lo mismo, por ejemplo, la explotación de una autopista que la de una guardería). Esto acentúa la complejidad de las concesiones e impide fijar con precisión un concepto definitivo de riesgo operacional.

---

(27) El Informe 2/2014, de 22 de enero, de la JCAA, FJ 4º indica: «Puesto que, la diferencia fundamental entre contrato de servicios y concesión de servicio ya no es el destinatario de la prestación, sino el régimen de explotación, la prestación de un mismo servicio público —es decir un servicio asumido como propio por la entidad adjudicadora— podrá configurarse como contrato de gestión de servicio público en régimen de concesión o como contrato de servicio, dependiendo de cómo se concreten en los pliegos las condiciones de prestación del servicio, el régimen retributivo y el reparto de riesgos».

(28) En España, el Informe 80/2013 de la JCCA introdujo como criterio complementario al de la transferencia del riesgo de explotación al concesionario, el de que este asuma en mayor o menor medida la organización del servicio, a salvo las potestades de policía de la Administración concedente. Transferencia de la organización del servicio que califica como «exigencia lógica de la propia asunción del riesgo de explotación».

Así por ejemplo, durante la tramitación (29) de la Directiva 2014/23 se estudió la necesidad de fijar el porcentaje de riesgo que el poder o entidad adjudicadora tenían que transferir al concesionario para poder concluir con certeza cuándo existía una concesión. Se llegó a la conclusión de que era imposible fijar tal porcentaje en atención al casuismo inherente a las concesiones.

Por lo tanto, considero que el concepto de riesgo operacional es un término ambiguo que impide definirlo hasta sus últimas consecuencias, por lo que deberá analizarse cada supuesto concreto, siendo preciso acudir al TJUE en numerosas ocasiones.

Casuismo ya sostenido por LAZO VITORIA (2013: p. 153) en relación con el problema de la distribución de riesgos («qué riesgos, cómo y en qué medida deben ser transferidos»), señalando que «la citada distribución de riesgos se realiza necesariamente *ad casum*». Observa como las características de los contratos de concesión (larga duración, complejidad, etc.), impiden tipificar *ab initio* un listado estandarizado de riesgos, puesto que su concreción queda supeditada a las peculiaridades de la explotación de cada obra o servicio en particular.

## **b) Criterios interpretativos**

El concepto de riesgo operacional precisa de los siguientes matices:

- «debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado» (Cdo. 20) y debe ser una exposición «real» que suponga que las posibles pérdidas no sean irrelevantes o ínfimas (art. 5.1);

Este criterio está extraído de la jurisprudencia del TJUE. En este sentido, la Sentencia del TJUE, de 10 de marzo de 2011 (asunto C-274/09, *Privater*) lo define del siguiente modo:

«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 insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, *Contse* y otros, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y *Hans & Christophorus Oymanns*, antes citada, apartado 74)» (ap. 37).

---

(29) Así se indica en la Conferencia sobre las nuevas normas de la UE relativa a adquisiciones y concesiones, celebrada el día 19 de marzo de 2014 en Bruselas, ya citada.

El Informe 2/2014, de 22 de enero, de la JCCAA, FJ 3º, define el riesgo de explotación por remisión a la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre las concesiones en el derecho comunitario del año 2000, de 12 abril:

«El «riesgo de explotación» lo define la Comunicación como la responsabilidad sobre los aspectos técnicos, financieros y de gestión, que va más allá del riesgo inherente a un contrato público, de tal forma que el concesionario asume los riesgos que derivan de las modificaciones normativas que afectan al objeto de la prestación (con excepción de los supuestos de *factum principis*), de las obsolescencias técnicas, etc., que son especialmente importantes en plazos de ejecución largos, como suele ser típico en todas las concesiones)».

- 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;

Procede traer a colación la jurisprudencia del TS sobre la diferente naturaleza jurídica de los contratos y concesiones; entre otras, la Sentencia de 14 de febrero de 1986, RJ 1986\1582, FJ 2º,

«(...) aunque es cierto que el párrafo primero del artículo 116 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RCL 1956\85 y NDL 22516) establece la aplicabilidad subsidiaria del Reglamento de Contratación de tales Entidades (RCL 1953\1054 y NDL 22515) y que, normalmente, el otorgamiento de una concesión reviste los caracteres externos de un contrato administrativo, no todas las normas de éstos son aplicables en el ámbito de las concesiones y así, mientras los contratos responden al principio de riesgo y ventura, que recoge expresamente el artículo 57 del segundo de los Reglamentos citados, tal principio no es aplicable a la esfera de las concesiones, ya que para éstas el principio aplicable es el del equilibrio financiero de la concesión», o

de igual modo, la Sentencia de 6 de marzo de 1999, RJ 1999\1983, FJ 3º:

«(...) que a diferencia de los contratos administrativos, que se rigen por el principio de riesgo y ventura del contratista, las concesiones lo hacen por el del equilibrio financiero».

LAZO VITORIA (2013: pp. 153-154) ya indicó que el riesgo operacional tiene una «formulación más estricta del principio de riesgo y ventura». Posición que mantiene HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2015: pp. 12-13) indicando que «el riesgo operacional va a tener un significado más restrictivo que el riesgo y ventura inherente a la ejecución de todo contrato público», además de que «aunque previsible, debe ser *incierto*».

Concepción estricta que suscribe GIMENO FELIÚ (2014: p. 77) al rebatir la propuesta de la precitada autora de flexibilizar el concepto de «riesgo operacional sustancial» contenido en la propuesta de Directiva, opinando al

respecto que «no parece sencillo, dado que la nueva normativa comunitaria parece bloquear el concepto, lo que limita (sino excluye) cualquier posibilidad de flexibilización a adaptación».

Otros, como GONZÁLEZ DE OLANO y NAVARRO MANICH (30) y PFLUEGER TEJERO (2013: pp. 4-5) opinan que el riesgo operacional se ajusta, en general, al clásico principio de riesgo y ventura contractual, particularmente en las concesiones.

El considerando 20 de la Directiva 2014/23 advierte que el riesgo operacional «debe derivarse de factores que escapen al control de las partes», por lo que el “riesgo vinculado” fuerza mayor no es un factor determinante para calificar el contrato como concesión, por ser un riesgo consustancial a todo contrato.

Si bien suscribo esa puntualización —la fuerza mayor es un acontecimiento extraordinario totalmente ajeno a la voluntad de las partes (art. 231 TRLCSP)—, llama mi atención el hecho de que, de acontecer la misma, sólo sea compensada parcialmente (Cdo. 19).

Considerando que la fuerza mayor es una de las excepciones al principio de riesgo y ventura que permite restablecer el equilibrio económico, en lo que ahora interesa, en favor del concesionario, ese abono parcial supone, a mi juicio, incrementar los riesgos que aquél debe asumir, ya que la Administración no va a tener la obligación de asegurar «los rendimientos mínimos acordados en el contrato» [ap.3, último inciso, del art. 258 del TRLCSP / ap.2, b)], precisamente para no desnaturalizar la concesión.

Además, se infiere que para que proceda dicha compensación, es necesario que la prevean los pliegos (Cdo. 19), lo que la limita a los supuestos del artículo 106 TRLCSP y no a los de su artículo 107.1, c) / 223, g) (compreensivo tanto de la fuerza mayor como del caso fortuito).

Esto último resulta contradictorio, pues la fuerza mayor —por analogía, la teoría del riesgo imprevisible— no es un acontecimiento susceptible de previsión

---

(30) Ambos (2014: pp. 46-47) se preguntan si la obligación de responsabilidad patrimonial de la Administración del artículo 271 TRLCSP derivada de resolución del contrato es contraria a la exigencia de que el concesionario asuma el riesgo operacional y si, conforme al considerando 19, tal responsabilidad sólo procede cuando sea imputable a la Administración o a causas de fuerza mayor, concluyendo en sentido negativo por dos motivos: (i) «Porque el “riesgo operacional” alude al riesgo asumido por el concesionario “en condiciones normales de funcionamiento” (artículo 5.1 de la Directiva), no ante un supuesto de resolución anticipada de la concesión, ni siquiera en aquellos supuestos en los que tal resolución pueda ser imputable al concesionario (...); (ii) «Porque el abono al concesionario de la inversión patrimonial (particularmente los supuestos de concesión de obras, donde previsiblemente la inversión será mayor que en las concesiones de servicios), responde a una exigencia derivada del principio de previsión de enriquecimiento injusto».

en los pliegos [art. 43.1, c) Directiva 2014/23], por lo que los supuestos del artículo 107.1, c) TRLCSP pareciera que debieran ser asumidos también por el concesionario.

En consecuencia, comparto dicha concepción restrictiva del riesgo operacional por considerarlo un concepto *más exigente y gravoso* para el concesionario, y, por tanto, diferente del clásico principio de riesgo y ventura.

Por ello, sería bueno que el legislador omitiera en la futura regulación toda referencia al principio del riesgo y ventura para referirse a las concesiones, sustituyéndolo por el concepto de riesgo operacional y aclarando los supuestos que dan lugar al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, la distribución de los riesgos y el sistema de financiación de las concesiones.

• «puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro» (31).

Debe entenderse por riesgo:

— de demanda: el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Es decir, según el uso que se haga de las infraestructuras o de los servicios.

— de suministro o 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 (Cdo. 20).

Como acabo de señalar, ambos riesgos se corresponden, respectivamente, con el riesgo de uso y de disponibilidad (32) de la Propuesta de Directiva. Simplemente ha variado la denominación.

---

(31) La Propuesta de Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión [COM [2011] 897 final, 2011/0437 [COD], de 20.12.2011) recogía en el artículo 2.2 in fine dos tipos de riesgos económicos (el actual riesgo operacional): el riesgo «de uso» y el riesgo «de disponibilidad», que se corresponden respectivamente, a mi juicio, con el riesgo *de demanda* y el riesgo *de suministro* o *de oferta* de la Directiva 2014/23. Dicha Propuesta definía el riesgo de uso como el relacionado con la utilización de las obras o la demanda de prestación del servicio y el riesgo de disponibilidad como el riesgo relacionado con la disponibilidad de las infraestructuras proporcionadas por el concesionario o utilizadas para la prestación de servicios a los usuarios.

(32) La Resolución del TARC de la Junta de Andalucía 214/2014, de 10 de noviembre, sobre gestión indirecta mediante concesión del servicio público de la Escuela Infantil Municipal «Garabatos» de Lebrija (Sevilla), FJ 4º, señala: «El riesgo de disponibilidad se aplica a las consecuencias derivadas de la falta de cumplimiento de las prestaciones objeto del servicio por el adjudicatario, bien se trate de la reducción de los pagos o la imposición de sanciones. Pero en todo caso dichas consecuencias deben tener un efecto importante sobre los ingresos del adjudicatario y no ser algo puramente simbólico o cosmético, tal y como se desprende de la Decisión de Eurostat antes citada. En caso contrario, cuando los pagos de la Administración contratante son iguales o con escasas modificaciones cualquiera que fuera el grado de cumplimiento del contrato se podría afirmar que no hay riesgo de disponibilidad. (...) Por otro

La Sentencia del TJUE, de 10 de noviembre de 2011 (asunto C-348/10, Norma A y Dekom), define en qué consisten ambos tipos de riesgo:

«Existe riesgo de explotación de la obra o del servicio (riesgos económicos) cuando los ingresos del socio privado dependen de la demanda de la utilización de la obra o de la demanda del servicio por parte de los usuarios finales (riesgo de demanda) o de que el servicio se ofrezca a los destinatarios finales conforme a los requisitos establecidos en el contrato de concesión (riesgo de disponibilidad), o bien cuando los ingresos dependen tanto del riesgo de demanda como del riesgo de disponibilidad» (ap. 13).

- «debe transferirse la totalidad o una parte significativa del mismo desde el poder o entidad adjudicadora al concesionario, aunque este riesgo sea muy limitado» (art. 5.1); «si bien parte (33) del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador» (Cdo. 18).

En ese sentido, la Sentencia del TJUE (34) de 10 de septiembre de 2009 (asunto C-206/08, Eurawasser) señala en su fallo que:

«(...) siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídica pública de los servicios».

- Debe ser de «carácter económico» (Cdo. 18), siendo un criterio evaluador el «valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario» (Cdo. 20).

- «debe derivarse de factores que escapan al control de las partes».

Por tanto, los riesgos vinculados a la mala gestión, a incumplimientos contractuales por el concesionario o a causas de fuerza mayor (o caso fortuito), no son determinantes para clasificar como tal una concesión, dado que los mismos son inherentes a cualquier contrato, sea contrato público o concesión (35) (Cdo. 20).

---

lado, el riesgo de demanda cubre las variaciones que pueden producirse a lo largo de la vida del contrato de la demanda de los servicios, debidos a factores ajenos. En el caso de que la Administración contratante se obligue a pagar con independencia del nivel de demanda real no se produce ninguna transmisión del riesgo (...).

(33) HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2015: p.11) opina que «No puede ser de otra manera, pues como admite el TJ, no sería razonable exigir a la autoridad pública concedente transferir riesgos económicos superiores a las que existe en el sector de acuerdo con la normativa aplicable (sobre los que la entidad adjudicadora carece de margen de decisión)».

(34) Doctrina reiterada posteriormente, entre otras, en Sentencia de 10 de marzo de 2011 (asunto C-274/09, Privater), apartados 29 y 34, y en Sentencia de 10 de noviembre de 2011 (asunto C-348/10, Norma A y Dekom), apartados 44 y 45.

(35) Por el contrario, COYLE CHARLES (2014: pp. 1-2) concibe el riesgo vinculado a la mala gestión como riesgo de disponibilidad y se pregunta «si dentro del concepto de riesgo

Criterio procedente de la Sentencia del TJUE de 10 de marzo de 2011 (asunto C-274/09, *Privater*), indicando que no constituyen riesgos de explotación:

«En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios» (ap. 38).

### **c) No asunción del riesgo por el concesionario**

Se establecen límites que impiden clasificar un contrato como una concesión, si:

— el contrato no conlleva pagos al contratista y éste percibe su retribución según tarifas reglamentadas que cubran la totalidad de los costes e inversiones soportados (Cdo. 17).

— el poder o la entidad adjudicadora establecen una regulación específica que alivie al concesionario de posibles pérdidas que le garanticen unos ingresos mínimos iguales o superiores a las inversiones y costes que aquél deba asumir en relación con la ejecución del contrato (Cdos. 18 y 19).

Ejemplo de esta regulación garantista es, entre otras, la citada Sentencia del TJUE, de 10 de noviembre de 2011 (asunto C-348/10, *Norma A y Dekom*), que califica como contrato de servicios, y no de concesión de servicios, la prestación del servicio de transporte público por autobús en la ciudad letona de Luzda y su comarca. Dicho servicio es retribuido por los usuarios conforme a las tarifas reglamentadas, sin perjuicio del deber de la entidad adjudicadora de compensar al contratista las eventuales pérdidas derivadas de la explotación, además de otras indemnizaciones y beneficios previstos en los PCAP (aps. 51-55). Por ello, el Tribunal entiende que no hay una transferencia significativa del riesgo.

A nivel nacional, cabe citar las siguientes Resoluciones del TACRC:

— Resolución 215/2014, de 14 de marzo, relativa a la gestión del servicio público denominado «Punto de Encuentro Familiar de Ourense». En puridad, se trataba de un contrato de servicios porque el concesionario no asumía el riesgo:

«(...) el candidato que resulte adjudicatario no asumirá ningún riesgo derivado de la explotación del servicio, pues su retribución se abonará por la Administración mensualmente, sin que de ninguna de las estipulaciones de los Pliegos se infiera

---

de oferta puede o no puede subsumirse el riesgo de disponibilidad», concluyendo que éste está excluido de la Directiva 2014/23.

que el importe dependa del número de visitas o intervenciones que efectivamente se lleven a cabo en el Punto de encuentro familiar; lo único que resulta de aquéllos es que el pago se hará a mensualidades vencidas, previa presentación de la factura, "de acuerdo con el precio que resulte de la adjudicación" que, por lo demás, se fija a tanto alzado. Sólo se prevé que el precio pueda variar en los casos en los que la prestación del servicio no llegue a iniciarse el 1 de enero de 2014, hipótesis en la que se reducirá proporcionalmente al tiempo de ejecución.

Como se apreciará, pues, la retribución del contratista es en realidad la propia de un contrato de servicios, sin que esté vinculada en modo alguno a la demanda que pueda hacerse del servicio, como correspondería si se tratara de una verdadera concesión. En consecuencia, este Tribunal considera que la forma de retribución prevista excluye cualquier asunción del riesgo por parte del contratista, con lo que debe descartarse la existencia de un contrato de gestión de servicios públicos».

— Resolución 341/2014, de 30 de abril, sobre la gestión del servicio público mediante la modalidad de concesión, de recogida y transporte de residuos generados en el término municipal de Artà (Islas Baleares) y de servicios de limpieza viaria. Se calificó como contrato de gestión de servicios públicos pero, realmente, era un contrato de servicios porque la prestación del servicio la pagaba el Ayuntamiento:

«Del examen del PCAP y en concreto de la cláusula 4 relativa a los «Importes del Contrato» se desprenden que la retribución al contratista por parte del Ayuntamiento no deviene de la explotación de un servicio sometido a la incertidumbre de la demanda y de los precios de mercado, sino de la prestación de un servicio público obligatorio a usuarios determinados y sin competencia a cambio de un precio prefijado en la adjudicación por lo que, a juicio de este Tribunal, la figura del contratista lejos de asimilarse al concesionario se asimila a lo que en términos de la Directiva 2007/18 y la propia LCSP denomina prestador de servicios.

Es cierto que la cláusula decimoctava del PCAP prevé, entre las obligaciones del contratista, la de "percibir de los usuarios del servicio las tarifas aprobadas por la Administración concedente por la gestión y explotación del servicio". No obstante, ello no supone, por sí mismo, que nos encontremos en presencia de un contrato de concesión de servicio público ya que, por una lado, existe una retribución fija a favor del contratista que se abona por el Ayuntamiento y, por otro lado, y con carácter fundamental, porque la posibilidad de percibir una tarifa de los usuarios del servicio no altera en modo alguno la apreciación de que, en el contrato que nos ocupa, no se produce, siquiera parcialmente, la traslación al contratista del riesgo derivado de la ejecución del contrato.

A la vista de lo anterior, entiende este Tribunal que en realidad nos encontramos ante un contrato de servicios en el que la retribución del contratista la satisface directamente el Ayuntamiento independientemente del grado de utilización de los servicios por los usuarios sin que el contratista asuma riesgo alguno en la explotación del servicio».

#### d) Transferencia del riesgo

Especial relevancia adquiere comprobar cuándo se haya transferido la totalidad o una parte significativa del riesgo operacional al concesionario. En función de ello, y *no de la calificación* del contrato que el poder o entidad adjudicadora hagan (36), tipificaremos un contrato como contrato público de obras o servicios o como una concesión.

En la actualidad, el TRLCSP establece diferentes consecuencias según el poder o la entidad adjudicadora califiquen un contrato como de obras o servicios o como una concesión. En el primer caso, aquéllas serán procedimentales (publicidad, adjudicación y recursos) y sustantivas (plazo, modificaciones y equilibrio financiero). En el segundo, puramente procedimentales (37).

Otra consecuencia muy significativa es que en la actual situación de crisis económica y ajuste presupuestario en que están inmersos los Estados miembros, en concreto, su sector público, recurrir a la técnica concesional puede ser muy interesante. ¿Por qué?, sencillamente porque las concesiones, a diferencia de los contratos públicos, no computan déficit según la Decisión 18/2004 de Eurostat. Es decir, al trasladarse el riesgo operacional al concesionario, la obra o servicio objeto de concesión no forman parte del activo de la Administración Pública y, por tanto, no entran en el perímetro de déficit ni endeudamiento del poder o entidad adjudicadora.

---

(36) Así lo avala el TJUE cuando señala que la calificación jurídica de los contratos es competencia del Derecho de la Unión Europea, no siendo relevante la calificación otorgada por los Estados miembros, ni la que le asignen las partes. Por todas, STJUE de 18 de enero de 2007 (asunto C-220/05, Jean Auroux y otros), apartado 40. En similares términos se pronuncia el TACRC en la Resolución núm. 421/2014, de 30 de mayo, sobre «gestión del servicio de recogida de basuras y otros para el Ayuntamiento de Mérida», FJ 3º: «En esta tesitura, es fácil concluir con que, pese al “nomen iuris” dado por los Pliegos, lo cierto es que estamos en presencia de un contrato de servicios y no de una concesión de servicios públicos. Por lo expuesto, y en consideración a la consolidada doctrina jurisprudencial que sostiene que los contratos son los que son según su naturaleza con independencia de la denominación dada por las partes (SSTS, Sala I, de 16 de mayo de 2000 —Roj STS 3952/2000— y 3 de noviembre de 2010 —Roj STS 6115/2010—, STS, Sala III, de 10 de julio de 2008 —Roj STS 5266/2008—)».

(37) RAZQUIN LIZARRAGA (2014: pp. 71-72) afirma lo siguiente: «Por un lado, si se considera contrato de servicios la regulación comunitaria afecta a importantes aspectos procedimentales (publicidad, adjudicación y recursos) como también de fondo (plazo, modificaciones y equilibrio financiero). Por otro, si se cobijan bajo la fórmula de concesión de servicios (y siempre que superen el umbral comunitario), la Propuesta de nueva Directiva sobre contratos de concesión se refiere a aspectos puramente procedimentales (publicidad, adjudicación y recursos), pero no incide de forma relevante sobre aspectos materiales del régimen del servicio público, que queda, a mi juicio, plenamente salvaguardado a pesar del concepto de riesgo operacional que introduce».

Retomando el artículo 5 de la Directiva 2014/23 y sus considerandos, sí se producirá una transferencia del riesgo operacional y la consiguiente exposición real a las incertidumbres del mercado, si:

a) el concesionario percibe su retribución exclusivamente del órgano de contratación siempre y cuando la recuperación de las inversiones y costes soportados por el concesionario dependa de la demanda o del suministro efectivo de los bienes o servicios (38) (Cdo. 18).

b) el riesgo está limitado desde el inicio; se limita en sectores con tarifas reglamentadas, o cuando se estipulen compensaciones parciales en caso de rescate del servicio o fuerza mayor (Cdo. 19).

### e) Distribución de riesgos

Considerando que la distribución de riesgos depende de las características de cada concesión y que *no siempre* va a ser necesario que se transfieran al concesionario todos ellos, se plantea la cuestión de en qué medida y con qué límites se produzca dicho reparto.

Desde la perspectiva de las concesiones de obra pública BERNAL BLAY (2010: pp. 258-265) considera que no cabe una aplicación «pura» del clásico principio de riesgo y ventura del contratista porque ello genera desconfianza y recelo entre los operadores económicos, conscientes de las altas probabilidades de no amortizar inversiones y cubrir costes (39).

Según dicho autor, un criterio particional útil es que el «el reparto de los riesgos entre concedente y concesionario debe efectuarse, en cada caso, en función de las respectivas aptitudes para gestionar de la manera más eficaz los riesgos en cuestión» (40).

---

(38) El hecho de que se prevea expresamente que la remuneración proceda exclusivamente del poder o entidad adjudicadora, abre diferentes vías de remuneración al concesionario. Así, éste puede percibir su contraprestación exclusivamente de los usuarios o de los poderes o entidades adjudicadoras, o bien de ambos conjuntamente según el sistema de tarifas y aportaciones y pagos previstos en los pliegos de cláusulas económicas. En este sentido, *vid.* Informe 2/2014 de la JCAA, de 22 de enero, FJ 3º: «Es indiferente que la retribución la obtenga el concesionario directamente de los usuarios o de la Administración».

(39) GIMENO FELIÚ (2014: pp. 77) opina que «De ahí la oposición o, cuando menos, fuertes recelos que la Directiva concesiones ha despertado en las empresas concesionarias españolas. Es imprescindible, como señala un reciente informe de la CEOE, que los riesgos que se transfieran al operador privado en virtud del contrato “no excedan de los que una diligente gestión empresarial pueda prever y asumir, es decir, aquellos que pueda gestionar”».

(40) Principio de aptitud previsto en la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre las concesiones en el derecho comunitario del año 2000, de 12 abril, p. 8. En este sentido, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2015: p. 9) afirma como la doctrina económica sigue este principio: «De acuerdo con esta premisa, se acepta que la mayor parte de los riesgos

Respecto a límites indicativos de no asunción del riesgo por el concesionario, reconoce la dificultad de adoptar criterios uniformes por la singularidad de cada concesión. Como ejemplo válido de asunción del riesgo refiere el artículo 140.1 LFCP que señala que la construcción y explotación de la concesión de obra pública es a riesgo y ventura del concesionario, si bien es compatible con diferentes sistemas de financiación y aportaciones de la Administración con el límite del 50 por ciento del valor estimado del contrato.

La CEOE (2013: pp. 26-31 y 77) distingue tres tipos de riesgos: (i) los imputables a la Administración o a los Poderes públicos (*ius variandi*); (ii) los inherentes a la prestación del contrato (riesgo y ventura u operacional) y (iii) los ajenos al control de la partes (fuerza mayor y riesgo imprevisible).

Esta Confederación, en consonancia con el principio de aptitud, considera necesario establecer un régimen de reparto eficiente y equitativo, tomando como criterio de distribución de riesgos el de que «cada parte asuma los propios que se deriven de su gestión».

VILLAR EZCURRA (2002: p. 75) en sus comentarios al Anteproyecto de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, apostó por «instrumentar un sistema de “gestión interesada” en el cual ambas partes compartieran los beneficios y los riesgos extraordinarios».

La relevancia que adquiere el principio de riesgo y ventura con la Directiva 2014/23 es criticada por VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA (2012: pp. 58-61) (41) porque es en detrimento del principio general de *aptitud* en el reparto de los riesgos, y de los principios-derechos del concesionario de *remuneración suficiente* y de *mantenimiento del equilibrio económico* de la concesión. Sobre estos últimos reprocha la falta de un reconocimiento expreso en la Propuesta de

---

*técnicos y económicos, así como los riesgos de financiación sean asumidos por el concesionario, mientras que los riesgos políticos (como es el riesgo regulatorio) y los derivados de fuerza mayor, correspondan a la entidad contratante. Más problemático resulta el denominado riesgo de demanda (fruto de la diferencia entre la demanda prevista y la demanda real), que suele repartirse entre las partes contratantes, con el fin de incentivar la iniciativa privada en grandes inversiones que exigen el esfuerzo compartido de los sectores público y privado».*

(41) Dicho autor (2012: p. 58) en relación a los riesgos necesarios para considerar un contrato como una concesión —riesgo de demanda y de disponibilidad— señala que: «No se incluye expresamente el riesgo de construcción (retrasos en la construcción, sobrecostos, incumplimiento de estándares de calidad, deficiencias técnicas y externalidades negativas), que ha de asumirse también mayoritariamente por el concesionario si se pretende que la infraestructura no consolide en las cuentas públicas». Además (pp. 59-60) no se opone a la asignación del riesgo de construcción y de disponibilidad al concesionario, ya que puede controlarlos mejor. Por el contrario, respecto al riesgo de demanda, dice que es difícil su control y gestión por el concesionario, como sucede con las autopistas de peaje, donde dicho riesgo depende del crecimiento económico, del urbanismo, o de la existencia de otras infraestructuras o modos de transporte o del fracaso de otras infraestructuras complementarias. Por ello, propone la eliminación o mitigación del riesgo de demanda del concesionario.

Directiva, ya que simplemente se infiere el derecho de remuneración suficiente en el artículo 16 del Proyecto de Directiva (art. 18.2 de la Directiva 2014/23).

La misma posición crítica mantiene LAZO VITORIA (2013: p. 156) cuando afirma que «mientras el legislador comunitario incluye en el «riesgo operacional sustancial» a los de uso y de disponibilidad, el mercado concesional (por lo menos en lo que respecta a las grandes infraestructuras de transporte) muestra una clara preferencia por retribuir al concesionario con base en estándares de disponibilidad».

Pese a tales críticas, la Directiva 2014/23 ha optado también por incluir el riesgo de demanda, lo que incrementa la variable riesgo según GIMENO FELLIÚ (2014: pp. 81-82) y «puede suponer no sólo una quiebra de los principios tradicionales, sino, principalmente, una limitación no querida por el propio texto ya que las instituciones comunitarias consideran estratégica esta nueva regulación de concesiones».

Dicho autor considera «inherente al concepto de riesgo operacional la idea de equilibrio económico del contrato y su aplicación dinámica» y, por ello, recomienda al legislador que regule adecuadamente el régimen de los riesgos concretando los casos de *factum principis*, la cláusula de progreso y los efectos del riesgo imprevisible, pese a considerarlo excluido de la Directiva 2014/23. De lo contrario, advierte que el capital privado será reacio a invertir su dinero en este tipo de contratos como consecuencia de la inseguridad jurídica que genera una deficiente regulación de los riesgos.

Además, recuerda que no debe acudir a la técnica del equilibrio del contrato cuando el concesionario no ha presentado el estudio económico de viabilidad, ya que «la administración desconoce los costes de explotación, las inversiones que debe realizar el contratista, y otros factores necesarios para determinar, en su momento, si la explotación del servicio es rentable o deficiente pese a los esfuerzos del contratista» (42).

En virtud de todo lo señalado, considero que el legislador habrá de ser sutil a la hora de implementar el concepto de riesgo operacional, de tal forma que el derecho al restablecimiento del equilibrio financiero del concesionario continúe siendo el contrapunto del tradicional principio de riesgo y ventura de los contratos (43).

---

(42) GIMENO FELLIÚ (2013: pp. 97-100).

(43) De este modo, ya señaló el TS en su Sentencia de 13 de noviembre de 1986, que «ha de ser compartida por la Administración contratante, asumiendo, parcialmente, con el concesionario, el riesgo y la ventura de la explotación (es decir, las consecuencias, que puedan derivar de los eventos, inicialmente excluidos de la concesión en cuanto ajenos a la construcción de la ecuación inherente a la misma), mediante un reparto equitativo de los perjuicios o una indemnización total o parcial de los detrimentos, con el fin de, siguiendo el principio de “rigidez del servicio público y flexibilidad del contrato”, mantener el equilibrio

Es decir, todas las excepciones (44) a ese principio clásico deberían seguir siendo respetadas tras el acomodo del nuevo concepto de riesgo operacional en nuestra legislación de concesiones.

## 6. Ámbito de aplicación

### A) Umbral económico

La Directiva 2014/23 sólo se aplica a las concesiones *cuyo valor sea igual o superior a 5.186.000 euros* (art. 8), sin perjuicio de su revisión, conforme al procedimiento previsto en su artículo 9, que toma como umbral de referencia el fijado en el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre Contratación Pública («ACP»).

El valor estimado de la concesión (en adelante, VEC) es el volumen de negocios total del concesionario generados durante la duración del contrato, IVA excluido, estimado por el órgano de contratación, en contrapartida de las obras o servicios objeto de la concesión, así como los suministros relacionados con las obras y servicios.

Si el valor de la concesión en el momento de la adjudicación supera más de un 20% su VEC, la estimación válida será el valor de la concesión en el momento de la adjudicación.

Para calcular el VEC, el artículo 8.3 establece una serie de criterios (valor de cualquier opción y prórrogas, pago de tasas y multas, pagos y ventajas financieras por el poder o entidad adjudicadora o terceros, venta de activos,...).

El artículo 8.4 señala que la elección del método de cálculo del VEC no puede hacerse con la intención de excluir la concesión del ámbito de aplicación

---

financiero de este último y evitar el colapso total que, por impotencia económica progresiva del contratista, sufriría el servicio concedido y el interés público a él anejo (...)» (la cursiva no es original).

(44) Son excepciones al principio de riesgo y ventura: (1) los casos de fuerza mayor [art. 231 TRLCSP y art. 153, f) LFCP] y (2) todas las técnicas comprendidas en el equilibrio financiero del contrato, cuales son:

a) modificación directa del contrato por el órgano de contratación: i) *ius variandi* [arts. 210 TRLCSP y 105, 157.2, a) y b) LFCP]; ii) suspensión de la ejecución del contrato;

b) revisión de precios: derecho *ex lege* para el contratista (arts. 89.1 TRLCSP y 116 LFCP); c) doctrina del riesgo imprevisible: i) *factum principis* [p.ej., arts. 286, d) TRLCSP y 165.1, f) LFCP] o alteración de la economía del contrato de forma indirecta por el órgano de contratación; ii) riesgo imprevisible [arts. 126.2, b), 127.2, b), 128.3.2 y 152.3 RSCL], unido a la cláusula *rebus sic stantibus*, exige que la aparición de un riesgo no previsto en el contrato altere sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, haciéndolo más oneroso para el contratista.

de la Directiva 2014/23, como tampoco fraccionarse su objeto con el mismo fin, salvo que concurran razones objetivas.

Si bien la Directiva 2014/23 no obliga a adjudicar por lotes separados («podrán» señala su art. 20.3), si se opta por hacerlo, deberá tenerse en cuenta el VEC total de todos los lotes. Si este valor acumulado iguala o supera los 5.186.000 euros, la Directiva 2014/23 se aplicará a la adjudicación de cada lote (art. 8.5 y 6).

## B) **Ámbito objetivo**

La Directiva 2014/23 se refiere a las *concesiones de obras o servicios* que superen el umbral económico ya señalado (art. 1).

El artículo 5.1 de la Directiva 2014/23 define las concesiones de obras o servicios:

— «concesión de obras»: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago;

— «concesión de servicios»: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago.

Respecto a los servicios, el artículo 4.1 de la Directiva 2014/23 la limita a los *servicios de interés económico general*, incluidos los sociales, sanitarios y educativos aunque con una regulación mínima, que impliquen obligaciones específicas de *servicio público*.

Así, y, sin perjuicio de la libertad de los Estados miembros para definir, organizar y financiar los servicios de interés económico general, la Comunicación de la Comisión de 20.11.2007 COM(2007) 725 final, enuncia, respecto de éstos, en su punto 2.1 que:

«(...) la prestación y organización de estos servicios se someten a las normas del Tratado CE sobre mercado interior y competencia, puesto que sus actividades son de carácter económico.

(...) Para que un servicio determinado sea considerado *actividad económica* en virtud de las normas de mercado interior (libre circulación de servicios y libertad de establecimiento), la característica esencial de un servicio es que tiene que prestarse a cambio de *remuneración*, pero no necesariamente tienen que pagar el servicio las personas que lo utilizan. La naturaleza económica de un servicio

no depende de la personalidad jurídica del que lo presta (como, por ejemplo, un organismo sin ánimo de lucro) o de la naturaleza del servicio, sino más bien de la forma en que se presta, organiza y financia una determinada actividad. En la práctica, aparte de las actividades relacionadas con el ejercicio del poder público, a las que no se aplican las normas del mercado interior con arreglo al artículo 45 del Tratado CE, se deduce que la gran mayoría de servicios puede considerarse «actividades económicas» conforme a las normas del Tratado CE en materia de mercado interior (artículos 43 y 49).

Además, pese a que las concesiones ya no se definen por referencia al objeto de los contratos de obras o servicios, conviene señalar en relación a éstos últimos que la Directiva 2014/24 (45) ha suprimido la distinción entre servicios prioritarios (Anexo II A) y no prioritarios (Anexo II B) de la Directiva 2004/18.

Por ello, la Directiva 2014/24 somete los servicios sociales y otros servicios específicos que igualen o superen los 750.000 euros (art. 74) a una regulación *mínima* en atención a su menor dimensión transfronteriza, ya que cada Estado miembro los presta en un contexto particular que varía mucho de uno a otro en atención a criterios culturales (Cdo. 114).

Siguiendo esta línea, la Directiva 2014/23 equipara todos los servicios y somete, asimismo, a una regulación mínima (46) las concesiones de servicios sociales y otros servicios específicos (sanitarios, educativos, culturales,... art. 19) del anexo IV, limitada a la publicación en el DOUE de un anuncio de licitación y otro de adjudicación de las concesiones que igualen o superen el umbral comunitario del artículo 8 de la Directiva 2014/23. Además, obliga a los Estados miembros a que garanticen la transparencia e igualdad de trato de todos los operadores económicos y la innovación (Cdo. 53).

---

(45) El considerando 113 de la Directiva 2014/24 establece el motivo de la supresión de esa tradicional distinción: «Los resultados del documento de trabajo de los servicios de la Comisión de 27 de junio de 2011 titulado «Informe de evaluación: Impacto y eficacia de la legislación de la UE sobre contratación pública» sugirieron la necesidad de revisar la exclusión de determinados servicios de la aplicación plena de la Directiva 2004/18/CE. En consecuencia, la aplicación plena de la presente Directiva debe ampliarse a una serie de servicios».

(46) Así lo prevé el artículo 19 de la Directiva 2014/23: «Las concesiones relativas a servicios sociales u otros servicios específicos recogidos en el anexo IV y que entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva se someterán únicamente a las obligaciones contempladas en el artículo 31, apartado 3, y en los artículos 32, 46 y 47». La razón de esta regulación específica puede verse en sus considerandos 53 y 54, que reiteran lo ya señalado para la Directiva general: «Estos servicios se prestan en el marco de un contexto particular que varía mucho según el Estado miembro de que se trate debido a la existencia de diferentes tradiciones culturales».

### C) **Ámbito subjetivo**

Según el artículo 1.2 de la Directiva 2014/23, la misma se aplicará a la adjudicación de concesiones de obras o servicios a los operadores económicos (47) por:

- a) los poderes adjudicadores, o
- b) las entidades adjudicadoras, siempre que las obras o servicios estén destinados a la realización de alguna de las actividades recogidas en el anexo II.

La Directiva 2014/23 *amplía* el ámbito de aplicación subjetivo —a diferencia de la Directiva 2004/18, circunscrita a los poderes adjudicadores— puesto que, junto a éstos, vincula también a las entidades adjudicadoras.

A efectos de la Directiva 2014/23, serán:

— Poderes adjudicadores:

«(...) el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de tales autoridades u organismos de Derecho público distintos de aquellos que desarrollen alguna de las actividades recogidas en el anexo II y adjudiquen una concesión para la realización de una de esas actividades» (art. 6.1).

— Entidades adjudicadoras:

«(...) las entidades que desarrollan una actividad recogida en el anexo II y adjudican una concesión para la realización de una de esas actividades, a saber:

- a) las autoridades estatales, regionales y locales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por una o varios de tales autoridades u organismos de Derecho público;
- b) las empresas públicas (48) definidas en el apartado 4 del presente artículo;
- c) las entidades distintas de las mencionadas en las letras a) y b) del presente apartado, pero que funcionan sobre la base de derechos especiales o exclusivos (49), concedidas por las autoridades competentes de un Estado miembro.

---

(47) El considerando 49 establece un concepto *amplio* de «operador económico»: «Por consiguiente, las empresas, sucursales, filiales, asociaciones, sociedades cooperativas, sociedades anónimas, universidades públicas o privadas, y otros tipos de entidad deben quedar todas ellas incluidas en la noción de operador económico, sean o no personas jurídicas en todas las circunstancias».

(48) Sólo tienen tal carácter las de los poderes adjudicadores, siempre que éstos ejerzan, directa o indirectamente, una *influencia dominante* sobre tales empresas, expresada en la concurrencia de alguno de los siguientes supuestos: mayoría del capital, mayoría de votos o designación de más de la mitad de los miembros de los órganos que las integran.

(49) Son derechos concedidos por las autoridades de los Estados miembros en virtud de norma legislativa, reglamentaria o administrativa publicada y compatible con los Tratados. Los derechos *especiales* limitan el ejercicio de una actividad a determinados operadores

bro para el ejercicio de una de las actividades contempladas en el anexo II» (art. 7.1).

Por tanto, el concepto de poder adjudicador se residencia en el Derecho UE, y engloba no sólo a las Administraciones públicas *stricto sensu* (50), sino también al resto de organismos y entes públicos derivados de aquéllas.

Otro tanto puede decirse de las entidades adjudicadoras. Se refieren tanto a los poderes adjudicadores del artículo 6.1 de la Directiva 2014/23 como a sus empresas públicas, quedando cubierto todo el sector público (art. 3 TRLCSP). Respecto a las entidades que cuenten con derechos exclusivos o especiales, se sigue el modelo del artículo 2, b) de la Directiva 2004/17 (51).

## D) Exclusiones

Los artículos 10 a 17 de la Directiva 2014/23 enumeran una serie de concesiones, iguales o superiores al umbral de 5.186.000 €, excluidas de aquélla.

Entre otras, lo están las adjudicadas sobre la base de derechos exclusivos o en el marco de un acuerdo internacional; los servicios de transporte aéreo y de viajeros (52); parcialmente, las de defensa y seguridad; las demaniales,

---

económicos y los *exclusivos* a un único operador, afectándose en ambos casos, de forma significativa, la capacidad del resto de operadores de ejercer una actividad.

(50) Como apunta GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO (2011: p. 270) «El concepto de poder adjudicador es un concepto de Derecho comunitario, elaborado para dar respuesta al ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas comunitarias, ante la necesidad de aplicar a las entidades que han emanado de la Administración y que están controladas por ella las normas de contratación pública, con el objeto de evitar que, en otro caso, la huida del Derecho administrativo haga ineficaz la aplicación de los principios previstos en las propias Directivas comunitarias».

(51) Según LAZO VITORIA (2013: p. 157) «Esta delimitación de los sujetos es plenamente coherente con los sectores regulados por la propuesta de directiva: así la referencia a los poderes adjudicadores remite a las normas de la Directiva 2004/18 y, por su parte, las entidades adjudicadoras son los sujetos tradicionalmente sometidos a las normas de la Directiva 2004/17. En el bien entendido que se trata de una explicación simplificada ya que como se recordará, existen entidades adjudicadoras del «sector público» y del «sector privado» y que las primeras se identifican, en líneas generales, precisamente con la categoría de poder adjudicador».

(52) GONZÁLEZ DE OLANO y NAVARRO MANICH (2014: p. 50) se extrañan de la exclusión del Reglamento (CE) 1370/2007, ya que en España estos contratos se califican de concesiones para la gestión de los servicios públicos, si bien consideran que «(...) el hecho de que la Directiva de Concesiones excluya los servicios públicos de transporte de viajeros de su ámbito de aplicación no impide que el legislador español continúe considerándolas sujetas a la normativa de contratación propia de los servicios públicos y, en consecuencia, les aplique el régimen propio de las concesiones para la gestión de servicios públicos».

portuarias y aeroportuarias, etc. (art. 10); las comunicaciones electrónicas (art. 11); el sector del agua (53) (Cdo. 40 y art. 12); las adjudicadas a una empresa asociada (art. 13) o conjunta o a una entidad adjudicadora que forme parte de una empresa conjunta (art. 14) y las actividades sometidas directamente a la competencia (art. 16).

Quedan al margen también las concesiones entre entidades del sector público (art. 17), pues si bien «El mero hecho de que las dos partes en un acuerdo sean poderes públicos no excluye por sí mismo la aplicación de las normas establecidas en la presente Directiva» (Cdo. 45), ello no debe limitar la libertad de la Administración para gestionar las funciones de interés público con sus propios medios (encargos *in house providing*) o en colaboración con otras autoridades (art. 2.1).

## **7. Otras cuestiones**

### **A) Duración de la concesión**

La regla general es que las concesiones sean limitadas (54), de tal forma que las que tengan una duración superior a cinco años no pueden exceder del tiempo necesario para recuperar las inversiones y el capital invertido en condiciones normales de funcionamiento (art. 18), si bien nada obsta a que se fije una duración inferior a dicha recuperación siempre y cuando la compensación correspondiente no elimine el riesgo operacional (Cdo. 52).

### **B) Contratos mixtos**

La clave es distinguir si su objeto, las distintas partes que lo integran, es separable o no. Si no lo son, se aplicarán las normas del objeto principal, adjudicándose a través de un único contrato. Por el contrario, si son divisibles podrán adjudicarse bien contratos independientes para las partes separadas teniendo en cuenta las características de cada contrato específico o bien un contrato único (Cdos. 29-30 y arts. 20-23).

---

(53) BOUSO DARRIBA y LOMAS MENESES (2014: p. 8) consideran que tal exclusión «no puede interpretarse como un impedimento para que los poderes adjudicadores puedan licitar concesiones en relación con este tipo de actividades vinculadas con el sector del agua, pues de ningún precepto de la Directiva 2014/23/UE se desprende tal prohibición. Lo contrario, además, iría contra la libertad de organización interna de los Estado miembros (...)».

(54) El considerando 52 explica el motivo: «La duración de una concesión debe limitarse para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia. Además, las concesiones de muy larga duración pueden dar lugar al cierre del mercado, obstaculizando así la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento».

Por otro lado, si el contrato incluye aspectos concesionales de la Directiva 2014/23 y otros de las Directivas 24 o 25 de 2014, aquél se adjudicará conforme a estas dos últimas, según corresponda. Además, se establecen disposiciones específicas en materias relativas a la defensa y seguridad, así como para aquellas otras excluidas del TFUE.

### **C) Situaciones específicas**

Se permite reservar concesiones (art. 24) para potenciar la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas. Además, se limitan los supuestos de concesiones relativas a servicios de investigación y desarrollo (art. 25).

### **D) Normas en materia de adjudicación de concesiones**

La Directiva 2014/23 establece una *regulación mínima* del procedimiento de adjudicación de concesiones (Título II, arts. 30-41) sustentada en la libertad de los Estados miembros para organizarlo (art. 30.1), siempre que se respeten los principios del TFUE de igualdad de trato, no discriminación y transparencia (Cdo. 61 y art. 31.2).

Entre otras obligaciones, los Estados miembros deben garantizar que en la ejecución de las concesiones SARA se cumpla con la legislación UE en materia medioambiental, laboral y social (art. 30.3); la publicación de un anuncio de licitación del artículo 31 (ap.1) o de información previa si se trata de servicios sociales u otros específicos (ap.3), salvadas las excepciones (ap.4), así como la obligación de anunciar la adjudicación (art. 32); las normas relativas a la redacción y publicación de los anuncios (art. 33) y el derecho de acceso electrónico directo, completo y gratuito a los pliegos (art. 34).

Como garantías se establecen requisitos técnicos y funcionales (art. 36); la adjudicación de concesiones conforme a los criterios de adjudicación (art. 37) fijados en los pliegos a favor de la «ventaja económica global»; criterios de selección y evaluación de candidatos con base en su solvencia, y plazos de recepción de solicitudes de participación y ofertas conforme a los factores complejidad y tiempo (art. 39).

### **E) Normas relativas a la ejecución de las concesiones**

Es preciso recordar la novedad de esta materia, al ser la primera vez que las Directivas regulan aspectos relativos a la misma.

Así, se permite subcontratar siempre que se garantice el cumplimiento de la normativa UE en materia medioambiental, social y laboral. No es obligatorio

mencionar en la oferta que se va a subcontratar ni quién vaya a ser el contratista. Al amparo del principio de transparencia en la cadena de subcontratación —que los Estados miembros y los órganos de contratación sepan quién está ejecutando la concesión— se aclara que el responsable principal de dar la información necesaria es el concesionario (Cdo. 72 y art. 42).

Respecto a la posibilidad de modificar las concesiones se sigue el esquema de la Directiva general, construida, a su vez, conforme a la jurisprudencia del TJCE, por todas, Sentencia del TJCE de 29 de abril de 2004 (asunto C 496/99P, Cas Suchi di Frutta Spa) (55).

El objetivo de la Directiva 2014/23 es aclarar cuándo la modificación de una concesión da lugar a un nuevo procedimiento concesional (Cdo. 75). Así, el artículo 43 distingue dos supuestos: (i) innecesariedad de iniciar un nuevo procedimiento según esté o no previsto en los pliegos, se derive de circunstancias imprevisibles, se sustituya al concesionario inicial o, en fin, cuando no se trate de modificaciones sustanciales (ap.1) o cuando no se supere el umbral concesional UE ni el 10% del valor inicial de la concesión (ap.2) y (ii) obligación de acudir a un nuevo procedimiento para casos diferentes a los apartados 1 y 2; es decir, cuando se introducen cambios fundamentales —modificación sustancial— (aps.4 y 5) en la concesión, concretamente referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

## **F) Resolución de las concesiones**

Se pueden rescindir si concurre alguna de las siguientes causas: la modificación concesional conlleva un nuevo procedimiento; el contratante (errata, debe entenderse el contratista) debe ser excluido por haber sido condenado en sentencia firme o cuando así lo dicte el TJUE por haberse adjudicado la concesión incumpliendo los Tratados o la Directiva concesional (art. 44).

---

(55) VÁZQUEZ MATILLA (2010: p. 321) analizó esta Sentencia destacando que para que pueda modificarse un contrato debe estar expresamente previsto en el anuncio de licitación o en el pliego de forma clara, precisa e inequívoca en garantía de los principios de la contratación pública, en especial el de igualdad de trato de todos los licitadores. En ese sentido, prosigue el autor, «es fundamental, tener presente que el TJCE proscribió todas las modificaciones de un contrato efectuadas tras la celebración del contrato, salvo que se cumpla alguna de las dos condiciones siguientes que abordaremos en este trabajo: 1) que la modificación no afecte a ninguna condición esencial/importante de la licitación. 2) que la posibilidad de aportar una modificación, así como sus modalidades, estén previstas de forma clara, precisa, e inequívoca en la documentación de la licitación».

## G) Régimen de recursos

El Título IV de la Directiva 2014/23 se divide en dos artículos para modificar las Directivas de *recursos* de «tercera generación»: el artículo 46 modifica la Directiva 89/665/CEE del Consejo para recurrir la adjudicación de contratos públicos y el artículo 47 modifica la Directiva 92/13/CEE, recursos en los sectores especiales agua, energía, transportes y telecomunicaciones.

El objetivo es garantizar una protección judicial adecuada de los candidatos y licitadores en los procedimientos de adjudicación concesional, siendo precisa tal modificación para incluir en ambas Normas tanto las concesiones de obras como de servicios.

Como ya señaló RAZQUIN LIZARRAGA (2014: p. 68) «las concesiones estarán sometidas a las vías especiales de recurso precontractual y contractual establecidas en ambas vías de recurso».

## IV. VISIÓN CRÍTICA DE LA REGULACIÓN EN NAVARRA

### 1. Competencia exclusiva

Navarra, en virtud de su régimen foral, goza de un régimen *especial* en materia de contratación pública que le aparta del régimen común estatal en la medida que el artículo 49.1, d) LORAFNA le reconoce competencia exclusiva sobre contratos y concesiones, con el único límite del respeto a los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia, derivados, a su vez, de los Tratados de la UE y de las Directivas sobre contratación pública.

Lo anterior significa que la vigente LFCP «por primera vez, se ha elaborado sin la referencia de una ley básica estatal» (56) —TRLCAP—, lo que no impide a la Comunidad Foral de Navarra ejecutar las Directivas contractuales por tener materialmente atribuida la competencia (STC 141/1993, de 22 de abril).

Dentro de este régimen singular de Navarra, la LORAFNA prevé un *desdoblamiento* competencial legislativo: por un lado, en materia contractual (art. 49.1, d) de la que nace la vigente LFCP y, de otro, en materia de administración local (art. 46), fruto de la cual surge la actual LFAL, en cuyo Título VI se regula el régimen de la contratación local.

En este contexto, procede traer a colación como las normas de la contratación local de Navarra tienen una doble regulación (57): *general*, en la LFCP

---

(56) ALLI ARANGUREN (2006: p. 44).

(57) IRIARTE ARISTU (2006: p. 802) recuerda que el legislador foral «puede regular el régimen de la contratación local a través de la legislación propia del régimen local o bien decidir la aplicación a las Administraciones Locales de su territorio de la normativa sobre contratación que dicte la Comunidad para sí misma o bien, como ha ocurrido, hacer ambas cosas (...)».

(art. 2.1, c) por remisión de la LFAL (art. 224) y *especial*, en la LFAL para las singularidades propias de la contratación local (art. 224).

## 2. Denominaciones y conceptos obsoletos

La LFCP, y la LFAL, mantienen denominaciones y conceptos que quedan obsoletos con la obligada transposición de las Directivas sobre contratación pública.

1º.- Por un lado, tipifica como «contrato de asistencia» lo que el legislador estatal y europeo denominan contrato de servicios. El objeto es el mismo (por referencia a las actividades de sus Anexos II) pero varía su denominación.

La Exposición de Motivos de la LFCP justifica el mantenimiento del contrato de asistencia con dos argumentos: (i) resaltar que las entidades sometidas a la misma no desarrollan la actividad con sus propios medios sino que acuden al mercado para completarlos, y (ii) evitar la confusión con los supuestos de prestación de un servicio por medio de un contratista interpuesto (p.ej., mediante la ejecución directa de una obra por la Administración instando la colaboración de empresas privadas).

Es decir, el contrato de asistencia agrupa en un único tipo contractual tanto los contratos de consultoría y asistencia y de servicios de la anterior legislación estatal como toda prestación de servicios del Anexo II LFCP cuyo destinatario sea un tercero o el público en general.

Por tanto, considero que con la transposición de las nuevas Directivas contractuales el legislador foral debería sustituir el contrato de asistencia por la denominación estandarizada de contrato de servicios y ahondar, más si cabe, en los criterios que delimitan su objeto, contribuyendo así al establecimiento de una línea divisoria entre aquél y la concesión de servicios (art. 176.1 LFCP).

2º.- De otro, respecto a la denominación del «contrato de concesión de obras públicas» (art. 4.4 LFCP) y con base en lo ya dicho anteriormente de que el artículo 5.1, a) de la Directiva 2014/23 omite el calificativo de públicas en las «concesiones de obras» —abarcando así tanto las obras públicas como las privadas, con la consiguiente extensión de su ámbito subjetivo a todo el sector público (arts. 6 y 7)—, carece de sentido que el legislador foral mantenga aquella denominación.

3º.- Finalmente, respecto a la definición de «concesión de servicios», conviene recordar como en la transposición de las Directivas de «tercera generación», la LFCP sustituyó el contrato de gestión de servicios públicos por el contrato comunitario de concesión de servicios, mientras que la LFAL lo mantuvo.

La razón de tal sustitución radica, según la Exposición de Motivos de la LFCP, en que «la incorporación de la figura de la concesión de servicios conlleva

la desaparición del denominado contrato de gestión de servicios públicos al repartirse su objeto entre el contrato de asistencia y la concesión de servicios».

Además, en desarrollo de las anteriores Directivas, se erigió la forma de retribución del contratista en criterio diferencial (58) entre contrato de asistencia y concesión de servicios, según aquél percibiera su contraprestación exclusivamente de la Administración (contrato de asistencia) o de los usuarios del servicio (concesión de servicios), al menos parcialmente, ya que se permitía su coexistencia con formas de retribución similares al «peaje en la sombra».

En ese sentido, la aprobación de la LFCP por el legislador foral de contratos y su adaptación por el legislador foral de régimen local (59), complicaron sobremanera el régimen jurídico concesional en nuestro territorio; en particular el de los contratos de gestión de servicios públicos en el ámbito local. Ello porque mediante un ejercicio interpretativo hiperforzado y *contra natura* del instituto concesional, el artículo 224.3 LFAL permite acudir a la concesión de servicios del artículo 167 LFCP, aun sin mediar explotación.

Es decir, lo que en puridad debiera, y debe, ser calificado como contrato de asistencia (ex art. 224.3 LFAL, *a contrario sensu*, se infiere que no existe explotación ni, por ende, traslado del riesgo operacional al contratista; tan sólo el abono de un precio a tanto alzado como contraprestación) queda erróneamente encubierto bajo el velo del contrato de gestión de servicios públicos.

Avala esa incorrecta y farragosa redacción del artículo 224.3 LFAL el Informe 4/2006, de 18 de septiembre, de la JCCA de Navarra sobre el Anteproyecto de modificación de la LFAL para su adaptación a la LFCP, FJ 2º:

«1) Nueva redacción del art. 224, apartado 3, de la LFALN.

Se varía la regulación de los contratos de asistencia que se recoge en el art. 4.3 LFCP al disponer que “a los contratos para gestionar un servicio público de las entidades locales de Navarra y sus entidades vinculadas en los que la retribución al contratista no consista en su explotación económica o bien en la explotación acompañada de un precio se les aplicará el régimen jurídico establecido para los contratos de concesión de servicios”, cuando estos contratos son, conforme al citado art. 4.3 y al art. 2.1. d) de la Directiva 2004/18/CE, *genuinos contratos de asistencia* pues se encarga por un precio a un empresario o profesional, denominado contratista, la prestación de uno de los servicios señalados en el Anexo II de la LFCP, por cuenta del contratante, a un tercero o al público en general, modificándose también el plazo máximo del contrato». (Parte de la cursiva no es original).

---

(58) Criterio que, por otro lado, fue superado por la posterior jurisprudencia del TJUE, así plasmada en las nuevas Directivas contractuales.

(59) ALENZA GARCÍA (2006: p. 536) califica de «esquizofrénica a la *mens legislatoris*» las divergencias establecidas entre la LFCP y la Ley Foral 1/2007, de 14 de febrero, de modificación LFAL en materia de contratación local.

Por ello, para acabar con la ambigüedad e inseguridad jurídica del artículo 224.3 LFAL, el legislador foral debería darle una nueva redacción o suprimirlo mediante una remisión genérica a la LFCP.

Además, como ya dije, el legislador foral debería omitir toda referencia al contrato de gestión de servicios públicos para referirse a la concesión de servicios, acogiendo esta última denominación para referirse a la gestión indirecta de tales servicios mediante concesión (art.192.3, a) LFAL), y, por ende, deviniendo la única forma de gestión indirecta de aquéllos, al no cumplir el resto de modalidades con «los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJCE» (60).

### 3. Regulación específica de la concesión de servicios

La LFCP dedica un único artículo (167) a esta institución, pues éste remite a la prolija regulación de la concesión de obras públicas prevista en sus artículos 144 a 166, siempre que sea compatible con la naturaleza de ésta.

Como bien observó ALENZA GARCÍA (2006: pp. 531-532) la mayoría de las disposiciones del precitado artículo 167 son desafortunadas puesto que «o bien, no son específicas de la concesión de servicio, o bien deberían estar ubicadas sistemáticamente en otro lugar».

Considerando que la Directiva concesional eleva a un primer plano el papel a desempeñar por las concesiones de servicios y que un gran número de cuestiones sometidas a consulta de los órganos especializados en materia de contratación pública requieren de un previo análisis sobre la correcta tipificación de un contrato como de servicios (asistencia) o de gestión de servicios públicos (concesión de servicios), a mi juicio, sería deseable que el legislador foral —en consonancia con el TRLCSP— regulara con mayor precisión la concesión de servicios, y no tanto mediante una simple remisión a la concesión de obras públicas.

Un argumento a favor de esta teoría es, por ejemplo, la necesidad de redactar antes de la licitación un proyecto de explotación del servicio (167.3 LFCP).

En este sentido, el precitado autor ya señaló que tal proyecto no figura en la concesión de obras públicas, pues el estudio de viabilidad que en ésta se prevé (art. 147 LFCP) «tiene un contenido y finalidad diversa», por lo que se «extraña que no haya avanzado la LFCP alguna determinación más que detallara el contenido mínimo de este proyecto de explotación y sobre su procedimiento de aprobación».

---

(60) Así lo advirtió ya GIMENO FELIÚ (2006: p. 167).

#### 4. Riesgo operacional versus equilibrio económico de la concesión

Una interpretación acorde —por restrictiva— al concepto de riesgo operacional, pese a errar en la denominación dada de riesgo y ventura, es el Informe de fiscalización y asesoramiento 2014/38, de 18 de diciembre de 2014, de la Cámara de Comptos sobre «Peaje en la Sombra» (61).

En dicho Informe, se analiza, entre otros, el pago de un canon por el Gobierno de Navarra a la sociedad concesionaria Autovía del Pirineo, S.A. por el uso de esta autovía en su tramo navarro (A-21) desde su puesta en servicio en enero de 2012 hasta diciembre de 2013 en función de dos parámetros: el Canon de Demanda (CD) y el Canon de Estado de la Infraestructura y Calidad del Servicio (CEICS), calculado el primero en función del volumen de vehículos que la transiten, y el segundo, automáticamente, en función del grado de calidad de gestión y disponibilidad de la infraestructura viaria.

El primer parámetro se corresponde con el riesgo de demanda y el segundo con el riesgo de suministro o de oferta de la Directiva concesional. Además, conforme al PCAP son asumidos por dicha Sociedad.

Obra en el Informe que en octubre de 2013 la concesionaria ha presentado una reclamación de reequilibrio económico de la concesión «justificada en que la no ejecución de la autovía a partir de la muga de Navarra, que es competencia del Ministerio de Fomento, repercute en el tráfico».

En este sentido, se extraña el órgano fiscalizador diciendo que:

«En este caso, es cuando menos sorprendente que en una concesión a 30 años, cuyo resultado final será el sumatorio de todos los resultados anuales, se solicite el reequilibrio en el primer ejercicio en que hay contraprestación, y que se aleguen circunstancias ajenas a la Administración Navarra»,

ya que entiende que, si bien serán los tribunales los que lo resuelvan, del clausulado del PCAP se infiere que la menor frecuentación de la infraestructura (riesgo de demanda) es un riesgo que debe ser asumido por la concesionaria, concluyendo como recomendación final:

«Analizar y concretar todo lo posible en la normativa y en los pliegos la dicotomía entre el equilibrio financiero de la concesión y el riesgo y ventura del contratista, de manera que se limiten al máximo las posibilidades de reclamación».

Notificado el precitado Informe a la concesionaria, ésta responde a la Cámara de Comptos a modo de Consideraciones, indicando que en su oferta ya tuvo en cuenta la asunción del riesgo y ventura si bien la cuestión principal no descansa en tal principio sino en la *alteración sustancial y sobrevinida* de

---

(61) Accesible en su página web.

la concesión, porque el tramo navarro sólo tiene sentido en su conjunto. Esto es, una vez construidos los tramos de Aragón y Cataluña. Por todo lo cual, imputa esa alteración a la política del Estado de contención del déficit público.

Procede traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3125/2011, de 16 de mayo, Sección 7ª, sobre el derecho al reequilibrio económico de AMT (Autopista Madrid-Toledo Concesionaria Española de Autopistas, S.A.) de su concesión (AP-41) como consecuencia de la transformación (desdoblamiento) de la carretera autonómica madrileña M-407 en autovía y de la falta de construcción de la autopista Toledo-Ciudad Real-Córdoba N-IV.

La concesionaria fundamenta su pretensión en que la falta de construcción de la autopista Toledo-Andalucía y el desdoblamiento de la M-407 son circunstancias extraordinarias e imprevisibles que alteran la concesión, al verse privada tanto del tráfico que le reportaría la construcción de la autopista como del que circula por la mejorada M-407, ya que de haberlo sabido «su oferta habría sido otra bien distinta» (FJ 3º).

Respecto al *desdoblamiento* de la M-407 (FJ 5º), el TS desestima el recurso al considerar que no es un hecho extraordinario e imprevisible (62) por lo que es un riesgo que debe ser asumido por la concesionaria ya que, por un lado, la carretera existía con anterioridad a la licitación y era conocido que estaba previsto su desdoblamiento, tal como se publicó, y, de otro, porque la Comunidad de Madrid tenía derecho a mejorar dicha infraestructura.

A mayor abundamiento, señala que ni del PCAP, ni del principio de coordinación previsto en la Ley de Carreteras 25/1988, ni del TRLCAP «resulta que habría debido responder la Administración General del Estado por actuaciones de la Comunidad de Madrid», lo cual completa con el siguiente argumento:

«De la primera no resulta otra cosa que la exclusión de la obligación de la Administración de restablecer el equilibrio de la concesión por actuaciones de las Administraciones Públicas contempladas en planes aprobados antes del anuncio del concurso para la adjudicación de la concesión. Extraer la conclusión de que por las no previstas en los planes conocidos antes de ese momento deba responder el

---

(62) Un claro ejemplo de acontecimiento extraordinario e imprevisible lo encontramos en «las amenazas terroristas expresas y directas proferidas contra las empresas adjudicatarias de las obras» de construcción de los tramos I y II de la Primera Fase de la Autovía del Norte (Iruztun-Andoain) y que dieron lugar al mantenimiento del equilibrio de la concesión mediante el abono de una compensación indemnizatoria equivalente al 20% de los presupuestos de cada contrato. Así consta en el Informe 1993/07, de 1 de enero de 1993, de fiscalización y asesoramiento de la Cámara de Comptos sobre la Autovía de Iruztun límite con Guipúzcoa, pp. 7 y 22, en el que dicho órgano justificaba tal compensación si tales amenazas habían perturbado gravemente el equilibrio financiero inicial de la concesión, señalando que esa forma de proceder suponía una «aplicación peculiar de la teoría del riesgo imprevisible», accesible en su página web.

Estado aunque sean obra de una Comunidad Autónoma es un paso para el que no basta el razonamiento a contrario porque una cosa es que la Administración concedente deba responder por lo que ya existe y es conocido en el momento de convocar el concurso, pues forma parte de la realidad en la que va a insertarse la concesión, y otra, bien distinta, que deba responder por decisiones posteriores de otros sujetos» (la cursiva no es original).

En lo relativo a la *falta de construcción de la autopista Toledo-Andalucía (FJ 6º)*, teniendo como hechos indubitados que su construcción estaba prevista, que el tramo explotado por la concesionaria (AP-41) era el primero del nuevo corredor a Andalucía y que la concesionaria presentó su oferta contando con dicho corredor, centra, una vez más, el debate en determinar si la no construcción es un hecho extraordinario e imprevisible, o, si por el contrario, es un riesgo que debe asumir la concesionaria.

En este contexto, entiende la Sala que:

«(...) la entrada en servicio de la nueva autopista tenía un peso fundamental en el planteamiento de la AP-41, pese a no hacerse referencia a ella en las cláusulas del contrato entre AMT y la Administración. Tal silencio era lógico, tal como sostiene la segunda demanda, desde el momento en que las partes habían asumido que aquella fue concebida como la primera parte del nuevo acceso a y desde Andalucía. Por tanto, siendo éste un presupuesto esencial en la concepción de la AP-41, no requiere mucho esfuerzo concluir que su ausencia ha de afectar decisivamente al equilibrio económico y financiero de la concesión ya que no podrá contar con el volumen de tráfico que aportaría la posibilidad de desplazarse por Toledo y Ciudad Real a Córdoba y a la N-IV o hacerlo en sentido inverso sin tener que desviarse por Despeñaperros»,

concluyendo que,

«(...) el proyecto del que hablamos era, en el momento de presentación de las ofertas para la adjudicación de la AP-41 algo más que un evento hipotético y futuro, que es la condición que le atribuye la segunda contestación a la demanda, y que su ausencia altera el equilibrio económico y financiero de la concesión por lo que procede su restablecimiento».

Aplicando esta doctrina al tramo navarro (A-21) de la Autovía del Pirineo, parece que en principio la Sala del TSJ-Navarra podría estimar la pretensión de restablecimiento del equilibrio concesional instada por la concesionaria Autovía del Pirineo, S.A.

Ahora bien, en este sentido, la valoración económica del tráfico que no circula por dicho tramo navarro como consecuencia de la falta de construcción de los tramos aragonés y catalán debería limitarse a las estimaciones de tráfico para los años 2012 y 2013 facilitadas por la Administración Foral, por ser el periodo reclamado.

De lo contrario, si la reclamación de la concesionaria computa la estimación de tráfico referida a la duración total de la concesión (30 años), se estarían compensando daños que no se corresponden con datos reales y objetivos (STS 3125/2011, de 16 de mayo, FJ 7°).

No obstante, debe advertirse que la precitada STS versa sobre un supuesto en el que la competencia para construir la autopista Toledo-Andalucía corresponde al Estado. Por contra, en el caso de la A-21 la competencia corresponde a Navarra.

Navarra tiene competencia exclusiva en materia de carreteras «cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en territorio foral», al ser una competencia histórica [art. 49.1, f) LORAFNA]. Precepto que es desarrollado por la Ley Foral 5/2007, de 23 de marzo, de Carreteras de Navarra.

El artículo 4.1 de dicha Ley Foral define el Catálogo de Carreteras de Navarra como el instrumento público que permite identificar e inventariar las Carreteras de la Red de Carreteras de Navarra *titularidad* de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, entre las cuales figura la A-21 (Anexo I).

Por tanto, considerando que la no construcción de los tramos aragoneses y catalanes no es imputable a la Comunidad Foral de Navarra, sino más bien a políticas de ajustes presupuestarios del Gobierno de la Nación (que una vez superados, aquéllos seguramente serán ejecutados por las Comunidades Autónomas de Aragón y Cataluña en virtud de sus competencias exclusivas en la materia), a mi juicio, no sería procedente estimar el derecho de la concesionaria de la A-21 al mantenimiento del equilibrio económico.

Ello es así, porque en virtud del FJ 5° de la tan traída STS, al tratarse de Administraciones diferentes, Navarra no tendría la obligación de asumir unos perjuicios que no son achacables a la misma [arts. 157.2 y 165.1, f) LFCP], sino al Estado.

En consecuencia, lo procedente sería que la concesionaria exigiera responsabilidad patrimonial al Estado.

## V. CONCLUSIONES PROPOSITIVAS

### 1. **Ámbito estatal**

Es necesario que el legislador estatal adapte el TRLCSP (los artículos y el Anexo citados a continuación se refieren al mismo) a las Directivas 23, 24 y 25 de 2014 con la finalidad de:

1.- Fijar criterios interpretativos que permitan diferenciar el contrato de servicios de la concesión de servicios.

2.- Aclarar cuándo procede acudir a la gestión directa de servicios públicos y cuándo a la indirecta (art. 275) mediante concesión de servicios, debiendo además redefinirse esta última para que sea la única modalidad de gestión indirecta de dichos servicios (art. 277).

3.- Introducir un artículo específico que incorpore el nuevo umbral concesional. Esto, afectará a la actual redacción del artículo 14, del que deberá extraerse la concesión de obras públicas para llevarla, junto al contrato de gestión de servicios públicos, al nuevo artículo.

4.- Implementar los nuevos conceptos de concesión de obras o servicios suprimiendo las tradicionales denominaciones de «contrato de concesión de obras públicas» (art. 7) y «contrato de gestión de servicios públicos» (art. 8), regulando ambas clases en un Título específico de la nueva ley o Código que transponga las nuevas Directivas.

5.- Supeditar el concepto de concesión al de riesgo operacional, que, asimismo, debe ser definido y aclarado para distinguirlo del clásico principio de riesgo y ventura contractual.

6.- Establecer supuestos sobre qué se entiende por riesgo imprevisible, para distinguirlo de la fuerza mayor (pese a su equiparación jurisprudencial) y del caso fortuito.

7.- Limitar la duración de las concesiones, como regla general, a un plazo no superior a cinco años para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia. Por ello, es necesario redefinir los supuestos previstos en los artículos 268 (contrato de concesión de obras públicas) y 278 (contrato de gestión de servicios públicos).

Nada obsta a que, dentro de ese plazo general se inserte, por ejemplo, la gestión de servicios públicos de las letras b) y c) del precitado artículo 278.

Por el contrario, la excepción al plazo de cinco años prevista en la Directiva concesional que permite fijar concesiones de mayor duración para garantizar al concesionario la recuperación de inversiones y la obtención de un beneficio, en principio, encaja mejor en los supuestos de construcción y explotación de obras públicas (art. 268) y de ejecución de obras con explotación de servicios públicos (art. 278, a), ya que el riesgo de demanda se incrementa considerablemente.

8.- Garantizar el derecho del concesionario al mantenimiento del equilibrio del contrato para no frustrar el objetivo de la Directiva concesional de apostar por la entrada del capital privado; a pesar de la regulación ya prevista en el TRLCSP para los casos de modificación y resolución de concesiones de obras públicas (arts. 258 y 271) y de contratos de gestión de servicios públicos (arts. 282 y 288).

9.- Permitir la interposición del recurso precontractual (recurso especial en materia de contratación pública) y contractual (cuestión de nulidad) tanto

si se trata de una concesión de obras o de servicios. Por la misma razón, debe modificarse la Ley 31/2007, de 30 de octubre, de contratación en los sectores especiales.

## 2. **Ámbito foral**

Con carácter general, las ideas expresadas en la Conclusión propositiva primera son extrapolables al legislador foral navarro, a salvo las siguientes concreciones, según se trate del ámbito de aplicación de la:

*LFCP:*

(Los artículos y el Anexo citados se refieren a esta Ley Foral)

1.– Sustituir definitivamente el concepto de contrato de asistencia por el de servicios, tal como ya hiciera el legislador estatal con la transposición de las Directivas comunitarias de «tercera generación» y que —como no podía ser de otra manera— siguen las Directivas europeas de «cuarta generación».

2.– Eliminar la distinción entre servicios prioritarios y no prioritarios del Anexo II, refundiendo todos y, en coherencia con el punto anterior, tipificarlos como contratos de servicios y no como «prestaciones del contrato de asistencia».

3.– Dar nueva redacción al artículo 4.4 y 5 redefiniendo el concepto de concesión de obras públicas (suprimiendo además el calificativo de públicas) y de servicios.

4.– Insertar en un Título específico de la LFCP el régimen jurídico concesional en sus dos modalidades, regulando, asimismo, con mayor precisión la concesión de servicios.

5.– Eliminar la referencia al riesgo y ventura de las concesiones de obras públicas (art. 140.1) y de servicios (art. 167.2), acogiendo la del riesgo operacional.

6.– Reducir los plazos concesionales (art. 142).

7.– Modificar el régimen de publicación de las concesiones tanto en el anuncio de licitación [lo que exige introducir en el art. 83.1 las concesiones de servicios y eliminar el ap. 4 del art. 167, además de incorporar el anuncio de información previa (art. 84) si la concesión es de servicios sociales u otros específicos del Anexo IV de la Directiva concesional] como en el anuncio de adjudicación (art. 97).

*LFAL:*

1.– Dar una nueva redacción al artículo 224.3 LFAL o suprimirlo directamente mediante una remisión genérica al artículo 167 LFCP para poner fin a la ambigüedad e inseguridad jurídica derivada de una interpretación errónea y contradictoria del concepto concesional.

2.- Dar nueva redacción al artículo 192.3 LFAL, de tal forma que la concesión de servicios sea la única modalidad de gestión de servicios públicos.

3.- Implementar el concepto de riesgo operacional eliminando el de riesgo y ventura (art. 200.2).

4.- Reducir los plazos concesionales (art. 194.1 LFAL) o remitirse directamente al general del artículo 142 LFCEP.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALLENZA GARCÍA, José Francisco (2006): «Las clases de contratos. Contratos de obras, concesión de obras públicas y concesión de servicios», en ALLI ARANGUREN, J.C. (Dir.): *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio)*, Pro Libertate, Pamplona, pp. 457-538.
- ALLI ARANGUREN, Juan Cruz (2006): «La competencia de la CFN en materia de contratos», en ALLI ARANGUREN, J.C. (Dir.): *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio)*, Pro Libertate, Pamplona, p. 44.
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2010): *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas «paraconcesionales»*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), pp. 258-265.
- BLANCO LÓPEZ, Francisco (2014): «La Directiva 23/2014 de contratos de concesión. El "Riesgo operacional"», en *Revista Derecho y Salud*, Vol. 24 Extraordinario XXIII Congreso 2014\Ponencias, pp. 88-94.
- BOUSO DARRIBA, Germán y LOMAS MENESES, María (2014): «Las nuevas Directivas de Contratación (III)», accesible en la página web [contratodeobras.com](http://contratodeobras.com), Nota informativa núm. 4, p. 8.
- CEOE (2013): «La inversión de infraestructuras públicas en España. Propuesta de mejora del marco legal y la práctica de la contratación pública en materia de concesiones y colaboración público-privada», *CEOE*, Comisión de Concesiones y Servicios, accesible en su página web, pp. 26-31 y 77.
- COYLE CHARLES (2014): «Nueva Directiva sobre Adjudicación de Concesiones: ¿excluye las basadas en la transferencia del riesgo de disponibilidad?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 884, parte Comentario, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 1-2.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco (Coord.) (2011): *Manual de contratación del sector público. Estudio sistemático de las obligaciones de la Hacienda Pública, los contratos y convenios de la Administración y del resto del Sector Público*, Comares, Granada, p. 270.

- GARCÍA RUBIO, Fernando (2015): «La Directiva de concesiones y su impacto sobre la contratación local en España», accesible en la página web del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas/INAP/Estudios y comentarios, p. 1.
- GIMENO FELLÚ, José María (2006): «Las disposiciones comunes a todos los contratos administrativos. Ámbito de aplicación de la Ley Foral, contratistas y normas generales de aplicación», en ALLI ARANGUREN, J.C. (Dir.): *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio)*, Pro Libertate, Pamplona, p. 167.
- (2013): «Las nuevas directivas —cuarta generación— en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 159, pp. 39-105.
  - (2014): «Reforma de la normativa europea sobre contratación administrativa y transparencia en la contratación por parte del sector público» *I Seminario sobre Transparencia administrativa y protección de los intereses financieros de la Unión Europea en la Euroregión Galicia-Norte de Portugal*, pp. 1-109.
- GONZÁLEZ DE OLANO, Guillermo y NAVARRO MANICH, José Alberto (2014): «Comentarios a la Directiva 2014/23 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* núm. 37, pp. 44-57.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco Luis (2015): «La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado», *X Congreso de la AEPDA, Madrid, 6 y 7 de febrero de 2015*, pp. 1-44.
- IRIARTE ARISTU, Ignacio (2006): «La modificación de la Ley Foral de Administración Local para su adaptación a la Ley Foral de de Contratos Públicos», en ALLI ARANGUREN, J.C. (Dir.): *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio)*, Pro Libertate, Pamplona, p. 802.
- LAZO VITORIA, Ximena (2013): «El futuro del mercado concesional en Europa», *Revista CEFlegal.com* núm. 154/2013, noviembre de 2013, pp. 137-174.
- (2014): «Estado de la cuestión y novedades en el ámbito de los contratos de asociación público-privada en el marco europeo», *XIX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Quito, Ecuador, 11-14 nov. 2014*, pp. 1-14.
- PFLUEGER TEJERO, Eduardo (2013): «La Propuesta de Directiva relativa a la adjudicación de los contratos de concesión: aspectos principales», *La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública, Primera ponencia*, Madrid, Comunicaciones, pp. 1-11.
- RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María (1996): *Contratos públicos y derecho comunitario*, Aranzadi, Pamplona, pp. 103-106.

- (2014): «Contrato de gestión de servicios públicos y recursos especiales en materia de contratación (presente y propuestas de reforma)», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 161/2014, pp. 38-74.
- RIBERA SALA, Ricardo (1998): «Hegel para principiantes. Ensayos», *Revista Cultura del Consejo Nacional para la Cultura y el Arte* núm. 81, Biblioteca Nacional de El Salvador, p. 41.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2011): *Derecho Administrativo. Parte General*, 7ª Edición, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 771-773.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2013): «La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 159, pp. 25-36.
- VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, Ramón (2012): «Proyecto de Directiva de concesiones», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 32, pp. 55-65.
- VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier (2010): «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: proyecto de Ley de Economía Sostenible», en esta REVISTA, núm. 37, 2010, p. 321.
- VILLAR EZCURRA, José Luis (2002): «El nuevo sistema concesional. El equilibrio económico en las concesiones de obras públicas», en *Revista de Obras Públicas* núm. 3425, Vol. Extraordinario, p. 75.

## Jurisprudencia

SENTENCIAS del:

TS, de 14 de febrero de 1986, RJ 1986\1582, FJ 2º.

TS, de 13 de noviembre de 1986.

TS, de 6 de marzo de 1999, RJ 1999\1983, FJ 3º.

TS, núm. 3125/2011, de 16 de mayo, FJ 3º, 5º y 6º.

TJCE, de 29 de abril de 2004 (asunto C 496/99P, Cas Suchi di Frutta Spa).

TJUE, de 18 de enero de 2007 (asunto C-220/05, Jean Auroux y otros), apartado 40.

TJUE, de 10 de septiembre de 2009 (asunto C-206/08, Eurawasser).

TJUE, de 10 de marzo de 2011 (asunto C-274/09, Privater).

TJUE, de 10 de noviembre de 2011 (asunto C-348/10, Norma A y Dekom).

## **Informes y Resoluciones de órganos especializados**

- INFORME 1993/07, de 1 de enero de 1993, de fiscalización y asesoramiento de la Cámara de Comptos sobre la Autovía de Irurtzun límite con Guipúzcoa, pp. 7 y 22.
- INFORME 4/2006, de 18 de septiembre, de la JCCA de Navarra sobre el Anteproyecto de modificación de la LFAL para su adaptación a la LFCE, FJ 2º.
- INFORME 2/2014, de 22 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.
- INFORME 2014/38, de 18 de diciembre de 2014, de fiscalización y asesoramiento, de la Cámara de Comptos sobre «Peaje en la Sombra», pp. 16-18 y 25.
- RESOLUCIÓN del TACRC 341/2014, de 30 de abril, sobre la gestión del servicio público mediante la modalidad de concesión, de recogida y transporte de residuos generados en el término municipal de Artà (Islas Baleares) y de servicios de limpieza viaria.
- RESOLUCIÓN del TACRC 215/2014, de 14 de marzo, relativa a la gestión del servicio público denominado «Punto de Encuentro Familiar de Ourense».

## **Legislación**

- DIRECTIVA 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.
- DIRECTIVA 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.
- 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 2014/18/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 FORAL 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra.

### **Otras fuentes**

COMUNICACIÓN de la Comisión de 20.11.2007 COM(2007) 725 final, al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, que acompaña a la Comunicación «Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno» Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo.

COMUNICACIÓN de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, denominada «Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» [COM(2010) 2020 final].

COMUNICACIÓN interpretativa de la Comisión Europea sobre las concesiones en el derecho comunitario del año 2000, de 12 abril.

CONFERENCIA sobre las nuevas normas de la UE relativa a adquisiciones y concesiones, celebrada en Bruselas el día 19 de marzo de 2014, accesible en la página web de la Comisión Europea/Dirección General de Mercado Interior y Servicios.

INFORMACIÓN legislativa de la Unión Europea, accesible en la página web de la Comisión Europea.

LIBRO VERDE sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente [COM(2011) 15 final], de 27 de enero de 2011.

NOTA DE PRENSA del Parlamento Europeo de 15 de enero de 2014, accesible en la página web del Parlamento Europeo/En portada.

PROPUESTA DE DIRECTIVA 2014/23: Comisión de Mercado Interior y Protección al Consumidor, Parlamento Europeo: Proyecto de informe sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, de 1 de febrero de 2013, accesible en la página web del Parlamento Europeo/Documento de sesión (A7-0030/2013).

PROPUESTA DE DIRECTIVA relativa a la adjudicación de contratos de concesión (COM [2011] 897 final, 2011/0437 [COD], de 20.12.2011).