

DERECHO MERCANTIL

Nueva Directiva sobre Adjudicación de Concesiones: ¿excluye las basadas en la transferencia del riesgo de disponibilidad?



CHARLES
COYLE

Abogado del área de Contencioso,
Público y Regulatorio de Pérez-Llorca.

Pérez-Llorca

En los últimos años se han multiplicado los contratos de concesión de obras y de servicios públicos basados, única o mayoritariamente, en la transmisión al concesionario del riesgo de disponibilidad.

Este tipo de concesiones implica, en palabras del Eurostat, que durante la operación de la concesión, el concesionario deberá responsabilizarse de la mala gestión que produzca, como consecuencia, un volumen de servicios menor que el dispuesto en el contrato de concesión, o una prestación de servicios por debajo de los estándares

de calidad especificados en el contrato de concesión (Manual on Government Deficit and Debt, Implementation of ESA10, edición de 2013, apartado VI.4.3.2, página 287).

La contraprestación al concesionario en estos contratos de concesión se realiza a través de pagos por disponibilidad, es decir, retribuciones cuyo importe se vincula a la calidad con la que el concesionario ejecuta el contrato.

El éxito de estos modelos concesionales se debe al contexto de crisis económica actual, que los hace especialmente atractivos para ambas partes.

Del lado de las Administraciones públicas, la adjudicación de estos contratos les permite desligar los activos concesionales de sus cuentas a los efectos del cálculo del déficit público.

Desde el punto de vista de los concesionarios, estos contratos se desvinculan del riesgo de demanda, y por tanto, de los niveles desfavorables propios de economías en recesión.

Así las cosas, el pasado 28 de marzo se publicaron en el Diario Oficial de la Unión Europea las nuevas Directivas en materia de adjudicación de contratos de concesión, contratación pública y contratación por entidades de los

denominados sectores especiales o excluidos.

Sin perjuicio de que los tres nuevos textos jurídicos implicarán necesariamente la modificación de la legislación española de contratación pública, la nueva Directiva en materia de adjudicación de contratos de concesión (Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014) ha despertado especial interés, al ser la primera directiva que entra a regular esta materia a nivel europeo.

Definición de concesión de obras

La nueva Directiva realiza una definición de lo que debe entenderse por concesión de obras y por concesión de servicios (apartado 1) del artículo 5, y precisa que la adjudicación de concesiones de obras o servicios debe implicar la transferencia al concesionario de un *riesgo operacional* en la explotación de dichas obras o servicios, abarcando el *riesgo de demanda* o el *riesgo de suministro* (este último, también traducido al español, de forma más correcta, en nuestra opinión, como *riesgo de oferta*), o bien, ambos tipos de riesgos.

Curiosamente, el texto original de la Directiva, planteado por la Comisión Europea el 20 de diciembre de 2011, se refería al riesgo de demanda y al riesgo de disponibilidad, pero las sucesivas versiones suprimieron la referencia al riesgo de disponibilidad, que quedó finalmente reemplazado por el riesgo de oferta.

Pues bien, conforme al considerando 20 de la Directiva, debe entenderse por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato, y por riesgo de oferta, el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, y en particular, el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.

Más allá, no se concreta en el artículo de la Directiva si una concesión debe implicar siempre, y en todo caso, la transferencia del riesgo de demanda o del riesgo de oferta, ni tampoco si dentro del concepto de riesgo de oferta puede o no puede subsumirse el riesgo de disponibilidad.

No obstante, el considerando 20 de la Directiva aclara que el riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las

partes, y que un riesgo vinculado a la mala gestión, o a los incumplimientos del contrato por parte del operador, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, al ser tales riesgos inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto público como privado.

Ciertamente, el riesgo de disponibilidad está vinculado a la mejor o peor gestión por parte del concesionario, y se trata de un riesgo que, de algún modo, depende de factores que el concesionario puede controlar.

Así pues, teniendo en cuenta las manifestaciones realizadas en el considerando 20 de la Directiva, así como la supresión de cualquier referencia al riesgo de disponibilidad en la versión final del texto, el criterio de la Directiva parece apuntar a la exclusión del concepto de contrato de concesión de aquellas concesiones basadas en la transferencia al concesionario del riesgo de disponibilidad, y cuya remuneración consista, por tanto, en pagos por disponibilidad, de forma que tales contratos pasarán a ser contratos de obras y servicios, o únicamente de servicios, pero no de concesión.