

torio quedan patentes en esta monografía; por ello, esperamos que esta obra se actualice periódicamente, incorporando todas las novedades aprobadas por cada una de las Administraciones autonómicas.

*M.<sup>a</sup> Remedios Zamora Roselló*  
Universidad de Málaga

ROCÍO SAHÚN PACHECO: *Riesgo operacional y servicio público*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2019, 356 págs.

De todas las novedades introducidas por la vigente 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, la más relevante desde el punto de vista dogmático y práctico, y también la más polémica doctrinalmente, es la supresión de la categoría del contrato administrativo de gestión de servicios públicos y su sustitución por las concesiones de servicios y los contratos de servicios que conllevan prestaciones directas a favor de los ciudadanos (así como por la posibilidad de adjudicación directa de las concesiones a sociedades de economía mixta de capital mayoritariamente público, con el socio privado seleccionado como si fuera un contratista). La justificación de esta novedad radicaría en la necesidad de transponer al ordenamiento jurídico español 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, que regula por primera vez en el ámbito del derecho de la Unión Europea los contratos de concesión de servicios. Sin embargo, la doctrina científica ha puesto en duda que para transponer esa directiva fuese preciso suprimir la categoría del contrato de gestión de servicios públicos; igualmente discutida es la definición que el legislador de la Unión Europea ha consagrado de las concesiones de servicios (y, en realidad, también de las de obras) sobre la base del criterio de la transferencia al contratista del llamado «riesgo operacional».

La primera cuestión ha sido tratada por relevantes autores de la doctrina administrativista de nuestro país y, aunque también el criterio de la transferencia del riesgo operacional ha recibido amplia atención doctrinal, faltaba, sin embargo, un estudio sistemático y articulado del tema desde todos los puntos de vista. Colma dicha carencia esta oportuna monografía, que deriva de la tesis doctoral elaborada por la autora en la Universidad Complutense de Madrid, bajo la dirección de los catedráticos de la misma José María Baño León (que prologa el libro) y Tomás Cano Campos, y defendida en julio de 2019 con la máxima calificación.

El estudio se estructura en cuatro capítulos que siguen una progresión perfectamente lógica: en el primero se analizan los fundamentos económicos de la

distribución de riesgos en las concesiones de servicios; en el segundo se expone el proceso de génesis del criterio de la transferencia del riesgo operacional al contratista como fundamento del concepto de concesión en el derecho de la Unión Europea; en el tercero se aborda la manera en que la transferencia del riesgo operacional se configura en la vigente Ley de contratos del sector público; y en el cuarto y último se desarrollan unas consideraciones críticas sobre la consagración del criterio de la transferencia del riesgo operacional como elemento definidor de los contratos públicos de concesión.

El primer capítulo pone de relieve que la teoría económica ha estudiado la cuestión de la distribución de riesgos entre contratantes en el marco de las relaciones de agencia. En este sentido, una concesión de servicios sería, desde la perspectiva económica, una relación de ese tipo, en la que la Administración ocuparía la posición de principal y el concesionario la de agente. Según la teoría económica, para que ese tipo de relaciones funcionen de manera adecuada, los riesgos deben estar correctamente distribuidos entre las partes, de tal suerte que recaigan sobre la mejor posicionada para gestionarlos, es decir, aquella para la que resulte menos onerosa su gestión, pues de lo contrario el agente no contaría con incentivos suficientes para actuar con eficiencia. No obstante, y con independencia de esa regla general, una parte del riesgo debería recaer siempre sobre el principal, ya que de otra forma el agente tendería a elevar sus precios de modo desmedido para protegerse frente a la imputación total de los riesgos. Además, en los contratos públicos de concesión hay otro motivo todavía más poderoso para que la transferencia del riesgo al contratista nunca pueda ser total: el principio de continuidad de los servicios públicos que la Administración ha de garantizar. Por eso, el carácter más o menos esencial del servicio gestionado a través de la concesión tendría que modular los criterios meramente económicos de distribución de los riesgos, tal como muestra la autora analizando pormenorizadamente diversos ejemplos de actividades de titularidad o competencia de las Administraciones públicas.

La siguiente cuestión que se aborda, ya en el capítulo segundo, es cómo la transferencia del riesgo operacional al contratista ha llegado a convertirse en el derecho de la Unión Europea en el criterio esencial para la definición de los contratos de concesión. En nuestra regulación tradicional de los contratos administrativos, esta cuestión estaba presente a través de los principios de riesgo y ventura y de mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, y el primero de ellos servía, precisamente, para distinguir la concesión de la gestión interesada como modalidades del contrato de gestión de servicios públicos. Sin embargo, el criterio de la transferencia del riesgo al contratista no se utilizaba para diferenciar la concesión de servicio público del contrato administrativo de servicios, porque ambos estaban sujetos tanto al principio de riesgo y ventura como al de mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato; lo que los diferenciaba era si el servicio objeto del contrato se prestaba al público o a la Administración contratante. En cambio, en el derecho de la Unión Europea ese criterio se ha erigido en el elemento definidor de los contratos públicos de

concesión por motivos esencialmente contables, en el contexto de las limitaciones al déficit y al endeudamiento del sector público. A partir de la decisión de la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas (Eurostat) de 11 de febrero de 2004, se ha consagrado la directriz contable de que los activos vinculados a las operaciones de colaboración público-privada se consideran activos no públicos y, por consiguiente, no se registran en el balance de las Administraciones públicas siempre que se cumplan dos condiciones, que el socio privado asuma el riesgo de construcción y que soporte, al menos, o el riesgo de disponibilidad o el vinculado a la demanda.

Al tratar de emplear este criterio contable para construir la definición de los contratos de concesión en el marco de la regulación de la contratación pública, las instituciones de la Unión Europea han entrado en un laberinto de difícil salida. El dilema, como explica muy bien la autora en la obra comentada, radica en los tipos de riesgos que cabe transferir al contratista para que nos hallemos ante una concesión. Nadie discute el caso del riesgo de demanda, es decir, de que no exista demanda suficiente de uso de la obra o del servicio, ya que es indudable que un contrato público en el que la retribución del contratista depende de manera sustancial de la frecuentación de la obra o del servicio por los usuarios es una concesión. Sin embargo, ello excluiría la posibilidad de utilizar la concesión para la gestión indirecta de muchas obras y servicios públicos (las *opere fredde* no susceptibles de explotación económica de las que habla la doctrina italiana o los servicios en los que no existe un mercado en forma de demanda de frecuentación por parte de los usuarios que fluctúe libremente), por lo que los operadores económicos interesados en acceder a esa gestión en régimen de concesión han presionado con éxito para que se consagre un concepto más amplio de la misma. Y en este punto empiezan las complicaciones.

La transferencia del riesgo de disponibilidad al que alude la normativa contable de la Unión Europea no es aceptable como criterio definidor de los contratos de concesión porque es consustancial a cualquier contrato público, en los que el contratista está obligado a cumplir los estándares de calidad impuestos en las especificaciones contractuales y, si no lo hace, se expone a la imposición de penalidades o incluso a la resolución del vínculo, así que la Directiva 2014/23/UE ha introducido como alternativa el riesgo de oferta o de suministro, cuya definición plantea serias dudas. Aun concluyendo con acierto, como hace la autora en la obra comentada, que se trata del riesgo de que el contratista no sea capaz de atender la demanda de uso de la obra o el servicio por los usuarios en un momento dado, se plantean similares dificultades conceptuales a las que surgen en relación con el riesgo de disponibilidad, ya que en una concesión de servicios la Administración planifica el contrato en función de la demanda previsible e impone al contratista la disponibilidad de medios suficientes para hacer frente a aquella. En estas condiciones, si el contratista no puede atender la demanda por no disponer de tales medios, nos hallaremos ante un incumplimiento contractual y no ante un riesgo de mercado, y si lo que sucede es que la demanda ha

desbordado las previsiones de la Administración al planificar la operación, no se podrá penalizar al contratista por ello, sino que habrá que modificar o, en último término, resolver el contrato.

Así las cosas, ya puede suponerse que la transposición a nuestro derecho de la Directiva 2014/23/UE mediante la supresión del contrato administrativo de gestión de servicios públicos no parece la opción más prudente ni acertada, tal como razona la autora en el capítulo tercero del libro. Baste recordar que la tardía regulación por la Unión Europea de las concesiones de servicios se debe a que en la mayoría de los países de la Unión la gestión indirecta de los servicios públicos no se sometía a los principios y reglas de la contratación pública, porque la delegación de servicio público se consideraba una decisión de carácter organizativo y, en consecuencia, esencialmente discrecional, mientras que en España, desde el texto articulado de la Ley de contratos del Estado, aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril, la concesión de servicio público se convirtió en una modalidad de un contrato administrativo típico. Por consiguiente, en este punto concreto el derecho español se hallaba considerablemente más avanzado que el del resto de los países de la Unión y aun que la propia Directiva 2014/23/UE, que contiene exclusiones de su ámbito de aplicación que no se dan en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, el legislador español, en lugar de entender que los fines y objetivos de la directiva (que es a lo único a lo que obligan ese tipo de norma de la Unión Europea) estaban en su esencia cumplidos en nuestro ordenamiento jurídico con la configuración de la concesión de servicio público como contrato administrativo, ha optado por una transposición literal de aquella, importando sus insuficiencias y defectos, cuando bien podía haber aprovechado la ocasión para modernizar y mejorar técnicamente la regulación del contrato administrativo de gestión de servicios públicos.

Sacrificar una tradición jurídica nacional más avanzada en aras de una uniformidad que ni siquiera exige el propio derecho de la Unión Europea carece de justificación, y más todavía cuando la configuración de los contratos públicos de concesión en este es muy deficiente, como pone de manifiesto la autora en el cuarto y último capítulo de la obra con una fundamentada y exhaustiva crítica del criterio de la transferencia del riesgo operacional como elemento definidor de la concesión de servicios. Y es que una cosa es contratar la prestación de un servicio a la propia Administración (contrato administrativo de servicios) y otra bien distinta contratar la prestación de un servicio al público (contrato administrativo de gestión de servicios públicos), y no todo contrato de gestión de servicios públicos es una concesión, porque lo que de verdad caracteriza a esta es que el contratista asuma las consecuencias económicas de la gestión de un servicio susceptible de explotación lucrativa, lo cual inevitablemente implica que su retribución tendrá que depender de manera sustancial de la frecuentación del servicio por los usuarios con una demanda que pueda fluctuar.

En definitiva, nos hallamos ante una obra muy esclarecedora sobre una cuestión, el concepto de riesgo operacional y la consagración de su transferencia

al contratista como criterio definidor de la concesión de servicios, llamada a producir serias incertidumbres en los operadores jurídicos por el cambio que supone con respecto a la arraigada configuración del contrato administrativo de gestión de servicios públicos en nuestro ordenamiento jurídico. La autora consigue hacer inteligible para el lector español el referido concepto y su función en el derecho de la contratación pública de la Unión Europea mediante un ágil manejo comparativo de las instituciones del ordenamiento interno y de las de este último, lo que denota un grado de madurez investigadora y expositiva que no es fácil de adquirir en los primeros pasos de una carrera académica. Todo ello hace muy recomendable la lectura de esta obra y obliga a felicitar tanto a su autora como a los directores del trabajo doctoral de la que deriva.

*Luis Miguez Macho*

Universidad de Santiago de Compostela

M.<sup>a</sup> DOLORES SÁNCHEZ GALERA: *Educational and Cultural Challenges of the European Sustainability Model. Breaking Down Silos in the Legal Domain*, Springer, 2020, 270 págs.

*Educational and Cultural Challenges of the European Sustainability Model* es un magnífico ejemplo de investigación transversal y transdisciplinar, pues no existe otro modo de abordar los asuntos igualmente complejos e imbricados que la autora nos propone examinar: educación, cultura y desarrollo sostenible. Por eso el subtítulo de la obra, *Breaking Down Silos in the Legal Domain* no podía resultar más acertado: acabar con los compartimentos estancos, las separaciones que han mantenido los objetos de estudio de la obra en el confort de su respectiva disciplina.

¿Cuál es la relación entre la educación, la cultura y el desarrollo sostenible? La autora considera que solo con cambios sistémicos en educación y cultura podremos cambiar la mentalidad y capacitar a la población para que abrace un modelo de desarrollo sostenible (pág. 4). Sin embargo, este, que parece un lugar común para cuyo viaje no se necesitan más alforjas, esconde lo que se revelará como el marco metodológico de *Educational and Cultural Challenges* y con él la innovación de esta obra en el marco teórico: el desarrollo sostenible (fuerte, aclara la autora). A lo largo de la obra, Sánchez colma con creces la ausencia de un previo análisis teórico de la educación y la cultura como activos constructores del desarrollo sostenible (pág. 110).

El concepto de desarrollo sostenible que explora la obra es el propuesto por Brundtland (pág. 2). Está soportado sobre cuatro pilares: economía, medio ambiente, igualdad (los baluartes tradicionales) y gobernanza (la nueva incorporación al terceto). Es precisamente este último, el de la gobernanza, el que invita a considerar la dimensión institucional y, por tanto, jurídica del desarrollo sosten-