Fiscalización Local

ISSN 2659-3572

Un blog sobre administración local

Concepto de riesgo operacional en la #contratacionpublica

Publicado el 30 de junio de 2017

ENLACE PERMANENTE DE ESTA ENTRADA

https://www.fiscalizacionlocal.es/concepto-de-riesgo-operacional-en-la-contratacionpublica/

La Directiva 2014/23/UE establece, en el párrafo último del artículo 5, apartado 1, un cambio respecto la anterior regulación y que en el proyecto de LCPS implica la eliminación de la figura de la gestión de servicio público y que la adjudicación de las concesiones de obras o servicios tiene que implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de las obras o servicios "incluyendo el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos".

En el citado artículo de la directiva se define el riesgo operacional como:

"Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. **La parte de los riesgos transferidos** al concesionario supondrá 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".

Visto lo anterior y dada la importancia que con esta nueva regulación tiene el idetificar que tipo de riesgos se encuentran dentro del riesgo operacional, queríamos poner en común el Informe 9/2016 de la JCCA de Cataluña [1], que aborda de forma muy concisa esta materia citando los siguientes:

- **Riesgo tecnológico:** «El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (de ahora en adelante, TRLCSP) al "riesgo tecnológico" se encuentra, en relación con los contratos de concesión de obra pública, en el artículo 128, apartado 2, en el cual se establece que el estudio de viabilidad de estos contratos tiene que contener, al menos, los datos, análisis, informes o estudios que procedan sobre, entre otros aspectos,

los “riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de la obra” (letra f). En todo caso, y a pesar de que en el ámbito de la normativa de contratación pública no se contiene ninguna definición de “riesgo tecnológico”, se puede entender que este hace referencia, de la misma manera que sucede en otros ámbitos, al riesgo del progreso o del incremento continuo de herramientas y aplicaciones que se vayan adoptando como consecuencia del avance de la tecnología –por ejemplo, el riesgo de incremento de los costes de explotación y de mantenimiento de la infraestructura 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.»

- **Riesgo de disponibilidad:** El TRLCSP únicamente hace mención en el artículo 136, relativo al clausulado del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, estableciendo que este clausulado tendrá que incluir necesariamente estipulaciones referidas a las “condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones”. Es 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”.[subscribe2]
- **Riesgo de demanda:** Es el que cubre la variación de la demanda (mayor o menor de la esperada cuando se firmó el contrato) independientemente del comportamiento (gestión) del socio privado, que sólo cubriría un cambio de la demanda que no resulte de una baja o inadecuada calidad de los servicios suministrados por el socio o de cualquier acción que modifique la cantidad/calidad de estos servicios y, en cambio, surgiría de otros factores como el ciclo de los negocios, las nuevas tendencias del mercado, la competencia directa o la obsolescencia tecnológica. Además, se afirma que “la Administración asume el riesgo de demanda cuando se obliga a asegurar un determinado nivel de retribuciones al socio independientemente del nivel efectivo de la demanda expresado por el usuario final, resultando irrelevante las fluctuaciones en el grado de la demanda sobre la capacidad de generar beneficios del socio”. el «riesgo de demanda» cubre la variabilidad de la demanda (mayor o menor de la esperada en el momento de la firma del contrato), con independencia del cumplimiento; “en otras palabras, un cambio de demanda no puede estar directamente y totalmente vinculado a una calidad insuficiente de los servicios prestados, aunque los déficits cuantitativos y cualitativos en esta materia

pueden tener un impacto en el uso efectivo del servicio y, en algunos casos, ejercen un efecto de desalojo. En cambio, el riesgo de demanda también puede ser el resultado de otros factores, como el ciclo económico, las nuevas tendencias del mercado, un cambio en las preferencias de los usuarios finales o la obsolescencia tecnológica. Ello debe considerarse como parte de lo habitual del 'riesgo económico' soportado por entidades privadas en una economía de mercado"

- **Riesgo de construcción:** incluye acontecimientos relacionados con posibles dificultades en la fase de construcción y con el estado de los activos involucrados en el momento en que se empiezan a proporcionar los servicios y que "en la práctica, se relaciona con acontecimientos tales como el retraso en la entrega, el incumplimiento de las normas especificadas, los costes adicionales y cuestiones ambientales, deficiencias técnicas y efectos negativos externos (incluido el riesgo medioambiental) que genere pagos compensatorios a terceros".

En definitiva os recomendamos la lectura de la consulta citada ya que no serán pocas las ocasiones en que para discernir entre servicios y concesión habrá que conocer los riesgos que operan y si efectivamente se trasladan al operador

Un saludo

Para saber más:

- Informe 16/2016 JCCA Aragón [2]

file:///C:/Users/omoreno/Downloads/Informe%209-2016-CP-cast.pdf [1]

http://aplicacions.economia.gencat.cat/ecodif/rest/file/download?id=66760&lang=Es

Enlaces citados

Direcciones de los enlaces incluidos en el texto.

[1] https://www.fiscalizacionlocal.es/Users/omoreno/Downloads/Informe%209-2016-CP-cast.pdf

[2] http://www.contratosdelsectorpublico.es/DocumentosWEB/01JuntasConsultivas/JCCA%20Aragon/JCCA%20Aragon%2016-2016.pdf

ENTRADA ORIGINAL

https://www.fiscalizacionlocal.es/concepto-de-riesgo-operacional-en-la-contratacionpublica/

Fiscalización Local · ISSN 2659-3572