



El riesgo operacional como factor diferenciador del contrato de concesión de servicios

José Enrique Candela Talavero

Doctor en Derecho

Secretario de Administración local (España)

joseenriquecandela@hotmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-5894-7833>

Extracto

En la contratación pública el licitador adjudicatario asume, al ejecutar el contrato, un riesgo y ventura. Cuando estamos ante prestaciones de contratos en las que existe una transferencia del riesgo estamos en un contrato de concesión de servicios, de forma que aquel soporta tanto el riesgo como la ventura derivada de la evolución y éxito del mismo. Es necesario diferenciar este tipo de otros, como el servicio o la concesión demanial, así como aplicar la normativa sobre la concesión que regula 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 junto a la jurisprudencia europea.

Palabras clave: concesión; riesgo; contrato; equilibrio.

Recibido: 27-06-2023 / Aceptado: 28-08-2023 / Publicado (en avance *online*): 18-09-2024

Cómo citar: Candela Talavero, J. E. (2024). El riesgo operacional como factor diferenciador del contrato de concesión de servicios. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 285, 79-100. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.22425>



The operational risk as a differentiating factor of the service concession arrangement

José Enrique Candela Talavero

Abstract

In public procurement, the successful bidder assumes risk and fortune when executing the contract. When we are dealing with contract services in which there is a transfer of risk, we are in a service concession contract, so that he bears both the risk and the fortune derived from its evolution and success. It is necessary to differentiate this type from others such as service or general concession as well as apply the regulations on the concession that govern Directive 2014/23/EU, of the European Parliament and of the Council, of February 26, 2014, relating to the award of concession contracts together with European jurisprudence.

Keywords: concession; risk; contract; balance.

Received: 27-06-2023 / Accepted: 28-08-2023 / Published (online preview): 18-09-2024

Citation: Candela Talavero, J. E. (2024). El riesgo operacional como factor diferenciador del contrato de concesión de servicios. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 285, 79-100. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.22425>



Sumario

1. Introducción
 2. Regulación europea y nacional
 3. Características del riesgo operacional
 - 3.1. Interpretación
 - 3.2. Extensión y alcance
 - 3.3. Equilibrio económico del contrato
 - 3.4. El riesgo y ventura
 4. Diferencia con figuras afines: la concesión demanial
 - 4.1. Servicio de bar-cafetería en instalaciones o edificios públicos
 - 4.2. El criterio diferenciador: La finalidad pública o interés privado en la explotación de un negocio o actividad
 - 4.3. Criterio del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía: bar-cafetería y máquinas expendedoras de alimentos y bebidas en un hospital público o el contrato de gestión de un tanatorio
 - 4.4. La opción del contrato administrativo especial
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

Una de las facultades discrecionales que tiene la Administración cuando decide tramitar y prestar un determinado servicio público es el tipo de contrato que se adapta a sus necesidades y según las prestaciones y contenido de ese contrato, de forma que determinará el objeto del contrato como una facultad del órgano de contratación, que es a quien compete concretar las prestaciones exigibles en función del interés público que se pretende atender a través de la contratación (Resolución núm. 1114/2018, de 30 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –TACRC–).

Podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares, como se deduce del artículo 284.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

A esto se le suma, como se deduce del artículo 15.2 de la LCSP, que este derecho de explotación de los servicios implicará necesariamente, como nota identificativa del mismo, la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior. Precepto que para el contrato de concesión de obras implica que:

4. El derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro 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.

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdénable (art. 14.4 LCSP).

Previsión que no olvida en ningún caso el carácter oneroso del contrato público (art. 2.1 LCSP) cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades enumeradas en

el artículo 3 de la LCSP y que se presenta cuando «el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta». Esta característica se tuvo presente en el FD 67.º de la STJUE de 14 de julio de 2022, asunto C-436/20, en tanto que

el carácter oneroso de un contrato público supone que cada una de las partes se obliga a realizar una prestación en contrapartida de otra prestación, sin excluir, no obstante, que la contrapartida del poder adjudicador consista únicamente en el reembolso de los gastos soportados por prestar el servicio pactado (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de septiembre de 2020, Tax-Fin-Lex, C-367/19, EU:C:2020:685, apartados 25 y 26 y jurisprudencia citada). Por tanto, un contrato no puede quedar excluido del concepto de «contrato público de servicios» por el solo hecho de que, como parece ocurrir en el caso de autos, la retribución prevista se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio (sentencia de 28 de enero de 2016, CASTA y otros, C-50/14, EU:C:2016:56, apartado 52).

2. Regulación europea y nacional

Para conocer la regulación del contrato de concesión a nivel comunitario y adentrarnos en sus notas propias es preciso comenzar con la mención al mismo que ofrece 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. En su considerando 11 prevé que

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.

y en el 17, que esta directiva

no debe aplicarse a los contratos que no conlleven pagos al contratista y en los que este reciba su retribución de acuerdo con tarifas reglamentadas calculadas de manera que cubran la totalidad de los costes e inversiones que este haya soportado para prestar el servicio.

Para fijar una nota que la define el considerando 18 acude al riesgo operacional. En concreto para aclarar la definición de «concesión», lo hace sobre el concepto de riesgo operacional. De esto resulta su característica principal como es que

el derecho de explotar las obras o los servicios implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador. La reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviasa al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato. Al mismo tiempo, hay que aclarar que ciertos regímenes en los que la remuneración procede exclusivamente del poder adjudicador o la entidad adjudicadora pueden considerarse concesiones si la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios.

De esta forma que en su considerando 20:

Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario.

A nivel interno la LCSP, en la delimitación de los tipos contractuales, define en su artículo 15 el contrato de concesión de servicios como

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

y añade la importante puntualización que supone que esta explotación por el concesionario de los servicios lleva consigo que se le transfiere el riesgo operacional.

Esto obliga a señalar el apartado cuarto del artículo 14 de la LCSP, que reconoce que

el derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro 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. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

Y en su desarrollo el artículo 285.1 b) y c) de la LCSP obliga a que los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas deberán hacer referencia a las condiciones de prestación del servicio y, en su caso, fijar las tarifas que hubieren de abonar los usuarios, los procedimientos para su revisión, y el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración. También deben regular la distribución de riesgos entre las partes, Administración y concesionario, según las características particulares del servicio. Esto no obstante, el riesgo operacional le corresponderá al contratista.

3. Características del riesgo operacional

3.1. Interpretación

Para delimitar la interpretación del riesgo operacional conviene acudir al criterio que se deduce de la Resolución núm. 984/2021, de 17 de agosto del TACRC, para diferenciar el contrato de gestión de servicios públicos, bajo la modalidad de concesión de servicios, de forma que si hay asunción del riesgo de explotación por el concesionario, estaremos ante una concesión de servicios. Muy elocuente en este sentido se mostró el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía al estimar y compartir

con el órgano de contratación su defensa frente al alegato de la recurrente de que la fuente de ingresos predominante debería haber sido el «ingreso por kilómetro realizado» y no el «ingreso por viajero», pues como muy bien indica el informe al recurso ello desnaturaliza el contrato de concesión de servicios, convirtiéndolo al no existir riesgo operacional en una prestación de servicios (Resolución núm. 103/2021, de 25 de marzo).

Riesgo en la concesión que debe estar siempre presente para no confundir o calificar erróneamente el tipo contractual y estar ante un contrato de servicio.

Admitido que la Administración reconozca ayudas o subvenciones en el mismo, debe hacerse de forma que no se elimine el mencionado riesgo y por tanto se mantenga la asunción del riesgo por el concesionario. Así se deduce del informe núm. 106/18 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (JCCAE) referido a la posibilidad de otorgamiento de subvenciones para compensar posibles pérdidas y habilitar

que en el contrato de concesión de servicios la Administración contratante acuerde conceder aportaciones, ayudas o subvenciones a la explotación del servicio con el fin de garantizar su viabilidad económica, pero ello debe hacerse en términos tales que se mantenga la asunción del riesgo por el concesionario.

Conclusión que debe hacerse extensiva a cualquier tipo de compensación económica dispensada por la Administración contratante, y que rompería por completo el núcleo económico de un contrato calificado de concesión. De manera que no se anulen el riesgo inherente a este sistema de retribución, como ocurrió en el caso resuelto por la STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto Norma-A y Dekom, C-348/10, al recalificar una concesión de servicios de transporte en contrato de servicios, pues se acreditó que la Administración compensó económicamente al contratista en caso de existencias de pérdidas por falta de usuario. No olvidar la diferencia jurisprudencial entre ambas figuras puesto que

de la comparación de estas definiciones se desprende que una concesión de servicios se diferencia de un contrato público por la adjudicación al concesionario del derecho, acompañado eventualmente de un precio, a explotar los servicios objeto de la concesión, disponiendo el concesionario, en el marco del contrato celebrado, de cierta libertad económica para determinar las condiciones de explotación de los servicios que se le conceden y por asumir, en paralelo, el riesgo vinculado a operar dichos servicios (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de julio de 2016, Promoimpresa y otros, C-458/14 y C-67/15, EU:C:2016:558, apartado 46) (STJUE 10 de noviembre de 2022, asunto C-486/21, Sharengo).

3.2. Extensión y alcance

Para su delimitación, el artículo 284.2 de la LCSP fija su ámbito de forma que

antes de proceder a la contratación de una concesión de servicios, en los casos en que se trate de servicios públicos, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance

de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

Previsión del carácter económico que supone atender a las prestaciones económicas, denominadas tarifas con naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario (disp. adic. cuadragésima tercera LCSP) y al canon o participación. Para ello, el artículo 289.1 y 3 de la LCSP prevé que

el concesionario tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración [...] [y] si así lo hubiera establecido el pliego de cláusulas administrativas particulares, el concesionario abonará a la Administración concedente un canon o participación, que se determinará y abonará en la forma y condiciones previstas en el citado pliego y en la restante documentación contractual.

Contraprestaciones económicas cuya naturaleza jurídica, en atención al artículo 31.3 de la CE, de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario lo es cuando se exijan coactivamente. Así lo reconoció la JCCAIE en su expediente núm. 53/18 en los pagos derivados del contrato de servicios con prestaciones directas a favor de la ciudadanía (JCCA de Aragón de 28 de marzo de 2023). Especificando esta disposición adicional cuadragésima tercera que tienen esa consideración «aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión, mediante sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de derecho privado».

Estamos ante una concesión de servicios por el hecho de que los pagos al prestador provinieran directamente de los usuarios o beneficiarios de la prestación del servicio, generando con ello un riesgo para el contratista (STJUE de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, asunto C-458/03). Ya desde la STJUE de 18 de noviembre de 2004, Comisión c. República Federal de Alemania, asunto C-126/03, se consideró irrelevante a efectos de la sujeción a las directivas de contratación (las concesiones estaban excluidas) que el contrato cumpla una función de interés general, y calificó como contrato de servicios un contrato cuyo objeto era el transporte de residuos. Continuó la STJUE de 10 de noviembre de 2011, Norma-A SIA, asunto C-348/10, apartados 48 y 49, cuando señaló, con cita expresa de la anterior, que «el riesgo de explotación del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado» (citadas en el Informe 13/2018, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón).

Para concluir este informe de Aragón, siguiendo el informe núm. 25/2012, de 20 de noviembre de 2012 de la JCCAIE, para la gestión de bares existirá «la exigencia de que el adjudicatario soporte una parte significativa del riesgo de exposición a las incertidumbres del

mercado o «riesgo operacional», como criterio para la calificación del contrato como concesión de servicio». Existirá riesgo de demanda, puesto que

la utilización del servicio de bar cafetería no es obligatorio para los usuarios de las instalaciones, ni las instalaciones de la piscina como tales tienen un número garantizado de usuarios y existen unos mínimos e inevitables gastos de personal. Muy probablemente, como es usual en este tipo de contratos, existirán unos servicios mínimos de oferta de menú y otros productos de cafetería a ofrecer obligatoriamente a precios determinados, horarios predeterminados, con riesgo de impagos de los usuarios. En consecuencia, no están garantizados ni siquiera los ingresos suficientes para el pago del canon, pudiendo producirse pérdidas y sin que el adjudicatario pueda renunciar a la prestación del servicio, que estará obligado a realizar en las condiciones establecidas durante el tiempo de vigencia del contrato, por lo que puede afirmarse que hay transferencia de riesgo operacional al contratista.

3.3. Equilibrio económico del contrato

El riesgo operacional en el contrato de concesión de servicio y el equilibrio de todo contrato son los dos factores capitales en la ejecución y resolución favorable a la ejecución del contrato.

Así se deduce del informe núm. 3/2022 de la JCCA de Madrid «Reequilibrio económico financiero en contratos de concesión de servicios sanitarios, a causa de la situación creada por el COVID-19» y del JCCP de Navarra para el que «Informe 5/2022. Incremento de costes y el riesgo imprevisible en los contratos de concesión». Incremento de precios de determinados materiales o recursos necesarios para la ejecución de los contratos de concesión que supone analizar si se producen causa suficiente para un restablecimiento del equilibrio económico. No obstante se trata de una

circunstancia ha de ser valorada caso por caso, atendiendo a las circunstancias propias de cada contrato, que deberán ser adecuadamente probadas en el expediente administrativo, teniendo en consideración el conjunto de la economía del contrato y la necesidad de que su quiebra sea sustancial. El derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato es una excepción a la regla general del riesgo y ventura, por lo que su aplicación debe ser restrictiva, en la comprensión de que no puede convertirse en una garantía ordinaria que cubra los todos los riesgos propios de la concesión, de la que no se puede olvidar, el «riesgo operacional» es una nota sustantiva.

Al respecto es reciente la postura de la Junta Consultiva de Andalucía, que en su informe núm. 6/2024, de 14 de marzo, estudió la opción de compensar a contratistas en caso de un aumento de costes durante la ejecución del contrato que se generasen por una subida salarial pactada en convenio colectivo.

La conclusión fue la posible indemnización a la empresa al tener presente la figura del riesgo imprevisible unido a la del *rebus sic stantibus* como forma para el reequilibrio y al ser una subida imprevista. En todo caso, la decisión que al respecto tenga que adoptar el órgano de contratación se tomaría una vez acreditado y comprobada la existencia de la circunstancia para que efectivamente estemos ante un hecho imprevisto. Decisión que, debido a su alto grado de arbitrariedad, permite a esta junta consultiva instar al legislador a reformar normativas para fijar criterios objetivos ante eventos imprevistos y en su caso adoptar medidas que reequilibren el contrato. Además del contenido del artículo 197 de la LCSP.

En este informe se hace referencia a la STS 1868/2018, de 20 de julio, que manifiesta que

en lo que concierne a las alteraciones de la economía del contrato, la expresa aplicabilidad del principio de riesgo y ventura hace que el contratista, al igual que se beneficia de las mayores ventajas que en relación con las previstas le depara la dinámica del contrato, ha de soportar la mayor onerosidad que para él pueda significar su ejecución.

Eso sí,

las posibles compensaciones económicas al contratista deben interpretarse y atemperarse, de manera que «la compensación debida al concesionario debe ir dirigida al mantenimiento del servicio mediante la distribución proporcional y razonable de las pérdidas entre ambos contratantes, de tal modo que la cuantía de la compensación no sea tan escasa que la haga ineficaz para impedir la ruina de la concesión, ni sea tan excesiva que desplace el riesgo normal de la empresa a la Administración concedente, imponiendo a esta en favor del concesionario, un auténtico seguro de beneficios mínimos o un resarcimiento de todos los perjuicios sufridos [...]» (STS de 14 de marzo de 1985) (Noguera de la Muela, 2023, pp. 239-240).

Reparto y asunción de riesgos, según la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, de forma proporcional y sustancial por el concesionario «determinante para que el contrato de concesión merezca tal calificación» y que en el caso de las autopistas se puede comprobar que

condiciona muy significativamente el funcionamiento práctico del mercado concesional. Así, por ejemplo, una excesiva o inadecuada asignación de los mismos puede producir un efecto desincentivador de la participación de las empresas en los procedimientos contractuales y, por el contrario, si la Administración está dispuesta a asumir cualquier pérdida potencial derivada de la explotación de la obra o del servicio, los contratistas carecerán del conveniente estímulo en su gestión empresarial.

Pero las cosas se complican cuando a dichas reglas se le añaden otras circunstancias exógenas al riesgo empresarial normal (como es el caso, muy conocido

por lo demás, de la sobrevaloración de los costes expropiatorios de los terrenos destinados a infraestructuras de transportes) y, además, todo ello se produce en el marco de un mercado convulso donde las posiciones de oferta y de demanda se extreman por efecto de la actual crisis económica (Lazo Vitoria, 2013, p. 154).

En este sentido, y en relación con este servicio público, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 1719/2023, de 18 de diciembre, y 1775/2023, de 21 de diciembre) (Blanco López, 2024; Gómez-Acebo & Pombo Abogados, 2024) resolvió como no indemnizables daños solicitados por una concesionaria de autopistas por daños sufridos en pérdidas de ingresos provocados por la pandemia. Recordó en su FD 6.º:

no se puede confundir la «imposibilidad» con la dificultad de ejecutar un contrato, máxime en este tipo de contratos en los que la duración de la concesión se prolonga durante años y el periodo tomado en consideración queda reducido a unos pocos meses, pues el equilibrio ha de ser valorado en el conjunto de la prestación, lo contrario implicaría que la Administración tendría que asegurar al concesionario frente a toda contingencia que alterara los términos de su prestación. Ya en la sentencia de este tribunal de 19 de julio de 2022 (rec. 55/2021) afirmábamos que «esta delimitación conceptual referida al margen bruto de explotación como requisito esencial para el reconocimiento del derecho al reequilibrio económico, introducida en el artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020, no se revela contraria a los principios que rigen la contratación pública, y particularmente las concesiones de autopistas, de inmutabilidad, que comporta que el contrato de concesión debe cumplirse de acuerdo con sus cláusulas, de riesgo y ventura, que determina que la frustración de las expectativas económicas asumidas por el concesionario no le autoriza para librarse de sus obligaciones, y de equivalencia, que supone que el contrato de concesión debe mantener el equilibrio económico en los términos en que fue considerado en el momento de su adjudicación, que, sin embargo, no autoriza a mantener el criterio de que cualquier alteración que se produzca en la ejecución de las prestaciones da derecho a restablecerlo, tal como se desprende de la doctrina del Consejo de Estado y de la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

3.4. El riesgo y ventura

En todo caso, no es el riesgo y ventura un absoluto. Así ha sido reconocido por las altas instancias, como la Abogacía General del Estado, en su informe de 1 de febrero de 2019, y se comprueba también que el

Informe núm. 38/20 de la JCCPE, con cita de la Sentencia de 20 de julio de 2016 del Tribunal Supremo, dispone que el riesgo y ventura comprende un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato que significa que «la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir

el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación».

No obstante, el riesgo y ventura del contratista no es un principio absoluto, ya que, tanto nuestro Ordenamiento Jurídico como la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha configurado excepciones a la aleatoriedad de los contratos públicos que permiten el reequilibrio económico del contrato cuando se haya producido una ruptura por causas imputables a la Administración (*jus variandi* o *factum principis*) o por hechos que sobrepasan de la normal «alea» del contrato por tratarse de casos de fuerza mayor o riesgo imprevisible (Carrillo Donaire *et al.* 2023, p. 212).

Por otra parte, estudia la aplicación de la doctrina del «riesgo imprevisible», enlazada a la de la cláusula *rebus sic stantibus*, teniendo en cuenta la sentencia de 18 de abril 2008 del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, que indicó que:

la doctrina del riesgo imprevisible, enlazada a la de la cláusula *rebus sic stantibus*, exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de modo que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente podía preverse.

Pues bien, el Consejo Consultivo de Andalucía ha tenido en cuenta la previsión de la doctrina del «riesgo imprevisible», la Directiva 2014/24/UE en su considerando 109, para indicar que

aunque la LCSP no contempla la doctrina del riesgo imprevisible como causa de la ruptura del equilibrio económico de los contratos administrativos, su aplicación ha sido admitida por la jurisprudencia, si bien con criterios restrictivos con la finalidad de no desvirtuar el principio de riesgo y ventura que rige la contratación pública,

como así se deduce tanto de la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de 9 de diciembre del 2003 y 19 de enero de 1998) del Consejo de Estado (Dictámenes núm. 93/2019, de 28 de febrero, y núm. 243/2019, de 11 de abril) que insiste en que los límites de la regla del riesgo y ventura vienen «determinados por la vigencia del principio de equilibrio económico-financiero». Así, aunque la regla general es la obligatoriedad de las prestaciones consignadas en el contrato público, excepcionalmente, dicha obligatoriedad puede ceder cuando se altere la base del negocio o sus condiciones de modo que se «trastoque completamente» la relación contractual. El alto órgano consultivo alude a la doctrina del restablecimiento del equilibrio del contrato «cuando se produce una quiebra total del sinalagma establecido entre la Administración y el contratista».

Para argumentar aún más su postura es conforme con esta teoría la doctrina de varias juntas consultivas de contratación (informe núm. 13/2023, de 18 de julio, de la JCCAE; de Canarias, en el informe 6/2022, de 28 de julio; de Navarra, en el informe 5/2022; de Aragón,

en el informe 3/2023, o de Cataluña en su informe 20/2023, de 19 de julio). Y con base en tales argumentaciones concluir que

el incremento de los costes salariales ha supuesto una efectiva ruptura del equilibrio económico del contrato y que la situación es desproporcionadamente lesiva, y que puede dar lugar al deber de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, ese hecho debe ser imprevisible, pero también debe haber una excesiva onerosidad de la prestación a consecuencia de las circunstancias extraordinarias y sobrevenidas. Debe tratarse de una ruptura completa del equilibrio contractual, una alteración de la economía del contrato que sea desproporcionada, clara y evidente, y que sobrepase la normal aleatoriedad propia de todo contrato, y externa en las partes, la cual debe examinarse caso por caso, en atención a las circunstancias de cada contrato y sobre la globalidad del contrato.

En todo caso, y considerando la opción del artículo 290 de la LCSP, para procederse a una modificación del contrato de concesión de servicios no se debe obviar el equilibrio del contrato. La Administración podrá modificar las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, únicamente por razones de interés público y si concurren las circunstancias previstas, pero sin olvidar que el apartado 5 de la LCSP permite un restablecimiento del equilibrio del que

parece desprenderse que la Administración dispone de cierto margen de discrecionalidad para elegir la fórmula que considera adecuada a la hora de restablecer el equilibrio económico del contrato:

«En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la modificación de la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo de la concesión y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato».

A pesar de ello, nuestra doctrina se ha mostrado generalmente reacia al restablecimiento del equilibrio económico mediante la ampliación del plazo de duración de la concesión. Los informes de la JCCA 12/06 y 07/06 de 24 de marzo, remitiéndose al Informe de la misma Junta 47/98, de 17 de marzo de 1999, señalaban que para poder admitir la prórroga o ampliación del plazo concesional para mantener el equilibrio en los supuestos de modificación en el caso concreto de las autopistas de peaje había sido necesaria una reforma de la ley concreta que era de aplicación que lo admitía expresamente, por lo que únicamente será posible en los supuestos en que lo prevea la normativa que resulte de aplicación, descartando su aplicación análoga a otras concesiones de gestión del servicio público como el de agua potable (Sahún Pacheco, 2019, p. 280).

Riesgo y ventura puesta de manifiesto por la jurisprudencia en tanto que

la supresión del riesgo y ventura «ha sido puesta en cuestión doctrinalmente, al estimar, con toda justicia, que hay que dejar a cargo del concesionario lo que se ha llamado el "alea normal del contrato", es decir, la pérdida o el beneficio que hubiera podido preverse normalmente, ya que un seguro total, que garantice al concesionario de todos los riesgos eventuales de la empresa y los traslade a la Administración en su integridad, vendría a establecer un desequilibrio y, en esta hipótesis, contrario a los intereses públicos y a los principios de la justicia eterna (SSTS de 2 de julio de 1873 y de 25 de marzo de 1915), lo que representa un interpretación que conduce al absurdo» (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1985). La inexistencia completa del riesgo y ventura en una relación concesional comporta, en consecuencia, que no se esté ante tal figura sino ante otra distinta; en concreto, ante un contrato de servicios. Concesión en el que estará presente el equilibrio económico del contrato, donde ejecutarse y desarrollarse los principios de transparencia y no discriminación que «relativos a las concesiones de obras y concesiones de servicios, pero aplicable a todos los contratos públicos» (Dictamen del Consejo de Estado núm. 92/2019, de 28 de febrero).

4. Diferencia con figuras afines: la concesión demanial

4.1. Servicio de bar-cafetería en instalaciones o edificios públicos

Para delimitar con criterios diferenciadores entre estas figuras, como la concesional demanial, el contrato de concesión, el contrato de servicios o el contrato administrativo especial, según finalidades y destinatarios, hay que saber que la Directiva 2014/23 UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, centró el concepto de concesión sobre el riesgo operacional, de forma que hay transferencia del mismo al concesionario «cuando no está garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes» (art. 5.2) y que la normativa de concesiones no estaría justificada si se aliviase al contratista de cualquier pérdida potencial garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a los costes.

Según el considerando 14 de la Directiva 2014/23 UE,

no deben considerarse concesiones ciertos actos de los Estados miembros, como las autorizaciones o licencias, en virtud de los cuales el Estado o una autoridad pública establece las condiciones para el ejercicio de una actividad económica, con inclusión del requisito de llevar a cabo una operación determinada, que por lo general se conceden a petición del operador económico y no por iniciativa del poder adjudicador o entidad adjudicadora, y en los que el operador económico queda libre de renunciar a la prestación de las obras o servicios. Para dichos actos de

los Estados miembros pueden ser de aplicación las disposiciones específicas de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (5). A diferencia de dichos actos de los Estados miembros, los contratos de concesión imponen obligaciones mutuamente vinculantes por las que la ejecución de estas obras o servicios está sujeta a obligaciones específicas determinadas por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, que son exigibles legalmente.

Según el considerando 15 de la Directiva 2014/23 UE,

tampoco deben considerarse concesiones a efectos de la presente Directiva determinados acuerdos cuyo objeto es el derecho de un operador económico a explotar determinados parajes o recursos de carácter público, con arreglo al Derecho privado o público, como es el caso de terrenos o cualquier propiedad pública, especialmente en el sector de los puertos marítimos e interiores o aeroportuario, en los que el Estado, poder adjudicador o entidad adjudicadora establece únicamente sus condiciones generales de utilización, sin contratar obras o servicios específicos. Tal es el caso, normalmente, de los contratos de arrendamiento de bienes o de tierras de dominio público, que en general contienen condiciones sobre la toma de posesión del arrendatario, el uso al que debe destinarse el bien, las obligaciones del propietario y del arrendatario por cuanto se refiere al mantenimiento del bien, la duración del contrato de arrendamiento y la devolución de la posesión al propietario, la cuantía del alquiler y los gastos accesorios que debe abonar el arrendatario.

Para el informe núm. 13/2018, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, para analizar la forma adecuada para la licitación de un bar-cafetería en instalaciones o edificios públicos, eventualmente acompañado de la gestión de una piscina municipal, consideró que

ante la utilización por un privado de un bien dominical de una Administración pública hay que analizar si la actividad que vaya a realizarse puede considerarse como prestación de servicios con finalidad pública, o como utilización privativa de un bien de la Administración con un fin privado.

En consecuencia, estaremos ante un contrato administrativo si el fin es público, aunque el destinatario directo del servicio sea un tercero, empleados públicos o usuarios, en la medida en que la finalidad sea una mejor prestación del servicio público. La identificación de la causa del contrato –elemento esencial del mismo– con un fin público, como sucede cuando la prestación esté directamente vinculada a la prestación de un servicio público, determinará la calificación como contrato administrativo.

Un elemento característico en tales casos es que el negocio jurídico no se limite a autorizar el uso privativo de un local de titularidad pública, permitiendo la utilización por el adjudicatario en su propio provecho para la realización de una actividad económica, sino que la Administración titular regule el ejercicio de la actividad a desarrollar, estableciendo las condiciones de la prestación, especificando los servicios

a ofrecer, el horario de apertura, haciendo coincidir los días de apertura con los de las instalaciones públicas en cuyo seno se sitúa, regulando la limpieza de las instalaciones, etc. En tales casos resulta evidente que la Administración no está persiguiendo únicamente una rentabilidad económica al permitir la ocupación de un espacio disponible en instalaciones públicas, sino que considera necesario fijar las condiciones mínimas de prestación de los servicios a los usuarios. Aunque el destinatario mediato de los servicios de restauración sean los usuarios que libremente decidan hacer uso las mismas, el beneficiario último de la actividad y los servicios prestados es el propio Ayuntamiento, que busca prestar un mejor servicio público deportivo y de ocio. En el Derecho comunitario pueden encontrarse razones que apoyan la argumentación anterior.

Para delimitar la interpretación del riesgo operacional conviene acudir por tanto al criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. En su informe núm. 13/2018, de 30 de mayo, manifestó que

existen datos jurídicos que llevan a desechar la aplicación del tipo contractual de contrato de servicios a los contratos de bar o cafetería situados en instalaciones o edificios públicos, con las características descritas en las consultas recibidas. Primero, no se prevé que la Administración pública abone ningún precio al contratista como contraprestación de los servicios que este presta, sino que será el adjudicatario el que deberá pagar una determinada cantidad al Ayuntamiento. La remuneración del contratista derivará de los rendimientos que pueda obtener de la explotación de los servicios de cafetería y restaurante que se presten a los usuarios de las piscinas municipales, con las prestaciones y en los horarios y condiciones que se establezcan por la Administración, pero a través de los precios que le paguen esos usuarios. Segundo, la Administración no garantiza una rentabilidad mínima a la contratista, la remuneración del contratista queda condicionada a los resultados de la explotación del servicio, asumiendo el correspondiente riesgo. [Además] en el caso de la atribución de facultades de ocupación y explotación de inmuebles públicos por particulares, particularmente en el caso de bares y cafeterías situadas en edificios o instalaciones públicas, la configuración como contrato de carácter patrimonial o como contrato administrativo depende de la causa del contrato y, en concordancia con ello, con la fijación de condiciones para la explotación por parte de la Administración. La finalidad de dar servicio a los usuarios de la instalación, junto con la fijación de condiciones de prestación, como las relativas a horarios, servicios, productos o precios, entre otros, son claros indicios de la naturaleza administrativa del contrato.

Para corroborar esta interpretación, además del abono por los usuarios de la tarifa «por la utilización de las obras o la recepción de los servicios» (García Rosa, 2018, p. 96), se cita la postura del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que en la resolución 153/2017 entendió que «el precio en los contratos de servicios consiste en el derecho a percibir una contraprestación económica. El precio de las concesiones de servicios es el derecho de explotar el mismo con los fines mencionados en el pliego».

4.2. El criterio diferenciador: La finalidad pública o interés privado en la explotación de un negocio o actividad

Por ser frecuentes los contratos de bar o cafetería situados en instalaciones o edificios públicos y su relación con las concesiones de servicios conviene delimitar ambas figuras, y aplicar a cada uno su específico régimen jurídico. De forma que, saber la finalidad se convierte en dato capital, pues

conocer el fin en sí mismo de la celebración de este negocio jurídico servirá para deslindar un contrato administrativo de una concesión demanial, ya que si lo que prevalece en la prestación es la obtención de un interés o finalidad pública, aunque el usuario sea privado o los empleados públicos, estaremos frente al primer caso; sin embargo, si lo que prevalece es el interés privado en la explotación de un negocio o actividad, generalmente lucrativa, que requiere la ocupación privativa de un bien de dominio público o de un bien patrimonial de la Administración, será una concesión patrimonial. (Resolución 153/2017, de 17 de mayo de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid).

Suele optarse por la aplicación de la norma de contratación frente a la patrimonial (Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones públicas), frente a su calificación como concesión patrimonial de los servicios de cafetería, por ser la regulación más estricta y respetuosa con la concurrencia y porque las adjudicaciones pueden llegar a tener una relevancia transfronteriza (Informe de la JCCAE, expediente 87/2018) (Aranda Soria, 2022, p. 102).

4.3. Criterio del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía: bar-cafetería y máquinas expendedoras de alimentos y bebidas en un hospital público o el contrato de gestión de un tanatorio

Resultó esclarecedor el argumentario que empleó el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en sendos recursos especiales interpuestos en expedientes de contratos al dilucidar su naturaleza jurídica como concesión demanial o como concesión de servicio en virtud de riesgo de explotación y su finalidad en un expediente de servicio de bar cafetería y máquinas expendedoras de alimentos y bebidas en un hospital público y el contrato de gestión de un tanatorio.

De hecho la resolución núm. 203/2019, de 25 de junio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, analizó estas figuras y cambió la calificación del órgano de contratación, que la consideró concesión demanial por el uso privativo de bienes de dominio público, mientras que el tribunal andaluz defendió su naturaleza contractual:

es necesario poner de manifiesto que el hecho de que una determinada actividad se desarrolle mediante la ocupación de un bien de dominio público cuyo uso esté sujeto a un título regulador, bien sea autorización o una concesión, no imposibilita que la actividad en él realizada, en la medida en que resulta de una relación jurídica bilateral de naturaleza obligacional, con prestaciones recíprocas entre las partes, sea un negocio jurídico bilateral o contrato, además oneroso, pues el contratista percibe un precio de los usuarios de la cafetería y de las máquinas expendedoras de alimentos y bebidas, y ha de satisfacer como contraprestación el pago de un canon al órgano de contratación (v. g. Resolución 276/2018, de 10 de octubre, de este Tribunal y Resolución 175/2017, de 17 de febrero, entre otras, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales) (Sanmartín Mora, 2019).

Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio. Con estos antecedentes

cuando un negocio jurídico, aunque reúna algunas características de la concesión, como es el caso de que se encomiende la organización del servicio al contratista, pero no contemple la asunción del riesgo de explotación tantas veces mencionado, no podrá considerarse a los efectos de la legislación de contratos del sector público como una concesión de servicios. (Informe núm. 12/10, de 23 de julio de 2010).

También en su resolución núm. 276/2018, de 4 de octubre, este mismo Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía analizó y calificó un contrato de gestión de un tanatorio, que calificado por el órgano de contratación como concesión demanial se recalificó como concesión de servicios. Argumentó

que el hecho de que una determinada actividad se desarrolle mediante la ocupación de un bien de dominio público cuyo uso esté sujeto a un título regulador, bien sea autorización o una concesión, no imposibilita que la actividad en él realizada, en la medida en que resulta de una relación jurídica bilateral, de naturaleza obligacional, con prestaciones recíprocas entre las partes, sea un negocio jurídico bilateral o contrato, además oneroso, pues el contratista percibe un precio de los usuarios del tanatorio, y ha de satisfacer como contraprestación el pago de un canon al órgano de contratación. [Añadió que] el servicio de gestión del tanatorio lo que tiene carácter predominante es la posibilidad de prestar dicho servicio, y no la explotación de un determinado terreno calificado jurídicamente como de dominio público, de modo que estamos en presencia de un contrato de servicios, o de una concesión de servicios, pero no ante una concesión demanial. Destacando que lo que distingue al contrato de la concesión «no es la actividad que pueda ser objeto de la contratación, sino la traslación del riesgo de la explotación o "riesgo operacional" al adjudicatario; es decir, si el contratista asume un riesgo operacional en la explotación del servicio en el sentido que definen los artículos 5 de la Directiva de concesiones y 14.4 y 15.2 de la LCS».

Quedó acreditado que sí había una transferencia del riesgo de la explotación del servicio, y asumió el contratista el riesgo de pérdidas en caso de que la demanda de usuarios fluctuara o descendiese durante el contrato respecto a sus previsiones iniciales, o si los gastos de explotación son superiores a los estimados.

4.4. La opción del contrato administrativo especial

No obstante, es también necesario poner de manifiesto la posible interpretación de la naturaleza jurídica de estos servicios y su posible encuadre en el contrato administrativo especial.

Figura que no obstante las varias interpretaciones que pueden presentarse sobre su subsistencia o por su carácter residual tras la Directiva 2014/23/UE, lo cierto es que la actual normativa se refiere a ellos en el artículo 25.1 b) de la LCSP (Vázquez Lacunza, 2017), «por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella» (p. 249).

Contratos administrativo especial que se consideró encajaba en el tipo de concesión de servicios, pues fue en la gestión de una instalación deportiva municipal y la explotación del bar incluido en ella que

dato que el contratista asume un riesgo operacional derivado de la gestión del campo deportivo municipal y de la explotación del bar incluido en su recinto, procede concluir que, con independencia de la denominación empleada, no estamos ante un contrato administrativo especial, sino ante un contrato de concesión de servicios que aúna dos prestaciones (gestión del campo deportivo y explotación del bar). (Resolución núm. 325/2023 de 16 de marzo de 2023 TACRC).

Misma conclusión que acordaron las resoluciones núm. 1314/2023 y núm. 1336/2023 de 20 de octubre de 2023 de considerar concesión de servicios el contrato que el órgano de contratación denominó «de explotación del servicio de bar-cafetería en Cala Baladarr, mediante la instalación de un quiosco o instalación desmontable», al revolver que

atendido lo anterior, debemos comenzar rechazando la calificación del presente contrato como contrato administrativo especial en la línea ya iniciada (Expediente 87/18 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado). En efecto, tras la reforma llevada a cabo por la vigente Ley de Contratos, la amplia delimitación del contrato de prestación del servicio de bar-cafetería en dependencias calificadas de dominio público no debe ser calificada de contrato administrativo especial, sino que debe calificarse como un contrato administrativo típico, siempre que ello sea posible atendidas las cláusulas del pliego (en este mismo sentido los contratos analizados en los recursos resueltos mediante nuestras resoluciones núm. 748/2023 y 997/2023).

5. Conclusiones

Cuando al Administración pública procede a determinar el objeto, concretar el interés público a satisfacer y los requisitos para ejecutarlo estamos ante una decisión ajena a la voluntad de los licitadores. Así ha sido reconocido por el TACRC (resoluciones núms. 156/2013, de 18 de abril, 194/2013, de 23 de mayo, y 548/2015) expresándolo en estos términos: «La pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él» (resolución 756/2014, de 15 de octubre).

Por su parte el informe núm. 2/2014, de 22 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, explicó la diferencia entre contratos de servicio y concesión de servicios, en función del riesgo y medio de cobro del operador, como interpreta la jurisprudencia, pues

el TJUE ha reconocido que el operador asume el riesgo del servicio cuando cobra una parte significativa de su remuneración al usuario, de forma que el modo de remuneración del operador es, como en la concesión de obras, un elemento que permite determinar la asunción del riesgo de explotación. Así, el TJUE ha considerado como concesión de servicios casos en que la remuneración al operador provenía de los pagos efectuados por los usuarios de un *parking* público (STJUE de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen), de un servicio de transporte público (STJUE de 6 de abril de 2006, ANAU) y de una red de teledistribución (STJUE de 13 de noviembre de 2005, Coditel Brabant).

También se pronunció la STJUE de 10 de marzo de 2011, asunto *Privater*, en parecidos términos:

Si bien el modo de remuneración es, por tanto, uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implique que el concesionario asuma el riesgo de explotaciones de los servicios de que se trate y que la inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios.

Se trata en definitiva de atender la existencia o no del riesgo operacional, entendido como carga que asume todo empresario en su actividad, que al vincularse con la Administración, y cuando es mediante una concesión de servicios, lo hace vulnerable al desarrollo de su actividad económica en el mercado donde aplicar los principios de libre competencia, igualdad de trato y principio de riesgo y ventura (STS de 20 de julio 2016).

Referencias bibliográficas

- Aranda Soria, S. (2022). Debate actual sobre la naturaleza jurídica de los contratos de explotación de bar, cafetería y restauración en inmuebles de dominio público. Especial referencia al ámbito militar y de la Guardia Civil. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 254.
- Blanco López, F. (2024). STS desestima reclamación de concesionario de autopistas de compensación de daños. <https://www.obcp.es>
- Carrillo Donaire, J. A., Álvarez Medina, L., Tarancón Babío, J. y Borja Carmona, F. (2023). Técnicas para preservar el equilibrio económico-financiero en los contratos del sector público a raíz del incremento generalizado de los precios de las materias primas. *Cuadernos de Derecho Regulatorio*, 1. Marcial Pons.
- García Rosa, M. (2018). El nuevo contrato de concesión de servicios: claves para su fiscalización. *Auditoría Pública*, 71.
- Gómez-Acebo & Pombo Abogados (2024). Jurisprudencia del Tribunal Supremo con-
traria a indemnizar a las concesionarias de autopistas por las pérdidas derivadas de la pandemia. *Contratos del Sector Público*, 168.
- Lazo Vitoria, X. (2013). El futuro del mercado concesional en Europa. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 154.
- Noguera de la Muela, B. (2023). Nota sobre la revisión excepcional de precios en la contratación pública: Fin de trayecto. La doctrina del riesgo imprevisible. *Cuadernos de Derecho Regulatorio*, 1. Marcial Pons.
- Sahún Pacheco, R. (2019). *Riesgo operacional y servicio público*. Agencia Estatal del BOE.
- Sanmartín Mora, M. A. (2019). Servicios de cafetería ¿contratos de servicios, concesiones o concesión demanial? <https://www.obcp.es>
- Vázquez Lacunza, E. (2017). La controvertida caracterización del contrato administrativo especial. *Revista Gallega de Administración Pública*, 54.

José Enrique Candela Talavero. Funcionario de la Administración local con habilitación de carácter nacional. Doctor en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha. Graduado en Ciencias Políticas por la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Investigador colaborador del Centro de Investigación para la Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca. <https://orcid.org/0000-0002-5894-7833>