



RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PARA LA GESTIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL CENTRO DEPORTIVO DE EL ÁLAMO Y SU CAFETERÍA.

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

La actividad administrativa de servicio público es una actividad prestacional dirigida a satisfacer necesidades vitales de los ciudadanos. En su concepción más clásica y estricta, dicha actividad presenta una relevante connotación subjetiva, puesto que llega a ser asumida como propia de la Administración.

En efecto, son rasgos característicos del servicio público la presencia de una actividad prestacional de competencia pública, asumida como propia por una entidad administrativa, quien ordena la actividad y decide la forma de prestación del servicio, con sujeción al Derecho administrativo y conforme a los principios de igualdad, accesibilidad, asequibilidad, regularidad y progreso.

En cuanto al cumplimiento de sus fines y en interés público, las entidades locales deben llevar a cabo una actividad de prestación de servicios, dirigidos a la colectividad local. Se trata de la necesidad de prestar diferentes servicios de distinta importancia, pero todos ellos de interés local, como el abastecimiento de agua potable, la recogida de basuras, la limpieza viaria, el transporte de viajeros, la oferta de actividades culturales y deportivas o el mantenimiento de parques y jardines, entre otros.

En este sentido, cabe significar que el artículo 2 de la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local impone un límite al legislador sectorial a la hora de determinar las competencias municipales, al establecer que se han de atribuir competencias a los municipios en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a su capacidad de gestión, pero, sobre todo, de conformidad con los principios de descentralización y máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos, introduciéndose así, en el ámbito local, el principio de subsidiariedad originario del derecho comunitario, especialmente a partir del proceso de aprobación del Tratado de la Unión Europea, mediante el aseguramiento a los municipios de un derecho a intervenir en todos aquellos asuntos que afecten directamente al círculo de sus intereses. Y es que es preciso que los Entes locales cumplan su función constitucional de protección de los intereses de sus vecinos ocupando el lugar que no alcancen a cubrir las demás administraciones y hasta tanto



aquéllas no lo hagan, con respeto a esa legislación sectorial ya existente a la que complementan.

II. JUSTIFICACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PARA LA GESTIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL CENTRO DEPORTIVO DE EL ÁLAMO Y SU CAFETERÍA.

La justificación obedece, en primer término, a la necesidad de gestionar por parte del municipio la promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.2 l) de la Ley 7/1985, de 2 abril, de Bases de Régimen Local (LRBRL) y demás normativa vigente al efecto, toda vez que se constituyen los citados servicios como esenciales que debe garantizar y prestar el municipio al objeto de satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.

Por su parte, de acuerdo con el Artículo 23.1 de la Ley 15/1994, de 28 de diciembre, del Deporte de la Comunidad de Madrid, son competencias de los ayuntamientos las siguientes:

- a) Promover de forma general la actividad física y el deporte en su ámbito territorial, fomentando las actividades físicas de carácter formativo y recreativo, especialmente entre los escolares.
- b) Construir o fomentar la construcción por la iniciativa social, ampliar y mejorar las infraestructuras deportivas en su territorio, mediante la elaboración y ejecución de los planes necesarios para dotar al municipio de la suficiente infraestructura deportiva.
- c) Gestionar las infraestructuras deportivas municipales, sin perjuicio de los conciertos o convenios que puedan celebrar con entidades públicas o privadas para su gestión.
- d) Elaborar y actualizar un inventario de las infraestructuras deportivas de su territorio abriendo el correspondiente registro de las instalaciones deportivas de la Comunidad Autónoma de Madrid.
- e) Asegurar el cumplimiento de las previsiones urbanísticas sobre reserva de espacios y calificaciones de zonas para la práctica del deporte y el emplazamiento de infraestructuras deportivas.



RÉGIMEN JURÍDICO

- f) Cooperar con otros entes públicos o privados para el cumplimiento de las finalidades previstas por la presente Ley.
- g) Prestar, en su caso, el servicio público deportivo municipal.
- h) Velar por las condiciones de seguridad e higiene de las instalaciones deportivas.
- i) Ejercer cuantas otras funciones y competencias les estén atribuidas en virtud de la normativa estatal, de la presente Ley y de las normas que la desarrollan; así como todas las que pudieren ser transferidas o delegadas.

Se debe entender por actividad de servicio público en el ámbito local, en líneas generales, aquella desarrollada por una entidad pública local, por sí o indirectamente mediante un gestor contratado, para satisfacer las necesidades de los usuarios, conjunto de personas destinatarias de la misma, caracterizada, objetivamente, por venir constituida por prestaciones técnicas, que reportan utilidades a los usuarios que las reciben, configurada bajo criterios de generalidad e igualdad y en unas condiciones de continuidad y regularidad, y declarada por la legislación como servicio público local o asumida como tal por la entidad en el ámbito de sus competencias y de conformidad con el procedimiento administrativo establecido.

En cuanto al alcance del concepto de servicio público en el ámbito local, el Tribunal Supremo en Sentencias tales como la de 23 de mayo de 1997 o 30 de enero de 2008 se ha manifestado del siguiente modo: *“El servicio público es así una actividad de prestación de titularidad estatal reconocida por la ley y que comporta un derecho excluyente a su prestación. Sin embargo, en el ámbito local, existe una noción de servicio público vinculada a la idea de competencia en sintonía con lo reiterado en el artículo 85 LRBRL, que considera servicios públicos a cuantos tiendan a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales. Este concepto (servicio público) atiende (en el ámbito local) no tanto a la idea de titularidad como a la de competencia, de manera que la calificación de una determinada actividad prestacional como de servicio público local no convierte al correspondiente ente local en titular de dicha actividad, ni excluye una eventual prestación a iniciativa de otras Administraciones públicas o a iniciativa de particulares”*.

Asimismo, la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1997 sentó los criterios que en relación con el sistema de atribución de competencias a los entes



locales se desprenden de las normas vigentes, y así señaló que el sistema sobre la atribución de competencias a los entes locales puede sintetizarse en los siguientes criterios: La Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local establece las "directrices para llevar a cabo la asignación de competencias" que no puede ignorar el legislador autonómico (STC 214/1989): "Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de la acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y máxima proximidad de gestión administrativa a los ciudadanos" (artículo 2.1 de la LRBRL).

III. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS.

III.1.- Definición y Delimitación

El artículo 15 LCSP define 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 concesión 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.

El contrato de concesión de servicios requiere, y se caracteriza, por:

- Una transferencia de la responsabilidad de explotación.
- La gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia y sea susceptible de explotación directa o indirecta.

Estos requisitos se vienen a identificar con el concepto de servicio público como actividad de titularidad pública de la que se excluye a la iniciativa privada.

La celebración del contrato de concesión de servicios exige definir con precisión el objeto material del contrato mediante su determinación en los pliegos de cláusulas



RÉGIMEN JURÍDICO

administrativas particulares y de prescripciones técnicas particulares y la elaboración del correspondiente estudio de viabilidad.

Se entiende por servicios públicos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85.1 LRRL, aquellos *“que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias”*, concretando el apartado 2 de dicho precepto que los servicios públicos locales pueden gestionarse de forma directa o indirecta.

A esta vaga definición se podría añadir lo dispuesto por la Sentencia del Tribunal Supremo 1506/2007, de 5 de marzo de 2007 (Sala de lo Contencioso) que dispone que, con carácter general, una actividad constituye servicio público, en sentido amplio, cuando se trata de la satisfacción de necesidades generales mediante una actividad prestacional que pertenece a la esfera de la competencia de la Administración otorgante; y son desde luego servicios públicos por antonomasia los recogidos en la LRRL, en la que además de definirse como servicios públicos locales, en el artículo 85.1, los que tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales, en el artículo 25.2 se concretan determinadas materias constitutivas de servicios obligatorios, entre las que se encuentran, por lo que aquí interesa, los servicios de promoción del deporte y las instalaciones deportivas.

A través de este tipo contractual, la Administración podrá gestionar indirectamente los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares, expresando en el contrato con claridad el ámbito de la gestión, tanto en el orden funcional, como en el territorial, pero teniendo como límite que en ningún caso podrán prestarse mediante este contrato los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente y propia de los poderes públicos. Además, las disposiciones de la LCSP referidas a este tipo de contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

El régimen jurídico del contrato de concesión de servicios está previsto en los artículos 284 a 297 LCSP.

De acuerdo con esta regulación, para determinar qué servicios de las administraciones públicas se pueden gestionar indirectamente, es necesario que concurren en los mismos los siguientes requisitos:



RÉGIMEN JURÍDICO

- Que el servicio sea susceptible de explotación económica por particulares, es decir, que las prestaciones en que consista el contrato sean susceptibles de valoración económica. El contratista tiene derecho a la explotación del servicio y, para hacerlo efectivo, el contrato ha de incluir una retribución fijada en función de su utilización, que se percibe directamente de los usuarios y/o de la propia Administración.
- Que no implique ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos. En relación con este requisito, la dificultad consiste en concretar esta expresión, dado que no se dispone, en nuestro derecho, de un catálogo o relación de servicios que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. No obstante, Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, tales como los de 2/2006, de 24 de marzo y 52/2009, de 26 febrero de 2010 o la Resolución de 5 junio de 2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, concretan algunas materias que constituyen el núcleo fundamental de materias vetadas a la contratación, como por ejemplo la potestad sancionadora, la defensa nacional, la seguridad ciudadana y el sistema penitenciario, si bien concluye que debe hacerse un análisis de las actividades objeto de cada contrato.

La clarificación acerca de qué debe entenderse por servicios que llevan aparejado el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos debe abordarse a la luz de la interpretación de lo que se entiende por "ejercicio de autoridad". Y se viene entendiendo que existe ejercicio de autoridad allí donde se puede actuar con potestad de imposición sobre la libre capacidad de decisión de los ciudadanos y ejercitando potestades que, por su propia naturaleza, no son predicables de los administrados ni aún en el ámbito de su esfera privada (Informe 14/10, de 23 de julio de 2010 sobre "Concepto de servicios que llevan aparejado el ejercicio de autoridad y posibilidad de incluir en el pliegos de cláusulas administrativas particulares la referencia a las obligaciones derivadas de las normas que regulan la prevención de riesgos laborales").

Como ha explicado con acierto y claridad el TARCM (Recurso n.º 20/2011, Resolución n.º 20/2011, Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 15 de junio de 2011) la razón de ser de esta limitación normativa se localiza en la reserva a los funcionarios públicos del "ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las



RÉGIMEN JURÍDICO

Administraciones Públicas”, en palabras del artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril.

Por su parte la Disposición Adicional 2ª del mismo Estatuto reserva exclusivamente a funcionarios con habilitación de carácter estatal las funciones públicas en las Corporaciones Locales *“que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería”* . Asimismo en el ámbito local, el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), en su apartado segundo, establece que en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad.

En todo caso, tal como señaló la JCCA del Estado en su Informe 2/2006, de 24 de marzo, la determinación de qué actividades implican el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos *“exige el análisis pormenorizado y concreto de las actividades desde el momento en que puede identificarse el núcleo que realmente constituirá ejercicio de autoridad de aquéllos aspectos que no lo sean y, por tener un contenido económico, puedan ser objeto de contratación”* . El contratista únicamente podrá prestar servicios de asistencia y apoyo administrativo y técnico que faciliten la realización de estas actividades, pero no colaborar directamente en su ejecución ni sustituir a los recaudadores municipales.

- Que el contratista que lo explote tenga encargada la organización y la prestación de los servicios conjuntamente.
- Que antes de proceder a la contratación de la concesión de servicios se haya establecido su régimen jurídico, el cual debe declarar expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración correspondiente como propia, debe atribuir las competencias administrativas, determinar el alcance de las prestaciones a favor de los administrados y regular los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

De lo expuesto se colige expresamente que el contrato de concesión de servicios para la gestión y explotación del centro deportivo de El Álamo, y su cafetería, del Municipio de El Álamo se regirá, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción por lo establecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en cuanto a aquellos preceptos que le sean de



aplicación, así como por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en todo lo que no se oponga a la Ley.

Asimismo, se deberá atender para fijar el régimen jurídico del expediente de licitación y la consiguiente contratación, a la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, al Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local y a la Ley 57/2003 de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local.

Supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

III.2.- El Riesgo Operacional.

La modalidad del contrato de concesión de servicios prevista en el artículo 15 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) concede el derecho de explotación de los servicios implicando la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo 14 LCSP.

Al amparo del referido artículo, el contrato de concesión de servicios para la gestión y explotación del centro deportivo de El Álamo, y su cafetería, del término municipal de El Álamo deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de los referidos servicios, 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.

En este sentido, 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 ejecución de los servicios 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



RÉGIMEN JURÍDICO

potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

Este concepto tiene su origen en la Directiva 2014/23/UE para definir el contrato de concesión, que a su vez tiene dos orígenes distintos, si bien íntimamente relacionados entre sí: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su labor pretoriana de delimitar el concepto de concesión y, por otro lado, de la normativa de contabilidad nacional (SEC 2010) que al hilo de definir los conceptos de déficit y deuda pública de los Estados miembros, desplegó su acción sobre la delimitación conceptual de las concesiones por la indudable repercusión de las mismas en la economía de los diferentes Estados miembros. Con carácter general, el núcleo esencial de la definición comunitaria del riesgo operacional lo constituye la transferencia al concesionario de un riesgo económico ligado a la explotación de la obra o el servicio, de tal modo, que se entenderá asumido el mismo cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el concesionario vaya a recuperar las inversiones efectuadas ni a cubrir los costes en los que hay incurrido para explotar las obras o los servicios que constituyan el objeto concesional.

La propia Directiva contribuye a precisar los supuestos de riesgo operacional, al señalar que no cabe hablar de concesión cuando el poder adjudicador alivie al contratista de cualquier posible pérdida garantizándole unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y a los costes que el contratista deba asumir con la ejecución de la concesión o, cuando una regulación sectorial suprima el riesgo aportando una garantía en beneficio del concesionario a través de la que se compensen las inversiones y los costes empleados para la ejecución de la concesión.

En definitiva, el riesgo operacional debe conllevar una exposición real de los operadores económicos a las incertidumbres del mercado para que surja la figura contractual de la concesión.

La LCSP ha recogido esta concepción europea del riesgo operacional en su art. 14, señalando que la concesión *“deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras (o de dichos servicios) abarcando el riesgo de demanda o el de suministro o ambos”*. Dos cuestiones o dudas surgen de manera inmediata en torno a la delimitación conceptual del riesgo operacional.

En primer lugar, la primera precisión que debe hacerse es que la transferencia del riesgo no tiene que ser total, sino que puede ser parcial. Partiendo de esta premisa, la



RÉGIMEN JURÍDICO

pregunta que surge es cómo va a delimitarse el “*quantum*” de riesgo que debe asumir el operador económico para que el contrato pueda ser tipificado como una verdadera concesión.

La segunda cuestión que se deriva de la lectura del citado precepto es, qué ocurre con el denominado riesgo de disponibilidad que no aparece recogido de forma expresa en la LCSP, que habla sólo del riesgo de demanda o suministro. Dos son las interpretaciones que pueden hacerse de esta omisión: una de carácter formal, en el sentido que se sustituye el término disponibilidad por el de suministro, quedando aquél comprendido dentro de este y, por tanto, se entiende que son equivalentes; otra de naturaleza más sustantiva, en el sentido que el riesgo de suministro tiene un contenido distinto al de disponibilidad, por lo que este último desaparece del concepto de riesgo operacional. Será necesario ver las resoluciones e informes de las Juntas Consultivas de contratación y de los Tribunales de Recursos Contractuales cuando tengan que interpretar el alcance de esta problemática.

Finalmente, debe distinguirse la figura del riesgo operacional como algo diferente del tradicional riesgo y ventura, que es un principio general de la contratación con un contenido propio. Así se desprende del texto de la LCSP que en su artículo 254.1 prevé que las “*obras se ejecutarán a riesgo y ventura del concesionario quien, además asumirá el riesgo operacional de la concesión*”, si bien cabe convenir que surgirán zonas grises en las que será necesario delimitar los contornos de estos conceptos.

El Informe núm. 13/2018, de 30 mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en cuanto a la calificación y determinación del contrato de concesión de servicios y la concurrencia del riesgo operacional se ha pronunciado en los siguientes términos:

Como ha declarado el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 11 de junio de 2009, Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07, apartado 71, una concesión de servicios se caracteriza por la transferencia del derecho de explotación de un servicio determinado por un adjudicador a un concesionario, con una cierta libertad económica y quedando suficientemente expuesto a los riesgos vinculados a esa explotación. En el mismo sentido la Sentencia de 10 de septiembre de 2009, WAZV Gotha, asunto C-206/08, fundamento 72:

«De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, *esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de*



RÉGIMEN JURÍDICO

explotación de los servicios (véanse, en este sentido las sentencias Parking Brixen, apartado 40; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, apartado 29, antes citadas). A este respecto procede señalar que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio».

En cuanto al concepto de riesgo que se está manejando, es relevante la STJUE de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, asunto C-274/09, apartados 37 y 38:

«37. 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*, apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la *competencia* de otros operadores, el riesgo de un *desajuste entre la oferta y la demanda* de los servicios, 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*, apartado 74].

38. 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».*

En el mismo punto se insiste en la STJUE de 10 de noviembre de 2011, *Norma-A SIA*, asunto C-348/10, apartados 48 y 49, cuando señala, 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».

Trasladando lo anterior a la terminología jurídica española, como dice la Resolución de 17 de febrero de 2014, núm. 32/2014, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid:

«*El concepto de riesgo de explotación económica del servicio se concreta como aquel riesgo que asume el contratista que excede del que, como consecuencia del principio de riesgo y ventura en los contratos administrativos, que establece el artículo*



215 del TRLCSP, debe soportar el contratista. Por el contrario, el riesgo de explotación es el que tiene lugar por estar sometido el contrato a las incertidumbres del mercado por nuevas tendencias de éste o el riesgo de demanda que se produzca por un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios por variaciones que puedan producirse o que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación».

La figura tiene actualmente formulación legal, en la que constituye la plasmación de la evolución expuesta, en el art. 15 LCSP:

«1. El contrato de concesión de servicios es 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.

2. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior».

Por su parte, la Resolución 51/2016, de 25 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía dispone, al respecto, que el riesgo de demanda cubre las variaciones que pueden producirse a lo largo de la vida del contrato de la demanda de los servicios, debido a factores ajenos. Este riesgo de demanda o de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 Eurawasser, antes citada apartados 66 y 67), puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, 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 del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, apartado 74).

La Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el derecho comunitario 2000/C 121/02 señala, por otro lado, que el derecho de explotación implica la transferencia de la responsabilidad de explotación, de forma que es el



concesionario el responsable de efectuar las inversiones precisas para que la obra pueda ponerse a disposición de los usuarios de una forma útil. Indica asimismo que el concesionario no sólo asume los riesgos vinculados a cualquier construcción, sino que deberá igualmente soportar los riesgos vinculados a la concesión y frecuentación del equipamiento.

III.3.- Riesgos asumidos por el concesionario.

El Informe 12/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, del que se hace eco, entre otros, el Informe 4/2016, de 25 de febrero de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, indicaba que *“las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia del Tribunal ha configurado la concesión de servicios se han condensado básicamente en la asunción del riesgo de explotación por parte del concesionario y ello ha llevado a la tantas veces mencionada Directiva a definirla como “un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio” (art.1.4).*

Esta definición, sin embargo, debe ser completada con otras ideas básicas expresadas también por la Jurisprudencia:

- a) La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma.
- b) Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público son, de una forma natural, los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario, no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario.

La concesión administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente. Esta potestad organizativa es una exigencia lógica de la propia asunción del riesgo de explotación, pues, esta última requiere dotar al concesionario de la



libertad de organización necesaria para establecer el modo de llevar a cabo la explotación que le pueda resultar más acorde con su propia concepción de la empresa (...).

El concesionario deberá asumir, en cualquier caso, los siguientes riesgos inherentes a la prestación de los servicios objeto del contrato:

- **EL RIESGO DE DISPONIBILIDAD:** La Decisión de la Oficina Estadística de la Comunidad Europea (Eurostat) sobre "el tratamiento de las Asociaciones Público-Privadas" incluye el "riesgo de disponibilidad" entre los riesgos que recomienda tener en cuenta, junto con el "riesgo de demanda" y el "riesgo de construcción", para determinar si los activos incluidos en una asociación público-privada se tienen que considerar activos no públicos y, por lo tanto, contabilizar fuera del balance de las administraciones públicas.

En concreto, recomienda que los activos incluidos en una asociación público-privada se clasifiquen como no públicos, si el socio privado asume el "riesgo de construcción" y, al menos, o bien el "riesgo de disponibilidad", o bien el "riesgo de demanda".

Además, define "riesgo de disponibilidad" -"en el cual la responsabilidad del socio es evidente", se afirma- como el "riesgo de no ser capaz de suministrar la cantidad pactada contractualmente o alcanzar la seguridad o los niveles certificados públicamente", correspondientes a la prestación de servicios a los usuarios finales, definidos en el contrato; y también como el "riesgo de no alcanzar los estándares de calidad relativos al suministro del servicio, determinados en el contrato, produciendo un fallo evidente del servicio". Asimismo, señala que la Administración no está obligada a asumir este riesgo si está legitimada para reducir significativamente (como una especie de penalización) sus pagos periódicos; que "los pagos de la Administración deben depender del nivel efectivo de disponibilidad suministrada por el socio durante un concreto periodo de tiempo"; y que "la aplicación de las penalizaciones cuando el socio incumple sus obligaciones de servicio debe ser automática y tener un efecto significativo sobre los ingresos/beneficios del socio y no ser puramente cosméticas o simbólicas".

Más recientemente, el Eurostat (*Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA 2010 -Edition 2016-*), sigue distinguiendo estas tres categorías principales de riesgos y concreta que el "riesgo de disponibilidad", que cubre el volumen y la calidad de la producción, se refiere a los casos en los cuales se reclama la responsabilidad del socio, a causa de una gestión defectuosa que tiene como



RÉGIMEN JURÍDICO

resultado un volumen de servicios inferior al acordado contractualmente, o servicios que no cumplan los estándares de calidad especificados en el contrato.

- **EL RIESGO DE DEMANDA:** La retribución mensual a la entidad concesionaria queda sujeta a la aplicación de las tarifas ofertadas según demanda de las instalaciones deportivas, de tal manera que la empresa adjudicataria asume el riesgo derivado del incremento o descenso en el número de usuarios, configurándose el régimen retributivo mensual como un sistema en el que se vincula la calidad, eficacia, eficiencia y mejora en la prestación de los servicios a las aportaciones a favor del contratista.

El contratista, en cualquier caso, percibirá las tarifas abonadas por los usuarios del servicio, sin que se le asegure o abone una cantidad fija mensual con independencia del nivel de ocupación de las plazas para cada las instalaciones deportivas o sin que nadie se haga cargo de las cuotas impagadas. Ello significa que el riesgo de impago de los deudores por la prestación de los servicios recae íntegramente en la entidad adjudicataria.

El adjudicatario deberá explotar, por tanto, los servicios por su cuenta y riesgo, asumiendo los gastos que deriven de la explotación, siendo el responsable de los eventuales daños que el funcionamiento de los servicios pueda originar, debiendo el concesionario asumir el riesgo de pérdidas si por su falta de diligencia o descenso en su productividad se produce una disminución en el número de personas usuarias durante la vigencia del contrato respecto a sus previsiones iniciales, o si los gastos de explotación son superiores a los estimados, produciéndose un desajuste entre la demanda del servicio y la oferta realizada.

La entidad adjudicataria también deberá tener como finalidad la mejora sustantiva de la infraestructura deportiva municipal actual y permitir, así, el disfrute de mejores instalaciones deportivas, asegurar la más alta calidad del servicio y preservar la mayor competitividad en precio, reduciendo el coste percibido por el ciudadano.

Estas instalaciones tendrán las siguientes áreas de actuación fundamentales:

- **Gran infraestructura:** Con tamaño suficiente para albergar un elevado número de usuarios en la medida que ello permita mantener un nivel de confort y calidad a un precio asequible.



RÉGIMEN JURÍDICO

- **Instalaciones modernas:** Ofrecer unas instalaciones modernas y actualizadas, con equipos adaptados para el ahorro en los diferentes consumos (energéticos, abastecimiento de agua, etc.) y la protección con el medio ambiente.
- **Programa técnico deportivo:** Evaluación, prescripción y control para una mayor caracterización del programa de entrenamiento individual de cada usuario.
- **Programa salud:** Estudio e implantación de servicios destinados a mejorar la condición fisiológica de los usuarios, así como a la educación en base a un estilo de vida saludable.

Se opta por una solución que encuentre los intereses de uso por parte de la comunidad, con la viabilidad económica-financiera adecuada para la explotación y mantenimiento de las referidas instalaciones deportivas.

- **EL RIESGO TECNOLÓGICO:** La asunción por el concesionario del denominado Riesgo Tecnológico, entendido como el riesgo del progreso o del incremento continuo de herramientas, aplicaciones y avances en nueva maquinaria o nuevas instalaciones que se vayan adoptando como consecuencia del avance de la tecnología, además del riesgo de incremento de los costes de explotación y de mantenimiento de las infraestructuras como consecuencia de la revisión y la adaptación a la normativa sobre las instalaciones y los sistemas de seguridad; o el riesgo de que los activos utilizados dejen de ser los más adecuados para la prestación del servicio a lo largo de la duración del contrato, por mejoras técnicas alcanzadas en otros equipamientos.

En el caso que nos ocupa, durante el plazo de vigencia de la explotación de las instalaciones deportivas, el concesionario debe prestar atención a cuantos avances tecnológicos se vayan produciendo, de tal suerte que asumirá expresamente los costes derivados de la adecuación, adaptación y puesta en funcionamiento de aquellos sistemas que resulten adecuados en aras a satisfacer las necesidades de los usuarios, así como para cumplir con las normativas que en materia de seguridad, dotación, prevención, equipamiento e instalaciones de los recursos deportivos resulten de aplicación.

IV.- ACTUACIONES PREPARATORIAS DEL CONTRATO.



La preparación del contrato de concesión de servicios exige, al menos, respetar un contenido específico en los pliegos y llevar a cabo un estudio de viabilidad del proyecto.

IV.1. Contenido particular de los pliegos en los contratos de concesión de servicios.

El artículo 285.1 de la LCSP determina el contenido mínimo que han de tener los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas en los contratos de concesión de servicios. En ellos han de concretarse los siguientes extremos:

- a) El objeto del contrato, debiendo prever la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, sin merma de la eficacia de la prestación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 99.3 de la LCSP, con la finalidad de promover la libre concurrencia.
- b) Las condiciones de prestación del servicio y, en su caso, fijarán las tarifas que hubieren de abonar los usuarios, los procedimientos para su revisión, y, en su caso, el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración.
- c) La distribución de riesgos entre la Administración y el concesionario en función de las características particulares del servicio, si bien en todo caso el riesgo operacional le corresponderá al contratista.
- d) Los requisitos de capacidad y solvencia financiera, económica y técnica que sean exigibles a los licitadores, pudiendo fijarse distintos requisitos de solvencia en función de las diferentes fases del contrato.
- e) La posibilidad, en su caso, de que se produzca la cesión del contrato y el régimen que la rodeará.

IV.2. Estudio de Viabilidad.

Al igual que en los contratos de concesión de obras, la tramitación del expediente en los contratos de concesión de servicios debe ir precedida de la realización y aprobación de un estudio de viabilidad o de un estudio de viabilidad económico-financiera. Estos estudios tendrán carácter vinculante en los supuestos en que concluyan la inviabilidad del proyecto (art. 285.2 LCSP).



Los estudios de viabilidad son documentos que debe elaborarse con carácter previo a la decisión de explotar en régimen de concesión un servicio, a fin de determinar la procedencia del proyecto desde el punto de vista económico, social y ambiental. Puede sustituirse por un estudio de viabilidad económico-financiero cuando por la naturaleza y finalidad de la obra o por la cuantía de la inversión éste se considere suficiente.

IV.3. Informe de la Oficina Nacional de Evaluación.

De acuerdo con el artículo 333.3 LCSP, La Oficina Nacional de Evaluación, con carácter previo a la licitación de los contratos de concesión de servicios a celebrar por los poderes y entidades adjudicadores, así como por otros entes, organismos y entidades dependientes de la Administración General del Estado y de las Corporaciones Locales, evacuará informe preceptivo en los siguientes casos:

- a) Cuando el valor estimado del contrato sea superior a un millón de euros y se realicen aportaciones públicas a la construcción o a la explotación de la concesión, así como cualquier medida de apoyo a la financiación del concesionario.
- b) Las concesiones de obras y concesiones de servicios en las que la tarifa sea asumida total o parcialmente por el poder adjudicador concedente, cuando el importe de las obras o los gastos de primer establecimiento superen un millón de euros.

La necesidad de la solicitud de Informe a la Oficina Nacional de Evaluación por parte del Ayuntamiento de El Álamo queda condicionado al dimensionamiento económico y financiero del contrato efectuado por la empresa consultora encargada de la elaboración de los documentos que conforman el expediente de licitación, en el que se determinará expresamente la existencia y necesidad de aportaciones públicas, así como los gastos de primer establecimiento debidamente detallados y desglosados.

V. PRESTACIONES BÁSICAS OBJETO DEL CONTRATO.

El concesionario deberá atender con carácter básico y con independencia de la totalidad de las prestaciones que, de manera clara, precisa y determinada se concreten en los pliegos que rijan la contratación, al cumplimiento de las siguientes prestaciones:



RÉGIMEN JURÍDICO

- a) La tramitación y obtención de cuantas licencias, permisos y autorizaciones graven la explotación, incluida la de apertura y funcionamiento, ejecutando cuantas obras e inversiones sean precisas para garantizar la explotación de las instalaciones, con completa indemnidad para el Ayuntamiento.
- b) La explotación de las instalaciones y servicios deportivos definidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, conforme a su propia naturaleza y finalidad.
- c) La conservación y mantenimiento de las instalaciones, que incluirá tanto el mantenimiento preventivo como el correctivo, así como la ejecución de cuantas obras se precisen (aparte de las ya definidas en los documentos que conforman el expediente de licitación) para mantener la plena operatividad y apertura de las instalaciones conforme a la normativa vigente o la que pueda dictarse en el futuro que se integrará automáticamente en el régimen jurídico del contrato sin que pueda el contratista reclamar cantidad económica alguna al Ayuntamiento por la implementación de los cambios normativos sobrevenidos habida cuenta que se le transfiere el riesgo de explotación íntegro.

VI.- NORMATIVA SECTORIAL DE APLICACIÓN AL CONTRATO.

El expediente de licitación, así como el contrato de concesión de servicios para la gestión y explotación del centro deportivo de El Álamo, y su cafetería, del término municipal de El Álamo, se encuentra sujeto a las disposiciones normativas que se detallan a continuación, a título enunciativo y no limitativo:

- Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte.
- Ley 15/1994, de 28 de diciembre, del Deporte de La Comunidad de Madrid.
- Ley 8/1993, de 22 de junio, de Promoción de la Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas de Madrid.
- Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid.
- Decreto 80/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan las condiciones higiénico-sanitarias de piscinas de uso colectivo.



Así como toda la normativa aplicable en el caso que nos ocupa debido a su propia naturaleza.

VII.- RÉGIMEN ECONÓMICO DEL CONTRATO.

Tal y como ha quedado debidamente acreditado en el cuerpo del presente informe, los servicios para la gestión y explotación del centro deportivo de El Álamo, y su cafetería, del término municipal de El Álamo resultan ser objeto de un contrato de concesión de servicios toda vez que la totalidad o, al menos, una parte significativa de la retribución de la empresa contratista se sujeta a la demanda real o al suministro efectivo del servicio, siempre que la parte no vinculada a la explotación, en caso de haberla, no iguale o supere los gastos –inversiones y costes– de ejecución.

En este sentido, conviene tener presente que el artículo 289.1 LCSP, relativo a las "prestaciones económicas" del contrato de concesión de servicios, dispone 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"*.

Por su parte, el artículo 289.2 LCSP estipula que las contraprestaciones económicas pactadas, que se denominarán tarifas y tendrán la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario, serán revisadas, en su caso, en la forma establecida en el contrato, que se ajustará, en todo caso, a lo previsto en el Capítulo II del Título III del Libro Primero de la LCSP, relativo a la revisión de precios en los contratos de las entidades del sector público.

En la contabilidad diferenciada que el concesionario debe llevar respecto de todos los ingresos y gastos de la concesión, y que deberá estar a disposición de la entidad contratante, quedarán debidamente reflejados todos los ingresos derivados de las contraprestaciones pactadas en la forma prevista en el apartado 6 del artículo 267 LCSP.

Además, también hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 102.6 LCSP, todos los contratos –cuya naturaleza y objeto lo permitan– pueden incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, de manera que el establecimiento de los llamados "precios por objetivos" no implica, por sí mismo, la transferencia de un riesgo operacional.



RÉGIMEN JURÍDICO

Por lo tanto, si bien para poder considerar que hay traslado del riesgo operacional, como mínimo, una parte significativa de la contraprestación que debe recibir la empresa contratista debería consistir, necesariamente, en una cuantía variable, la determinación de esta cuantía debería depender siempre de elementos sometidos a las incertidumbres del mercado –por ejemplo, número de usuarios -. En cambio, no se podría considerar que hay aquella asunción del riesgo si dicha cuantía variable hiciera referencia a parámetros directamente vinculados al comportamiento de la empresa contratista en la prestación del servicio, ya que la retribución variable vinculada a este comportamiento se puede establecer en cualquier contrato, no siendo, por lo tanto, determinante de la asunción de un riesgo operacional.

La Junta Consultiva del Estado, en el Informe 22/2009 señala que *"no existe concesión cuando el mayor o menor volumen de los ingresos de la empresa contratista depende exclusivamente de que ésta, sea en cumplimiento de sus obligaciones o no, preste mejor o peor el servicio o, si se prefiere, se acomode o no a determinados estándares o indicadores de control de calidad"*.

En el caso que nos ocupa, la retribución del concesionario provendrá de las tarifas abonadas por los usuarios, según demanda de las instalaciones, así como del Ayuntamiento de El Álamo, en concepto de aportación pública para la gestión y explotación del centro deportivo de El Álamo, con el objeto de asegurar una rentabilidad mínima o compensar el déficit de explotación del ejercicio correspondiente.

En lugar y fecha de la firma electrónica.

Fdo.: Departamento Jurídico
A. GUERRA & INGENIEROS, S.L.