

NUEVA DIRECTIVA DE CONCESIONES. EL RIESGO CONCESIONAL. DISTINCIÓN ENTRE CONTRATOS DE SERVICIOS Y CONTRATOS DE CONCESIÓN DE SERVICIOS

Ximena Lazo Vitoria

Universidad de Alcalá

ximena.lazo@uah.es

Madrid 14 de junio 2016

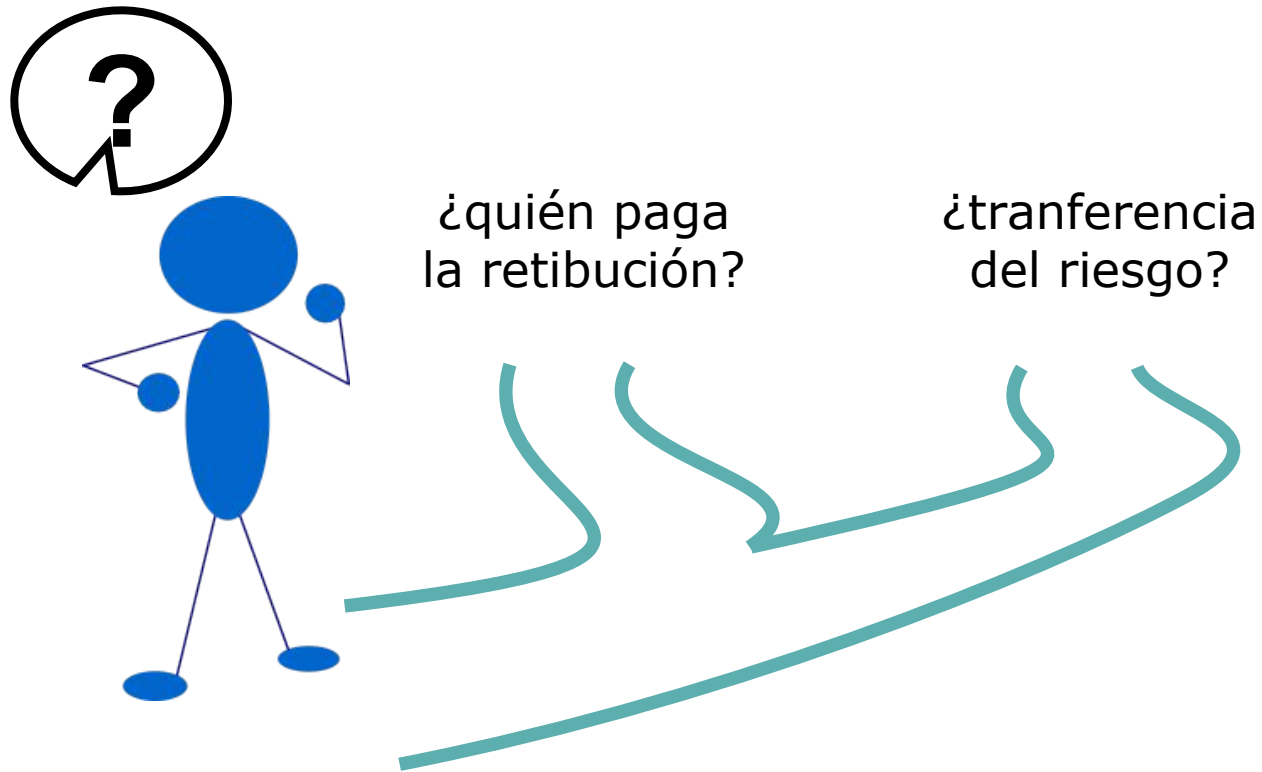


CONTRATOS DE SERVICIOS VS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE SERVICIOS

1. **El concepto**
2. **La problemática del contrato de gestión de servicios públicos**
3. **Servicios y servicios públicos desde la perspectiva europea**

Concepto de contrato de concesión de servicio: El riesgo operacional

Fijando criterios de distinción...



Concepto de contrato de concesión de servicio: El riesgo operacional

Enunciado el contenido de la transferencia del riesgo...

*considerando
20*

"...si poder adjudicador sigue soportando la totalidad el riesgo sin exponer al prestatario a las incertidumbres del mercado..."

*considerando
18*

"...es necesario que se transfiera la totalidad o, al menos una parte significativa del riesgo de explotación..."

*considerando
19, 2ª parte*

"...traslación de parte significativa del riesgo aunque esta sea muy limitada..."

*considerando
20*

"...riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, desajuste oferta y demanda, insolvencia de deudores, ingresos no cubran íntegramente gastos de explotación..."

Concepto de contrato de concesión de servicio: El riesgo operacional

Elemento esencial la transferencia riesgos (art. 5. 1. in fine D 2014/23)

“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....”

Concepto de contrato de concesión de servicio: El riesgo operacional

Hay transferencia (art. 5. b)	NO hay transferencia (Considerando 18)
<p>No está <u>garantizado</u> que recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya contraído para explotar los servicios objeto de la concesión <i>(En condiciones normales de funcionamiento)</i></p>	<p>Se <u>garantizan ingresos mínimos</u> que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato</p>

Concepto de contrato de concesión de servicio: El riesgo operacional

La transferencia supone:

- “Una exposición *real* a las incertidumbres del mercado que implique cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”

Positivización de la doctrina TJUE
(Parking Brixen 2007; Eurowasser
2009; Norma-A y Dekom 2011; Privater
2011; etc.

Concepto de contrato de concesión de servicio: El riesgo operacional

Por tanto, no hay transferencia de riesgo....

Servicio público de limpieza urbana, recogida y transportes residuos sólidos y gestión de contenedor limpio (TACRC Res 703/2015)

Prestación de servicios de limpieza urbana

= 90% del precio del contrato

La retribución del contratista no depende de los rendimientos de su explotación

A. Precio fijo (servicios de limpieza)

B. Ingresos por gestión de recogida selectiva: por entrega a gestor de envases ligeros, papel y cartón

C. Prima de eficiencia en la recogida selectiva: bonificación/penalización vinculada a la ratio de generación de residuos no separados en origen

Concepto de contrato de concesión de servicio: El riesgo operacional

Por tanto, no hay transferencia de riesgo....

Gestión integral del Hogar y Centro de Día de mayores Luis Aula de Zaragoza. Acuerdo 52/2013 (TARCAragón 1/10/2013).

- Cantidad fija (La Administración completa las cantidades pagadas por los usuarios –cualquiera sea su importe- hasta alcanzar el total de la oferta y subsiguiente adjudicación)

Concepto de contrato de concesión de servicio: El riesgo operacional

Está claro que no se puede:

- *compensar* o “aliviar” al concesionario....
- Concesiones de servicio de transporte Reglamento 1370/2007 (sí admite compensación) y por ello está excluido expresamente de la Directiva 2014/23
- Duración vinculada a la recuperación de Inversiones, costes y beneficio

Concepto de contrato de concesión de servicio: El riesgo operacional

Otras reglas sobre riesgo operacional

- Parte del riesgo puede quedar en manos de la Administración “si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador” (Considerando 18).
- Que el pago puede provenir exclusivamente de la Administración, siempre que la recuperación de las inversiones y costes....depende de la demanda o suministro efectivo de los servicios (Considerando 18).
- El riesgo puede estar limitado en función del sector en que se trate (Por ejemplo, TACP de Madrid, Resolución 103/2014; TACRC 204/2013; Acuerdo 95/2015 TARC Junta de Andalucía)

Concepto de contrato de concesión de servicio: El riesgo operacional

No forma parte del concepto:

- Riesgos vinculados a la mala gestión
- incumplimientos de contrato por parte del operador
- ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato (contrato público o concesión).

Concepto de contrato de concesión de servicio: El riesgo operacional



Concepto de contrato de concesión de servicio: El riesgo operacional

Tipología de riesgos	
Art. 5.1	Considerando 20
Riesgo de demanda	el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato
Riesgo de suministro	(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

Concepto de contrato de concesión de servicio: El riesgo operacional

Directiva 2014/23	Reglamento UE 549/2013 (Extracto)	TRLCSP Contrato de gestión de servicio público
Riesgo de demanda	Riesgo de	Art. 281 "una retribución función de su servicio"
Riesgo de suministro	Riesgo de disponibilidad	

**Anteproyecto
de Orden creación Oficina
Nacional de Evaluación (sólo
demanda)**

Concepto de contrato de concesión de servicio: El riesgo operacional

TACRC Resolución nº 346/2013 (04/09/2013)

Contrato gestión integral de determinados servicios públicos medioambientales Ayto. Guadalajara (modalidad concesión).

Calificación: mixto cuya prestación más importante era la de gestión de servicios públicos y duración 17 años (más 3 de prórroga)

“parece patente que el riesgo de disponibilidad no se ha transmitido en el presente contrato...porque el hecho de que pueda disminuirse hasta un 6% la retribución del contratista no puede suponer que ésta asuma el riesgo del mismo...”

- Pago fijo e independiente del grado de utilización (para el contratista era completamente indiferente la conducta de los usuarios)

La problemática del contrato de gestión de servicios públicos

A la vista de todo lo anterior....

¿en qué situación queda el contrato de gestión de servicios públicos?

¿quedan todas las modalidades (concesión, gestión interesada, sociedad de economía mixta y concierto) subsumidos en los dos tipos europeos?

- Dada la falta de transposición, la interpretación ofrece respuestas diversas

La problemática del contrato de gestión de servicios públicos

Órgano	Interpretación
Documento de Estudio de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales (01/03/2016)	La categoría de contrato de gestión de servicio público queda desplazada No así el régimen jurídico en tanto no sea contrario
Recomendación JCCA (15 de marzo 2016)	Contrato de gestión de servicio público sujetos a regulación armonizada
Informe 1/2016, de 6 de abril, JCCAGC	mantiene Concierto, SEM, Gestión interesada (únicamente desplaza concesión)
Decreto –Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública (Cataluña)	Gestión de servicio público modalidad concesión

La problemática del contrato de gestión de servicios públicos

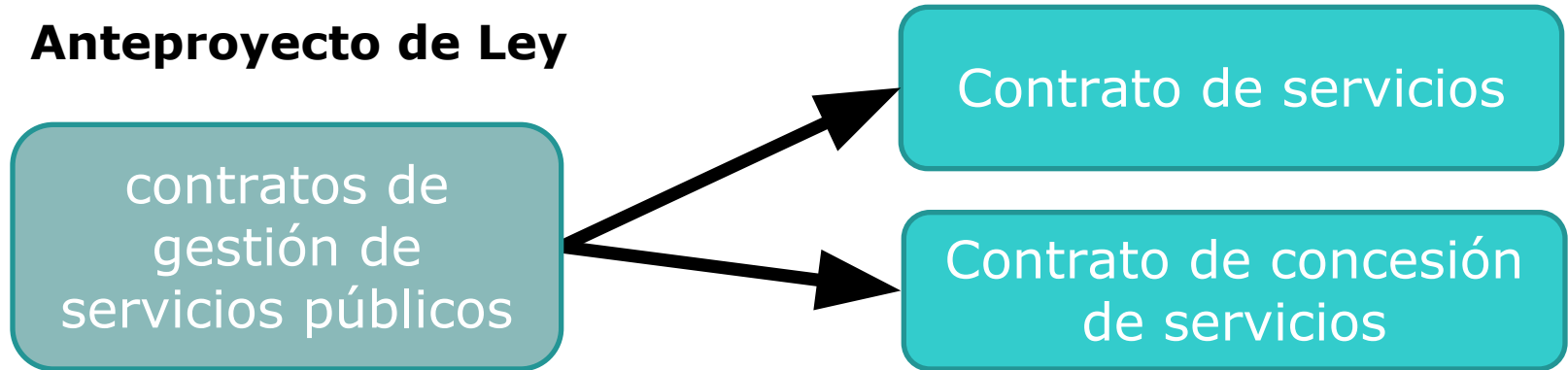
Resolución / Acuerdo	Servicio público
Acuerdo TACPA 52/2013	Hemodiálisis
Res TARCJA 180/2014	Hemodiálisis
Res TACRC 748/2014	Hemodiálisis
Res TACRC 695/2014	Hemodiálisis
Res TARCJA 139/2015	Transporte sanitario

La problemática del contrato de gestión de servicios públicos

Resolución /Acuerdo	Servicio Público
Res TACRC 267/2013	Transporte sanitario urgente y ordinario
Res OARCE n° 2/2015	Transporte sanitario y asistencia a emergencias sanitarias
Acuerdo TACPCM n° 185/2015	Transporte sanitario
Res TACRC n° 351/2016	Transporte Sanitario

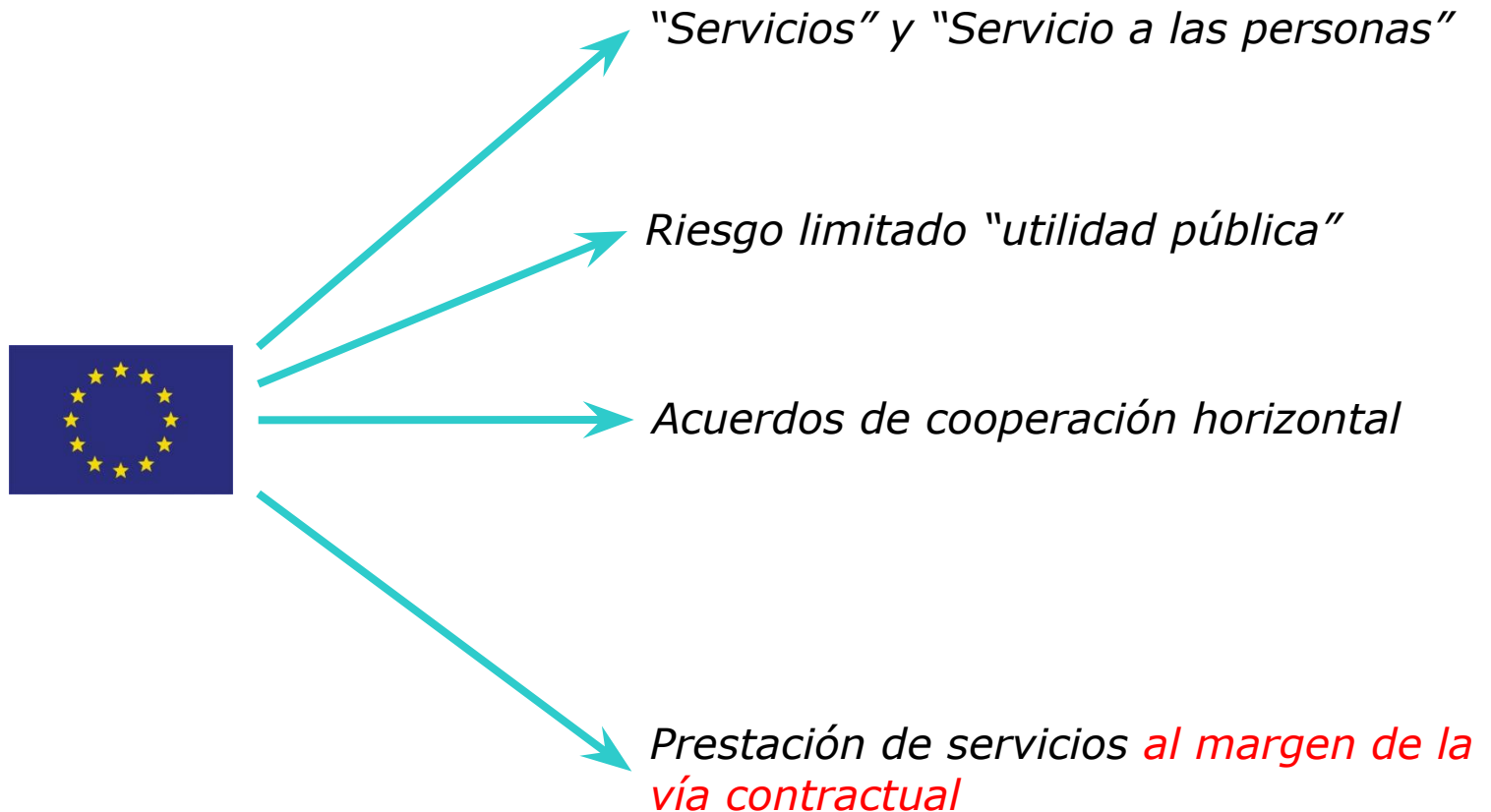
La problemática del contrato de gestión de servicios públicos

Anteproyecto de Ley



Consejo de Estado: A partir de las premisas de las Directivas 2014/23 y 2014/24, no parece factible concebir una figura contractual que escape a una u otra categoría”

Servicios y servicios públicos desde la perspectiva europea



Servicios y servicios públicos desde la perspectiva europea

Antecedentes

- Recientes pronunciamientos TJUE
- Sentencia TJUE de 11 de diciembre de 2014 (Asunto C-113/13) decisión prejudicial (Spezzino)
- Sentencia TJUE de 28 de enero de 2016 (Asunto C-50/14) decisión prejudicial (Casta)

Servicios y servicios públicos desde la perspectiva europea

➤ Desarrollo normativo español (ejemplo)

Cataluña:
Decreto Ley 3/2016, de 31 de mayo

Concierto social