

# JORNADAS SOBRE LA INICIATIVA PRIVADA EN LA FINANCIACIÓN DE PROYECTOS PÚBLICOS

8 y 9 de febrero de 2007. Universidad de Burgos

## ***Fórmulas alternativas de financiación de infraestructuras públicas. Experiencias de colaboración público-privada***

Por Patricia Valcárcel Fernández. Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo de la Universidad de Vigo.

SUMARIO: I.- Introducción. II.- Acerca del objeto de la financiación. Su influencia en la elección de la alternativa de ejecución y financiación. III.- La relevancia de distinguir entre sistemas de ejecución y formas de financiación de obras públicas. IV.- Acotamiento del significado de las nociones: financiación presupuestaria, extrapresupuestaria, pública y privada de obras públicas. V.- Sistemas de Ejecución de obras públicas. VI.- Propuesta de esquema que vincula los modos de ejecución de obras públicas y los sistemas de financiación de las mismas. VII.- La Colaboración Público Privada como filosofía. VIII.- Referencia al Contrato de Colaboración público-privada (CPP) contenido en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (PLCSP). IX.- Bibliografía.

### **I.- Introducción**

En general, puede hablarse de consenso en la idea de que la puesta en marcha de una certera política de obras públicas contribuye de forma positiva, ya sea directa o indirectamente, al crecimiento de un país, repercutiendo tanto en la productividad económica, en su competitividad, como en el aumento del bienestar social de su población, en términos de desarrollo y calidad de vida<sup>1</sup>. Tampoco parece que quepa duda acerca del principal papel que en el impulso de dicha política tiene atribuido el poder público y de modo muy particular la Administración pública, a quien corresponde un lugar protagonista, cuando menos, en su definición. Ahora bien, a partir de esta premisa se abren complejos debates con múltiples interrogantes y a los que de antemano, se sabe, no es posible dar una respuesta definitiva.

Para apreciarlo, y abordando la cuestión desde los planteamientos de este foro, - alternativas de financiación de infraestructuras públicas- llega con indicar que cuando se intenta concretar cuál es el nivel óptimo de inversión pública en infraestructuras los estudios económicos en modo alguno son concluyentes. En términos generales, todos admiten que el gasto público en la formación del conocido como “capital fijo social” es positivo, ahora bien, dependiendo de los métodos de análisis aplicados y de las variables consideradas, los resultados de los trabajos son muy diversos a la hora de concretar, por ejemplo, la incidencia efectiva que ésta tiene en el progreso de una zona<sup>2</sup>; ¿Qué y/o

---

<sup>1</sup> Cfr. RUIZ OJEDA, A.; *La concesión de obra pública*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, pág. 103, nota a pie nº 181, donde explica que frecuente distinguir entre infraestructuras económicas e infraestructuras sociales, siendo las primeras aquellas necesarias para el incremento de la productividad y eficacia de los factores económicos (PIB, nivel de renta de una zona, etc.), y las segundas constituyen condiciones para una mejor calidad de vida y bienestar, pero que pueden no resultar rentables desde el punto de vista productivo.

<sup>2</sup> Un repaso del de los distintos trabajos realizados sobre el particular puede verse en MARTÍNEZ LÓPEZ, D.; *Tres ensayos sobre inversión pública*, IEF, Madrid, 2002, nº 4. DE LA FUENTE A.; FREIRE SERÁN, M.J.; ALONSO-CARRERA, J.; *Infraestructuras y desarrollo regional*, CIEF, Santiago de Compostela, 2002.

cuándo debe favorecerse que el coste de los trabajos se sufrague con cargo a los presupuestos generales de una Administración o, por el contrario, se prime la aplicación el principio económico de repercusión de estos costes sobre los usuarios/beneficiarios de cada proyecto?; ¿Si se puede optar siempre entre una y otra alternativa?, ¿Cuáles son los factores de los que depende la anterior respuesta: de coordenadas temporales económico-políticas, sociales, etc.?

En fin, los factores a tener en cuenta no son escasos y, jurídicamente, las opciones admisibles son plurales. A continuación se exponen en sus líneas básicas algunas de las consideraciones que conviene tener en cuenta al proponer una solución, así como las alternativas hoy existentes en nuestro Derecho positivo, haciendo especial referencia a las últimamente tan consideradas fórmulas de colaboración público-privada.

## **II.- Acerca del objeto de la financiación. Su influencia en la elección de la alternativa de ejecución y financiación**

El primer aspecto en el que parece importante reparar tiene que ver con el objeto mismo de la financiación: la infraestructura pública, o mejor aún, la obra pública cuya provisión desea atenderse. La puntualización no es gratuita pues sólo conociendo el alcance de la categoría se comprenderá de forma más certera por qué las características estructurales específicas de la que en cada caso vaya a realizarse influye tanto en la elección del modelo de ejecución al que se recurra, como en el diseño de la forma de financiación que se establezca.

Es éste un dato sobre al a menudo no se presta demasiada importancia, y sin embargo, creo que es indispensable cuando lo que se pretende es concebir una regulación coherente y completa sobre la materia, en la que se que contengan las alternativas suficientes para dar afrontar de la mejor manera posible la provisión de todas las realidades susceptibles de ser integradas en la categoría de referencia: la obra pública.

De hecho, no resulta, en absoluto, infrecuente que cuando se piensa en una obra pública inmediatamente se venga a la mente la imagen de una carretera, de una línea de ferrocarril, de un puerto o de un aeropuerto; lo cual no es incorrecto, pero sí insuficiente. En efecto, también forman parte de la noción ejemplos tales como un hospital público, una prisión, una escuela, un faro, una limpieza de playas o una reforestación. Lo que se quiere poner de relieve con esta mínima enumeración es la considerable disparidad de elementos, cada uno con sus connotaciones, que conforman el grupo de las “obras públicas”, lo que puede determinar, y es lo cierto que así ocurre, que no todas ellas, al menos *a priori*, sean igual de permeables al empleo de según que fórmulas de ejecución y/o financiación.

Así las cosas, para descender en el estudio de las “obras públicas”, el punto de partida podemos fijarlo en el concepto de “obra” en general. Esta palabra, etimológicamente, hunde sus raíces en la noción latina “opus”, que hace alusión al resultado de un trabajo o actividad técnico-material realizada por el hombre. Esto es, se considera que toda obra es el producto de una transformación, de una alteración de la realidad emprendida por el esfuerzo humano que cambia un estado preexistente y que conduce a un nuevo orden útil o adecuado para la satisfacción de múltiples necesidades.

Sin entrar ahora en mayores disquisiciones<sup>3</sup>, pero llevando esta idea al ámbito específico de las obras públicas, podemos proponer la siguiente definición de las mismas: toda actuación encaminada a la construcción, reparación, modificación, o conservación de realidades cuya realización se encomienda en el ordenamiento jurídico a un poder público en atención a la utilidad colectiva que representan.

Toda “obra” y, por consiguiente, toda obra pública, implica una actividad humana de transformación de la realidad. Actividad que, a su vez, conducirá a la obtención de un resultado concreto. De esta presentación cabe concluir que son dos las perspectivas imbricadas en el concepto global de obra, la obra como **actividad** y la obra como **resultado**. La actividad sería el medio a través del que alcanzar el resultado que es reflejo del fin público cuya satisfacción se pretende, pero ambos integran la noción<sup>4</sup>.

**La actividad** precisa para que haya obra pública puede consistir en cualquier acción directa o indirectamente humana con la que se obtenga el fruto deseado, querido, cuyo anhelo es la causa que inspira la realización de la actividad. Mientras que el **resultado**, se corresponde con el logro del fin perseguido y siempre recae sobre un elemento físico, pudiendo consistir ya en una modulación del medio que no produzca la alteración de su esencia (ej: una reforestación), o, por el contrario, en la creación de una realidad distinta, nueva, anteriormente inexistente (ej: construcción de una carretera).

En nuestro ordenamiento jurídico se ha establecido una estrecha relación entre la fase dinámica (actividad) existente en toda obra pública y la contratación pública, -dado que la realización de las operaciones en su caso necesarias para obtener el resultado es lo común que se contrate con terceros particulares-; y entre la fase estática de la obra pública (resultado) y la técnica del dominio público, lo que desde el punto de vista conceptual reclama alguna precisión.

Así es, en el Derecho español el resultado en que se manifiesta la obra pública de ordinario se ha vinculado con la categoría del dominio público. En concreto, las obras públicas, por regla general, se dice integran el dominio público artificial que suele presentarse constituyendo una relación dicotómica frente al dominio público natural. Esta clasificación maniqueísta adolece, sin embargo, de una extrema simplificación, por cuanto la obra pública en su vertiente dinámica (o como actividad) puede perfectamente recaer sobre un ámbito considerado de dominio público natural y no desembocar en la creación de un bien “artificial” (ej: una limpieza de playas).

---

<sup>3</sup> Para un mayor análisis sobre este tema cfr. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.; *Ejecución y financiación de obras públicas. Estudio de la obra pública como institución jurídico administrativa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, págs. 83 y ss.

<sup>4</sup> En el plano positivo, existen en nuestro ordenamiento público exponentes que ensalzan cada uno de los dos puntos de vista mencionados. Recordemos a los solos efectos demostrativos el artículo 120 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), referido a la contratación de obras, y que subraya la connotación de **actividad** ínsita en la obra pública, al enumerar las distintas acciones en que puede consistir este negocio: construcción, reparación, mantenimiento etc... Mientras que el artículo 1, párrafo primero de la LGOP de 1877 pone el acento en la utilidad pública del **resultado** en sí mismo considerado cuando dispone que: “*Para los efectos de esta Ley, se entiende por obras públicas las que sean de general uso y aprovechamiento, y las construcciones destinadas a servicios que se hallen a cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos*”.

Y es precisamente este dato el que me lleva a descartar la identificación conceptual, tantas veces sugerida en la literatura jurídica, entre las obras públicas y las infraestructuras públicas. No hay duda de que la vertiente puramente material inserta en la noción “infraestructura” la conecta con el mundo de las edificaciones de las consideradas “obras civiles” y posibilita una primera vía de aproximación a la idea de obra, pero, como se ha indicado, el resultado en que se traducen las obras públicas no siempre finaliza con la existencia de una construcción, de un bien artificial, en última instancia. En este sentido la categoría “obra pública” es más generosa en manifestaciones que la de “infraestructura pública”, que podría entenderse como una especie dentro del género anterior que se correspondería con las que hemos convenido en considerar obras públicas artificiales.

En fin, este análisis acerca del objeto de la obra ya nos pone sobre la pista de que la amplia variedad de posibilidades en que pueden consistir puede dejar su impronta a la hora de determinar qué tipo de mecanismo en particular de entre todos aquellos con los que cuentan las Administraciones resulta más interesante aplicar en cada caso, lo cual también tiene incidencia en el tipo de financiación final que se decida. A modo de ejemplo, digamos que algunas obras públicas (ej: una carretera, un aeropuerto) son más proclives que otras (ej: una limpieza de playa) a admitir sobre ellas una explotación.

Una última consideración se impone en este momento. No puede pasar inadvertido que existe un Derecho comunitario de la contratación pública y que en el mismo se hace alusión al concepto de “obra”. Por tal se entiende, según consta hoy en el artículo 1.2.b) de la Directiva 2004/18, “*el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica*”. Es decir, desde el Derecho comunitario parece restringirse el concepto de obra a las que de ellas son artificiales; esto es, a las que aquí hemos concebido como “obras infraestructurales”. Ahora bien, la idea de obra que late en el contexto comunitario ha de valorarse considerando qué es lo que éste busca con la elaboración de las normas en materia de contratación que en particular se refieren a obras. Y esto no es otra cosa, según tienen sobradamente declarado las Directivas dictadas en la materia y el propio TJCE en sus resoluciones, que procurar una coordinación tal de los procedimientos nacionales de adjudicación de los contratos públicos de obras que coadyuve a la realización simultánea de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en el marco de los que de esta categoría celebren los Estados miembros por cuenta del Estado, de las colectividades territoriales y de las entidades de derecho público. Y resulta que el tipo de obras a las que hasta la fecha más atención ha prestado la UE son las llamadas obras civiles, quizás por el volumen económico que representan. Sin embargo, no hay que perder la perspectiva. Hay que ser conscientes de que las disposiciones comunitarias deben interpretarse de acuerdo con su teleología, y reconocer que en este caso la definición de obra que se incluye en ellas no lleva implícita pretensión alguna de lograr un concepto acabado de “obra”. Así lo venía considerando hasta la fecha, a mi juicio con buen criterio, el legislador español, que no ha entendido reñida con la definición comunitaria la integración en el marco del contrato de obras, las actuaciones que no culminen en la construcción de un bien de ingeniería civil, como pone de relieve la lectura del actual artículo 120 del TRLCAP, en el que además obras públicas civiles se abren un hueco otro tipo de actividades cuya realización no desemboca en una obra civil y que, dicho sea de paso, no ha merecido crítica alguna desde las instancias comunitarias encargadas de evaluar la adecuada trasposición de este Derecho a los Estados miembros.

No obstante, la perspectiva comunitaria sí puede llegar hacer mella en nuestro ordenamiento, pues el artículo 6 del PLCSP que actualmente se debate en el Parlamento se separa de la redacción que hoy presenta el mencionado artículo 120 del TRLCAP, y

recurriendo a una trasposición literal de la Directiva europea, se refiere en su redacción únicamente a las obras civiles y dejando, a mi modo de ver inconvenientemente, fuera de las previsiones de este contrato las actuaciones que no se correspondiesen con obras civiles, lo cual generaría no pocas incertidumbres y complicaciones innecesarias<sup>5</sup>.

### **III.- La relevancia de distinguir entre sistemas de ejecución y formas de financiación de obras públicas**

En el apartado de aclaraciones iniciales todavía se impone otro apunte. Y es que con frecuencia se tratan de manera entremezclada dos cuestiones ciertamente conexas pero susceptibles de explicación por separado, como son lo que hemos dado en llamar mecanismos de ejecución de obras públicas con los que cuentan las Administraciones para cumplir su obligación de provisión de obras, y lo concerniente a la proveniencia de los recursos económicos necesarios para sufragar los gastos derivados de la anterior ejecución. Evidentemente que el hecho de decantarse por un mecanismo de ejecución influye favoreciendo o dificultando una cierta forma de financiación, pero ello no obsta para que el deslinde conceptual entre “formas de ejecución” y “formas de financiación” sea no sólo posible, sino además, conveniente. Conveniente, pues el tener presente la distinción ayuda tanto a comprender bien el fondo del debate que planteamos como a diseñar las más variadas fórmulas que contribuyan a sacar el máximo partido a la posibilidad de combinar simultáneamente diversas formas de financiación en el marco de un mismo sistema de ejecución de un proyecto. En todo caso, este último apunte ya denota que, con relativa frecuencia, respecto de la ejecución de una obra pública no cabe hablar de una financiación puramente presupuestaria o extrapresupuestaria, pública o privada, de la misma, debiendo descenderse a un análisis casuístico de cada supuesto para conocer qué fórmula se ha querido preponderar en cada ocasión.

### **IV.- Acotamiento del significado de las nociones: financiación presupuestaria, extrapresupuestaria, pública y privada de obras públicas**

Cuando se alude a la financiación de obras públicas las alternativas a considerar se reducen, en sustancia, a dos: la financiación presupuestaria y la financiación extrapresupuestaria de las mismas, siendo común establecer, además, una sinonimia entre éstas y las locuciones: financiación pública y privada, respectivamente.

Mas al presentar los rasgos que identifican sendas variantes debe concretarse con suma cautela el ámbito que se incardina en cada una de ellas, pues no siempre bajo el mismo enunciado se comulga en encerrar idéntico significado. Así, no es extraño ver empleada la noción de financiación presupuestaria para aludir a la financiación de obras acudiendo al empleo de los recursos obtenidos con la recaudación de un tipo concreto de tributos como son los impuestos, mientras que en otras ocasiones se dilata su alcance y se asocia con cualquier tipo de recurso dinerario que, destinado a cubrir los costes de una obra pública, pueda tener reflejo contable en los Presupuestos Generales del sujeto público, normalmente de base territorial que, en última instancia, es competente para atenderla, pues sabido es, que esta institución, el presupuesto, no agota su contenido con una mera concreción de los impuestos en cada momento exigibles.

---

<sup>5</sup> La realización de las obras públicas no civiles (ej: muchas de las obras públicas forestales) podrían tener que reconducirse al contrato de servicios, cuya regulación no presenta las garantías, al menos en la intensidad adecuada, para salvaguardar numerosos aspectos, tales como los medioambientales, que sí se atienden desde la regulación del contrato de obra.

A continuación expondremos unos criterios de discernimiento entre las opciones indicadas que estimamos válidos. La piedra de toque que marca la diferencia fundamental entre ellas radica en determinar quien es el que asume realmente en primera instancia el riesgo en los costes de ejecución de los proyectos. La formulación de alternativas dicotómicas no es, en modo alguno, inconvencional; al contrario, pretendemos con ella explicar en sus líneas básicas los criterios elementales que han de valorarse a la hora de enjuiciar cómo afrontar los costes que cada obra concreta lleva aparejados, sin desconocer que pueden existir fórmulas mixtas en las que se conjugue la asunción de riesgos a la que aludimos.

Entenderemos que la financiación presupuestaria o pública de obras públicas es aquella que gravita sobre el montante económico general recaudado por las Administraciones Públicas para, como exponente de los intereses de los ciudadanos, realizar las funciones que se le encomiendan. En otras palabras, aquella en la que, ya acometa por sí misma la Administración competente la ejecución de la obra, ya recurra a su contratación con un tercero interpuesto, la cuantía dineraria precisa para sufragar los gastos asociados a su realización proviene de las arcas públicas generales, nutridas, fundamentalmente, de las aportaciones directas y coactivas exigibles a los particulares en ejercicio de la potestad tributaria reconocida al Estado; esto es, los impuestos, pero también de otros ingresos públicos como, por ejemplo, del recurso, pretendidamente extraordinario, a la emisión de Deuda Pública. Como habrá podido deducirse, no existe un paralelismo entre ingreso público y financiación presupuestaria, razón por la cual debe desecharse el establecimiento de una equivalencia exacta entre el enunciado de financiación presupuestaria de obras públicas y cualquier tipo de plasmación económica que en el documento que contiene los presupuestos públicos tenga cabida.

*Contrario sensu*, daremos por buena la equivalencia entre financiación extrapresupuestaria y financiación privada de obras públicas, siempre y cuando esta opción se traduzca en estimar que el acopio de los recursos dinerarios precisos para cubrir los costes a los que ascienda la ejecución de una determinada obra pública pretenda, *a priori*, no tener un reflejo idéntico en el presupuesto al que tenían en el caso anterior, obteniéndose a través de las inversiones que los particulares decidan emplear, arriesgar, *motu proprio* en tal menester y que, de ordinario obtendrán de la financiación que les concedan las entidades financieras. La razón que induciría a los particulares a asumir los riesgos inherentes a esta clase de empresas, se localiza en las expectativas de ganancia que la explotación de la infraestructura construida o de otros servicios a cuya prestación ésta contribuye, les permitiría obtener<sup>6</sup>.

En suma, en sentido amplio cabe considerar que estamos ante un supuesto de financiación privada de obras públicas cuando se recurre al préstamo a través de los bancos o del mercado financiero, siendo, además conforme a los parámetros manejados, los peajes que se pueden imponer por el uso de infraestructuras –ya los abonen los usuarios directamente o la Administración– una forma de financiación privada.

---

<sup>6</sup> Acogen esta diferenciación JUAN LOZANO, A.M.; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.; *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras u servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídico-financieros*, IEF, Madrid, 2006, pág. 37.

Es precisamente en este campo de la financiación privada de obras públicas en el que se inscriben los supuestos de contratos de Colaboración Público Privada (CPP) a los que luego nos referiremos con más detalle.

Como se ha señalado, la distinción para determinar si estamos ante un supuesto de financiación pública o privada de obras públicas, descansa en el criterio del riesgo; esto es, de la determinación quién asume en última instancia las consecuencias de las contingencias que puedan ocurrir a lo largo de la ejecución del proyecto.

En este sentido, resulta indispensable concretar a qué tipo de riesgos nos estamos refiriendo. Pues todo aquel que celebre un contrato con una Administración (ej: una tradicional contrata) ha de hacer frente y asumir determinadas contingencias que pueden acaecer durante su ejecución, -es decir, asume riesgos- y, sin embargo, no todo supuesto de contratación se puede incardinar en el ámbito de la financiación privada, tal y como aquí se entiende. En efecto, la catalogación que se hace de los riesgos que pueden asolar un proyecto son dispares<sup>7</sup>. En general, para poder afirmar que nos encontramos ante un ejemplo de financiación privada de obras –así particularmente los contratos de CPP- resulta indispensable que el contratista no sólo asuma los riesgos de construcción (deficiencias técnicas, posible encarecimiento de materiales, retrasos en la entrega), sino también los de disponibilidad, gestión u operativos (mayores costes de explotación que los inicialmente previstos, responsabilidades surgidas por prestación del servicio en peores condiciones de las pactadas), los de demanda (uso del bien explotado o prestación de un servicio por debajo de los niveles previstos) y los financieros asociados al incremento del coste final por la concurrencia de los anteriores<sup>8</sup>.

## **V.- Sistemas de Ejecución de obras públicas**

Habiendo sentado lo anterior, el paso siguiente radica en identificar los mecanismos de ejecución de obras públicas que existen. Cuando satisfacer una finalidad administrativa entraña la realización de una obra pública, *lato sensu*, su cumplimiento puede afrontarse por la Administración correspondiente recurriendo a dos vías distintas: directamente por la propia Administración en cuya esfera competencial encuentra cabida esa obra pública, o bien apelando a la convención con terceras personas la ejecución de las tareas necesarias para ello, lo que nos sitúa en el ámbito contractual de las Administraciones Públicas. A su vez, cada una de estas dos grandes opciones presenta sub-variantes que pueden ser presentadas bajo el siguiente esquema:

---

<sup>7</sup> Desde una óptica netamente empresarial un estudio de los riesgos, en general, se encuentra en la obra de FERIA DOMÍNGUEZ, J.M.; *El riesgo de mercado, su medición y control*, Delta, Madrid, 2005, en especial pág. 2. Conforme estos postulados, que son desde los que se parte al analizar el riesgo, en términos generales, éste aparece siempre asociado a la posibilidad de desviación en la consecución de un cierto rendimiento u objetivo previamente establecido, es decir, supone una variación o divergencia entre un resultado estimado a priori y el realmente alcanzado.

<sup>8</sup> Una explicación global de los riesgos que ha de asumir la iniciativa privada en relación con los contratos CPP puede consultarse en los trabajos de ACERETE GIL, J.B.; *Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas*. IEF, Madrid, 2004, págs. 26 y ss.; NIETO GARRIDO, E.; “La financiación privada de obras públicas y servicios públicos en el Reino Unido (De Private Finance Initiative a Public Private Partnerships)”, RAP, nº 164, 2004, pág. 397; GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.; “Contrato de colaboración público-privada” en RAP, nº 170, 2006, págs. 19 y ss.

### **A) Ejecución directa de obras públicas por la Administración**

#### **\* Orgánica**

**\* Creación de personificaciones instrumentales de naturaleza pública o privada** (siempre y cuando no éstas personificaciones, a su vez, contraten con terceras personas la encomienda que les atribuye el ente matriz). (“modelo español”)

### **B) Ejecución indirecta de obras públicas por la Administración: marco contractual**

#### **\* Contrata**

-Variante tradicional

-Modelo de abono total del precio (“modelo alemán”)

#### **\* Concesiones de obra y servicio** (marco propio para intensificar la PPP)

-Concesiones tradicionales en el sistema español (genéricas: previstas en el TRLCAP y específicas: previstas en la normativa sectorial, ej: artículos 133-135 del TRLA)

-Peajes en la sombra

-Otras variantes en el ámbito internacional (ej: el Gran Bretaña) y las que previsiblemente se introducirán con la aprobación del actual PLCSP

### **A) Ejecución directa de obras públicas por la Administración**

Cuando la Administración a la que incumbe la provisión de una obra pública se valga de sus propios medios o servicios, tanto de naturaleza real como de naturaleza personal, en orden a verificar su realización, estamos ante lo que se conoce como realización directa de obras públicas o ejecución de obras públicas por Administración. En estos casos, la personificación jurídico-pública competente sobre la obra recurre a la movilización de sus elementos propios y los orienta en la procura del resultado indicado. Pudiera hacerlo a través de un órgano administrativo o mediante la creación de personificaciones o entes instrumentales a los que se encargue su ejecución. Esta posibilidad está actualmente prevista en los artículos 152 y 153 del TRLCAP.

Particularmente la creación de personificaciones instrumentales para este propósito ha venido cobrando fuerza en España. Aunque hay personificaciones jurídico-públicas que encajan en este supuesto, por la problemática que encierra y la polémica suscitada en relación con ellas, prestaremos más atención al supuesto de la constitución de personificaciones jurídico-privadas, en concreto, de sociedades mercantiles, para la ejecución de obras públicas, que ha sido práctica recurrente en los últimos tiempos en los tres niveles territoriales españoles<sup>9</sup>.

Diversos fueron los motivos que justificaron esta tendencia. La principalmente invocada fue la apuesta decidida por la descentralización de funciones públicas en aras de una pretendida mayor eficacia en la gestión de su actividad. Pero, en línea con ella, en concreto la elección del tipo de personificación empleado -sociedades mercantiles- obedecía, de un lado, al intento de escapar a la aplicación de buena parte de las disposiciones que integran el Derecho de la contratación pública y, de otro, coyunturalmente, venía bien para alcanzar los criterios de convergencia necesarios para

<sup>9</sup> Sobre los problemas que puede plantear el empleo de otros tipo de personificaciones a las que no se les dota de una forma de sociedad mercantil resulta muy ilustrativo conocer el trabajo de MARTÍNEZ CALVO, J.; “Hacia la construcción de un “Derecho administrativo financiable”: crónica del caso MINTRA”, en RAP, nº 167, 2005, págs. 369-402.

acceder a la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria, dado que las normas de contabilidad que resultaban de aplicación a estas empresas permitían no computar sus deudas al calcular el déficit público. Precisamente por esta última pretensión la considerable proliferación de entidades mercantiles encargadas de la gestión de la contratación de obras públicas se denominó “modelo español” en el marco de los distintos caminos abiertos por cada Estado para que los elevados costes de ejecución de obras públicas no les impidiesen alcanzar los criterios de convergencia europeos. En todo caso, la contabilidad aplicable a estas sociedades ha cambiado por lo que en gran parte el atractivo que esta vía encerraba ha dejado de existir.

Por otra parte, uno de los matices principales que debe considerarse al tratar la creación de sociedades mercantiles para ejecutar obras públicas estriba en apreciar que si éstas, en lugar de afrontar por sí mismas el encargo, proceden a contratar con terceros su realización, -situación que, salvo algunas excepciones, es la más frecuente-, no estamos ante una ejecución directa de obras por la Administración sino ante un ejemplo de ejecución indirecta.

Dejando en este momento a un lado la consideración acerca de si la creación de este tipo de personificaciones privadas para atender directamente fines públicos es lo más adecuado, el recurso a esta posibilidad derivó en otro problema, pues, en coherencia con su naturaleza privada, las normas españolas declaraban que estas personificaciones han de regirse por el Derecho privado, por lo que, desde el punto de vista de la contratación no se regían por lo dispuesto en el TRLCAP, lo cual, en la práctica y mirando únicamente al Derecho comunitario, suponía una vulneración de las Directivas en materia de contratación. Esto motivó la actuación del TJCE que en diversos pronunciamientos procedió a condenar a nuestro país por vulneración de las mismas y desencadenó el cambio legislativo oportuno en el TRLCAP para integrar en su ámbito la contratación a la que nos referimos<sup>10</sup>.

## **B) Ejecución indirecta de obras públicas por la Administración: marco contractual**

Desde el punto de vista de la asunción de riesgos o, si se quiere, desde el punto de vista de la financiación pública o privada de la obra, la ejecución indirecta de obras públicas presenta, en esencia, dos alternativas: la celebración de un contrato de obra o la celebración de un contrato de naturaleza concesional.

### **a) Modelos reconducibles al contrato de obra**

Por lo que hace al contrato de obra, hay que aludir a dos opciones diferentes. En primer lugar, la **tradicional contrata de obra pública**, regulada en los artículos 120 y ss. del TRLCAP. En ella, el contratista se obliga a ejecutar una obra en un tiempo dado y bajo unas condiciones determinadas a cambio de un precio cierto que le satisface la Administración a cargo de los presupuestos generales –por tanto, financiación

---

<sup>10</sup> Un desarrollo mayor de esta temática se encuentra en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.; “Sociedades mercantiles y realización de obras públicas: Incumplimiento de la normativa comunitaria de contratación, extralimitación del margen constitucional de reserva de Derecho Administrativo en materia de contratos públicos e incongruencia en el empleo de las técnicas de autoorganización para la gestión de actuaciones administrativas”, en RGDA nº 12, junio 2006.

presupuestaria-, mediante la emisión de certificaciones de obra a cuenta del precio total a medida que el contratista avanza en el cumplimiento de su prestación. De tal forma que la Administración dosifica la expedición de certificaciones de obras, o documentos que generan el derecho de aquel a percibir abonos dinerarios a cuenta de la cantidad total inicialmente convenida. En términos de financiación, esta forma de proceder determina que, durante todo el tiempo que consuma la construcción de la obra, en el presupuesto de la entidad contratante han de tener reflejo, como deuda, las cantidades que se van disponiendo en este menester, pero no presenta mayores particularidades a los efectos que ahora nos ocupan, desde los que mayor interés presenta la variante conocida como **contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio**.

Su origen lo encontramos en la preocupación por alcanzar los criterios de convergencia fijados en Maastricht. En efecto, las restricciones presupuestarias que obligaba a adoptar la consecución de dichos criterios movieron a Alemania a diseñar un mecanismo que no supusiese demorar o renunciar a la ejecución de proyectos públicos y que, no obstante, salvase el incremento de deuda que la vía tradicional de desarrollo de los contratos de obra implica. El sistema ideado buscaba eludir que se computasen como deuda los pagos parciales vinculados en la fórmula tradicional al desarrollo de la obra. La solución acordada pasó por configurar un contrato en el que el pago al contratista se verificase no de forma paulatina, -siguiendo el ritmo de realización de la obra-, sino que dicha obligación surgiese en el momento en que la Administración recepcionase el resultado final, razón por la cual entre las denominaciones que ha recibido está la de contrato “llave en mano” .

Esta forma de proceder desencadena, al menos, dos consecuencias interesantes para los intereses pretendidos por la Administración. La primera consiste en postergar el endeudamiento que asume como contrapartida a la obra realizada al ejercicio en que se produce su recepción. Es el contratista el que durante el período de construcción ha de procurarse la financiación precisa para afrontar el coste de las obras. Asume, de esta forma, la responsabilidad plena de los riesgos de esta fase, pues en tanto no haga disponible el equipamiento en las condiciones previstas, la Administración no satisfará sus compromisos económicos adquiridos. En segundo lugar, permite un más correcto control del gasto diferido, puesto que el precio que ha de abonarse tras la construcción se cierra en el momento inicial, con la firma del contrato, no admitiéndose modificaciones y estableciéndose un régimen sancionador aplicable ante posibles retrasos en la entrega de la obra respecto de la fecha fijada.

Este modelo originado en Alemania- de ahí que comúnmente se conozca como “modelo alemán”- sirvió se espejo a otros Estados de la Unión, que procedieron a incorporarlo a sus ordenamientos jurídicos. Fue el caso de España, que lo hace por medio del artículo 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que establece la definición y régimen jurídico del que bautiza como: “*Contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio*”, cuyo contenido desarrolló el Real Decreto 704/1997, de 16 de mayo.

La peculiaridad de esta contrata radica, según dispone el artículo 147.1 de la Ley 13/1996, en que el precio que por las obras realizadas haya de abonar la Administración se satisface mediante un pago único en el momento de terminación de la obra. La referencia al pago único no debe, no obstante, conducirnos a error, pues éste puede fraccionarse y satisfacerse hasta en diez anualidades.

Como regla general este modelo encaja dentro de los sistemas de financiación presupuestaria de obras públicas. Ahora bien, dependiendo de cómo se articule el pago pudiera devenir clasificado como un supuesto de financiación extrapresupuestario, y es que el apartado octavo del artículo 147 permite que el Gobierno del Estado o, en su caso, el órgano de Gobierno de la correspondiente Comunidad Autónoma, acuerde que la financiación de todos o parte de los pagos que se establezcan recaiga sobre el cobro de una tasa o peaje por el uso de la infraestructura. A este resultado se llegará si, tras la extinción del contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio, la Administración decidiese acometer, de ser posible, la explotación del equipamiento ejecutado, que podrá efectuarse de forma directa o indirecta, externalizándolo.

Ya en otro orden de consideraciones, cumple destacar que todo parece sugerir que esta variante del contrato de obra fue configurada, con carácter excepcional. En primer lugar, porque se dispone que sólo será de aplicación en aquellos supuestos en que el contrato que se quiera celebrar tenga por objeto la construcción –primer establecimiento- de una serie limitada de infraestructuras, a saber: carreteras, ferroviarias, hidráulicas, en la costa y medioambientales; negándose, además, de forma expresa su utilización cuando lo que se persiga no sea crearlas, sino realizar obras de reforma, reparación, conservación o mantenimiento sobre las ya existentes. Por otra parte, el carácter residual queda subrayado si tenemos en cuenta que únicamente puede acudir a perfeccionar este contrato cuando el coste de la obra proyectada no supere unos determinados umbrales económicos. En concreto, el precio total de licitación excluidos los costes de refinanciación en caso de aplazamiento del pago, no puede superar, respectivamente, los siguientes límites: 4.000 millones de pesetas las obras de carreteras (equivalente a 24.040.484,24 euros), 3.000 millones de pesetas las infraestructuras ferroviarias e hidráulicas (equivalente a 18.030.363,13 euros), y 1.000 millones en el caso de obras en la costa y obras medioambientales (equivalente a 6.010.121,04 euros). Incidiendo en la idea de la excepcionalidad, hay que recordar que su aplicabilidad está siendo intermitente, al menos en el ámbito estatal, pues fue vetada por diversas leyes de presupuestos generales para algunos ejercicios. En todo caso, la transitoriedad con la que parecía haberse concebido puede comenzar a ponerse en tela de juicio en tanto que se mantiene una referencia a esta variante en el PLCSP.

### **b) modelos concesionales**

Es de sobra conocido que las variantes concesionales en el marco contractual de las Administraciones públicas españolas son, principalmente, dos: la de gestión de servicios públicos y la de obra pública<sup>11</sup>. En ambos casos el elemento definitorio descansa en que como contrapartida a la prestación que efectúe el contratista concesionario (construcción de infraestructuras y/o prestación de un servicio público) se le permite la gestión de un ámbito de actividad que de otra forma, al menos en el caso

---

<sup>11</sup> La regulación general de estos tipos contractuales se localiza en el TRLCAP, si bien existen normas sectoriales que la adaptan a ámbitos concretos. Como ejemplos podemos citar el contrato de concesión de construcción, conservación y explotación de obras hidráulicas inicialmente previsto en el artículo 173 de la ley 13/1996, de 30 de diciembre, y hoy reconducido a los artículos 133-135 del TRLA; o el contrato de servicios de gestión de autovías introducido por el artículo 60 de la ley 55/1999, de 30 de diciembre, de medidas fiscales administrativas del orden social.

de la prestación de servicios, sería atendido por la Administración concedente (la explotación de la infraestructura o del servicio público)<sup>12</sup>.

Digamos ya que es precisamente en el elemento de la gestión privada en el que puede afirmarse descansa la estructura de las variantes más importantes de contratos de CPP.

Al margen de las divergencias que puedan existir en lo que a concepción de sistemas normativos se refiere, lo cierto es que las últimamente tan valoradas fórmulas anglosajonas de ejecución de obras públicas que de alguna forma han servido de despunte al debate sobre la CPP al que luego nos referiremos descansan en un mecanismo equiparable a nuestra forma de entender las concesiones. No obstante, hay que reconocer que ciertamente las variantes anglosajonas son muchas, -por ejemplo, las conocidas por las siglas BOT (Build, Operate and Transfer) DBOT (Design, Build, Operate and Transfer), BROT (Build, Rent, Operate, Transfer); BLOT (Build, Lease, Operate, Transfer); BOOT (Build, Own, Operate, Transfer), etc...<sup>13</sup>- y que quizás su aplicación en España, al menos hasta ahora, chocaba con las limitaciones existentes en la normativa de contratos públicos prevista para las concesiones, muy imbuida de las concepciones clásicas. Así las referentes al demanio público desde cuyos planteamientos resulta extraño oír hablar de leasing de obras públicas o de que en algún modo el particular puede llegar a tener la propiedad de una infraestructuras pública, tal y como sugiere alguna de las variantes anglosajonas.

De todos modos, los buenos resultados asociados al empleo de las técnicas anglosajonas mencionadas, ha despertado el esfuerzo del legislador español por intentar, respetando nuestro propio sistema, introducir las bases necesarias para aplicarlas. La reforma del TRLCAP llevada a cabo por la Ley 13/2003, ya supuso un avance en este sentido. Avance que previsiblemente continuará pues en breve haremos una sucinta referencia a algunas de las novedades que se incorporan en el PLCSP.

Ahora bien, aunque el sistema de concesión conlleva una gestión privada de infraestructuras muy interesante cuando se quiere propiciar la financiación privada de las mismas, no está reñido con la financiación pública. Un ejemplo claro lo ofrece la técnica conocida como de *“peajes en la sombra”*.

El denominado *“peaje en la sombra”*, también llamado de canon de demanda, peaje impropio, peaje ficticio, peaje virtual, “shadow toll” o subvención en régimen de abono periódico, se vertebra sobre un modelo cuya seña de identidad consiste en que el precio pagado por el uso de la obra explotada lo satisface, en todo o en parte, una Administración. En este último caso, es decir, si el pago de una cantidad por parte de la Administración no exime totalmente a los usuarios de satisfacer un canon, sino que sólo reduce la cuantía del mismo, estamos ante el denominado *peaje blando*.

Principal rasgo, el indicado, que se convierte en definitivo toda vez que del mismo (pago por usuarios o por la Administración) se hace depender que nos

---

<sup>12</sup> Relacionando los dos tipos contractuales con la ejecución y financiación de obras públicas, cfr. ARIÑO ORTIZ, G.; “Contrato de obra, concesión de obra, concesión de servicio público: ¿Son técnicas intercambiables?” en REDETI, n° 22, 2005. 57-83.

<sup>13</sup> Una presentación sintética de las distintas posibilidades puede consultarse en ACERETE GIL, J.B.; *Financiación (...) opus cit.*, págs. 32 y ss.

encontremos ante un modelo de financiación presupuestario o extrapresupuestario. En síntesis, en esta hipótesis la Administración contrata con una empresa la construcción y explotación de una infraestructura pública, siendo ésta la que ha de ocuparse de obtener la financiación precisa que le permita cumplir sus prestaciones. La empresa recupera las inversiones que efectúe en la fase de explotación, pero no, o no todo, a través del cobro de un peaje a los usuarios, -como ocurre en el sistema tradicional de concesiones- sino de los pagos que a su favor efectúa la propia Administración, calculados, principalmente, tomando como base el nivel de uso del equipamiento.

Se aprecia, que estamos ante una técnica que permite tender un puente de unión entre los rasgos típicos del sistema concesional y la financiación pública. ¿es este hecho por sí mismo suficiente para afirmar un cambio en la naturaleza jurídica de la variante considerándola un contrato de obra? Considero que no, por dos motivos:

1º Persiste el elemento del riesgo que es en el que descansan las concesiones. Así es, en los contratos en los que se aplica el peaje en la sombra no se altera el principio de asunción del riesgo por el concesionario, tan sólo varía el origen de la remuneración de su esfuerzo y

2º Las contrata de obra pública no sólo implican que el pago lo efectúe una Administración, sino que sea un pago cierto, y en los peajes en la sombra es variable, quedando a expensas del mayor o menor uso que se haga de la infraestructura y, además, no llevan aparejada la explotación de la obra, característica de las concesiones y necesaria en los contratos en los que tienen presencia los peajes en la sombra. Aunque la retribución al concesionario descansa sobre aportaciones públicas, su cuantía no se conoce plenamente *ab initio*, como ocurre en los contratos de obra, al margen de la aplicación de los mecanismos de revisión de precios, sino que resulta determinable en función de distintos parámetros, sobre todo, del relativo al que cuantifica el uso de la obra.

Si repasamos el origen aplicativo de este remedio, habremos de remontarnos a la Bélgica de los años 60 del siglo XX en la que el Gobierno optó por introducirlo para financiar la red de carreteras. Sin embargo, el escaso éxito cosechado en relación con las expectativas que la solución había generado provocó que a partir de los años 80 se prescindiera del mismo. En los últimos tiempos el impulso que ha desencadenado el resurgimiento del interés por este mecanismo se localiza en el análisis de los resultados obtenidos con su puesta en marcha en Gran Bretaña. De ahí que se han ensayado fórmulas equiparables en países de la Unión Europea entre los que destacan Finlandia, Holanda, Grecia, Irlanda y, particularmente, Portugal y España. Por lo que hace a nuestro país es de destacar que tras una serie de conatos valorando la oportunidad de instaurarlo con carácter general, ésta solución no se ha producido hasta la promulgación de la Ley 13/2003. Aunque ya antes algunas Comunidades Autónomas como Madrid o Murcia lo habían instaurado en su normativa específica.

## **VI.- Propuesta de esquema que vincula los modos de ejecución de obras públicas y los sistemas de financiación de las mismas**

### **A) MODALIDADES DE EJECUCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS QUE FAVORECEN LA FINANCIACIÓN PRESUPUESTARIA**

- a) Ejecución directa de obras públicas por la Administración
- b) Contrata tradicional
- c) Contrata mediante el sistema “llave en mano”
- d) Concesión administrativa con retribución por número de usuarios articulado mediante “peajes en la sombra”
- e) Creación de personificaciones en mano pública a las que se encomienda la ejecución de obras públicas si para hacer frente a ese cometido se destinan aportaciones públicas

### **B) MODALIDADES DE EJECUCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS QUE FAVORECEN LA FINANCIACIÓN EXTRA-PRESUPUESTARIA**

- a) Creación de personificaciones en mano pública que gestionan obras cuyo coste se sufraga por medio de tasas que pagan los usuarios de las infraestructuras construidas o de los servicios prestados sobre ellas
- b) Concesiones administrativas contractuales de obras y servicios en las que se enmarcan los contratos que favorecen la CPP

**C) FINANCIACIÓN MIXTA:** En no pocas ocasiones la financiación de una obra no puede catalogarse, sin más, de presupuestaria o extrapresupuestaria pues descansa sobre aportaciones públicas y privadas.

## **VII.- La Colaboración Público Privada como filosofía**

En los últimos tiempos se viene hablando con cierto entusiasmo de los acuerdos de colaboración público privada (CPP) considerándose instrumentos clave cuando se estudia cómo mejor afrontar la ejecución de obras y/o la prestación de servicios públicos. La elocuencia con la que se habla de ellos, pudiera inducir a pensar que nos encontramos ante un instrumento inédito u original. Esa impresión es cierta sólo en parte. En realidad, no estamos ante el descubrimiento de una variante desconocida hasta la fecha con la que afrontar la ejecución de obras públicas, sino que, más bien, la novedad radica en la intensificación que ha experimentado el desarrollo de todas las potencialidades una idea ya existente, esto es, *“en lo concerniente al ensayo de metodologías para la concepción de los proyectos, su evaluación, diseño, estructuración, ejecución, control y regulación; así como en cuanto la asignación de riesgos involucrados en su realización”*<sup>14</sup>. De hecho, las posibilidades susceptibles de ser propuestas como ejemplos de contratos de colaboración-público privada son

<sup>14</sup> Cfr. ARAGONE RIVOIR, I.; “Participación público-privada para el desarrollo de infraestructuras en Latinoamérica: modelos, pautas de utilización y desafíos”, en REDETI, n° 25, 2006, pág. 92.

múltiples, hasta el punto de que la pluralidad de modelos en que puede traducirse dicha colaboración no está estandarizada<sup>15</sup>.

Sin embargo, descartábamos la originalidad total de la materia y ello por cuanto si atendemos al contenido estricto de las cláusulas contractuales insertas en todos estos contratos, se puede ver que, en esencia, descansan sobre unos mimbres que, en nuestro Derecho, reconduciríamos al marco de los contratos de concesión.

Hacíamos antes referencia al sistema anglosajón y avanzábamos, a modo de ejemplo, las fórmulas más habituales empleadas en el Reino Unido. En efecto, la reavivación o cimientos del debate sobre las CPP, al menos en lo que a Europa respecta, localiza su epicentro en Gran Bretaña<sup>16</sup>, donde a principios de los años 90 comenzó a emplearse la expresión *Private Finance Initiative (PFI)* como nomenclatura con la que identificar la batería de medidas adoptadas por el Gobierno de ese país, entonces presidido por John Major, con las que se pretendía intensificar la cooperación entre los sectores público y privado en orden a lograr la modernización de las infraestructuras públicas, así como la gestión de los servicios inherentes a las mismas. Es en este marco en el que se preveía la celebración de contratos *Public Private Partnership (PPP)*.

A partir de la experiencia británica, este tipo de orientación captó a atención de otros países. Por lo que respecta a los miembros de la UE de forma muy particular debido a las exigencias derivadas de la consolidación de la Unión Económica y Monetaria, cuya consecución ha desencadenado un contexto como el actual en el que las políticas financieras estatales se ven sometidas a más exigencias que nunca, ya que deben contribuir al crecimiento, apoyar la cohesión territorial, amortiguar las perturbaciones coyunturales y, al mismo tiempo, adecuarse a los criterios de equilibrio o superávit presupuestario a largo plazo previstos en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. A esta inclinación no pudieron sustraerse las instituciones comunitarias de lo que queda reflejo en diversos documentos elaborados por ellas en los que se reconoce la incidencia que estos mecanismos pueden tener en relación con la contratación pública y de cara a la ejecución de las Redes Transeuropeas de Transporte.

Comentábamos que no existe una denominación estandarizada para referirse al tipo de vinculaciones a las que nos venimos refiriendo, de suerte que incluso la denominación genérica bajo la que han quedado englobadas es variada, desde la británica *Public Private Partnership (PPP)*, a la de Asociaciones Público privadas (APP) o acuerdos de Colaboración Público Privada (CPP), que es la que parece haber hecho fortuna en sede comunitaria.

Abstracción hecha de las denominaciones concretas que se utilicen, en realidad, todas ellas constituyen una forma sintética de aludir a una filosofía común lo suficientemente amplia pero a la vez concreta como para dar cabida a una amplia gama de operaciones, técnicas y metodologías, aglutinadas bajo un enfoque o idea común: el

---

<sup>15</sup> Cfr. ARAGONE RIVOIR, I.; "Participación (...) *opus cit.*, pág. 99.

<sup>16</sup> Cfr. GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V.; "Contrato de colaboración público-privada" en RAP, nº 170, 2006, pág. 8; NIETO GARRIDO, E.; "El New Public Management y el gobierno a través de contratos en el Reino Unido", RAP, nº 162, 2004, págs. 391-417. NIETO GARRIDO, E.; "La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido", RAP, nº 164, 2004, págs. 389-406; ACERETE GIL, J.B.; *Financiación (...) opus cit.*, págs. 13 y ss.

intento de incentivar el interés particular en la ejecución de cometidos públicos asumiendo los riesgos inherentes a dicha ejecución.

No son escasas las propuestas de definición que se han aportado intentando aglutinar condensadamente una explicación de esta filosofía. A modo de ejemplo pueden tenerse en cuentas las siguientes<sup>17</sup>:

Para ARAGONE RIVOIR<sup>18</sup> las APP consisten en: “*acuerdos de cooperación entre entidades públicas y privadas conforme a las cuales, a través de diferentes técnicas, modalidades y sistemas de transferencias de riesgos y consecuentes responsabilidades, tienen por objeto el diseño, construcción, ampliación, mantenimientos refacción, gestión y/o financiación de infraestructuras o servicios, públicos o de inertes público; reteniendo invariablemente la Administración, las potestades de control y regulación de las actividades desarrolladas en tales casos*”. Por su parte, para JUAN LOZANO Y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ<sup>19</sup>, “*la expresión CCC se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio*”. A su vez CONCHA JARAVA<sup>20</sup> se refiere a ellas como: “*contratos, convenios, acuerdos u otras formas de cooperación entre entidades públicas y privadas para acometer la ejecución de infraestructuras (diseño, construcción, ampliación, e incluso su gestión o explotación), así como su financiación*”.

Si reparamos en los documentos comunitarios, no puede dejar de citarse el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, COM (2004) 327 final, de 30 de abril de 2004, que explica que: *La CPP designa una forma de cooperación entre las autoridades públicas y los agentes económicos. Esta cooperación tiene por objeto, en particular, financiar, construir, renovar o explotar una infraestructura o el suministro de un servicio. La CPP está presente en los transportes, la salud pública, la educación, la seguridad, la gestión de los residuos y la distribución de agua o de energía*. Y el mismo sentido se aprecia en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. Bruselas, 15 de noviembre de 2005; COM(2005) 569 final.

---

<sup>17</sup> Una muestra de la forma en que se explican las PPP en el mundo anglosajón que las ha impulsado se encuentra en ACERETE GIL, J.B.; *Financiación (...) opus cit.*, págs. 20 y ss. Por todas reproducimos una de ellas, la que proponía el Scottish Parliament 2001, según el que las: “*Public-Private Partnerships (PPPs) son un medio de utilización de financiación y técnicas privadas para la ejecución de proyectos tradicionalmente realizados por el sector público. Estos incluyen proyectos intensivos en el uso de capital tales como colegios, hospitales, carreteras y equipamientos de agua. En lugar de que sea una entidad pública quien desarrolle activos fijos y posteriormente detente su propiedad, los gestiones y regule, las PPPs generalmente implican que el sector privado sea su responsable y los gestiones y la Administración pública “adquiera” el servicio al contratista durante un periodo de tiempo determinado*”.

<sup>18</sup> Cfr. ARAGONE RIVOIR, I.; “Participación (...) opus cit.”, págs. 87-141. 89-90.

<sup>19</sup> Cfr. JUAN LOZANO, A.M.; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.; *La colaboración público-privada (...) opus cit.*, pág. 35.

<sup>20</sup> Cfr. CONCHA JARAVA, M.; “La participación público-privada en la ejecución de las infraestructuras”, en *Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra pública*, Hispalex, Sevilla, 2005, pág. 52.

La lectura de todas estas definiciones -ciertamente abstractas y que ponen el acento en aspectos distintos- arroja que la llamada PPP no puede definirse de forma cerrada pues su implementación admite un abanico considerable de posibilidades en su esfera. En realidad, esta colaboración, como ya advertimos, puede concebirse más bien como una filosofía que presenta una pluralidad de plasmaciones prácticas pero en las que la asunción de riesgos por la iniciativa privada es indispensable.

Pero ¿Qué añade esto?. Si, como indicamos, las variantes que se pueden considerar integradas en el marco de las CPP descansan en lo que concebimos como un contrato de concesión, ¿Dónde radica la originalidad?, ¿Por qué están adquiriendo tanta importancia o se les presta tanta atención?. ¿Acaso, no colabora un particular con la Administración cuando celebra un tradicionalísimo contrato de obra pública?, y si sólo en un sentido muy laxo cabría considerar que esta contrata puede esgrimirse como muestra de CPP ¿A qué se refiere propiamente la colaboración con la Administración?.

Para atender de forma global todas estas cuestiones hay un dato que no puede pasarse por alto. Que la concepción que se tenga de la CPP puede ser muy amplia pero en ella existe un elemento crucial: la diversificación efectiva de los riesgos inherentes a los proyectos a los que se aplica entre cada una de las partes, recayendo en un porcentaje muy significativo en el particular.

En todo caso, aunque no es posible dar un concepto cerrado de CPP, sí es posible, no obstante, identificar unas características comunes a cualquier proyecto de PPP, a saber<sup>21</sup>: La Administración pública y el sector empresarial alcanzan acuerdos en los que se vinculan a desempeñar de forma conjunta actuaciones complementarias; -La relación entre las partes se basa en acuerdos a largo plazo; -Las dos partes obtienen beneficios dado que los aspectos que se satisfacen son tanto de índole económica como social; -El operador privado asume en este tipo de relaciones la ejecución de un número mayor de funciones que las que afronta en otros modelos de provisión de infraestructuras y servicios públicos; -La remuneración del sector privado proviene de los usuarios de las infraestructuras o perceptores de los servicios que gestiona o, incluso, de la propia Administración de acuerdo con la actividad desempeñada; -Cada una de las partes asume el grupo de tareas respecto de las que, en principio, dispone de una ventaja comparativa, con el propósito de conseguir la mayor eficiencia posible; -La colaboración público-privada ejecutando cada parte aquellas actuaciones respecto de las que tiene una mayor capacitación, busca la obtención de un mejor resultado al mismo coste o los mismos resultados a un menos coste; -Los acuerdos que se alcancen deben perfilar suficientemente el reparto de responsabilidades entre las partes, así como los costes y riesgos implicados y a quien corresponde su gestión.

Todas las alternativas que admiten las CPP constituyen ejemplos de un fenómeno clásico pero del que se está oyendo hablar cada vez con más frecuencia bajo la nomenclatura económica de Externalización de funciones públicas, *latu sensu*. La contratación de la ejecución de obras públicas, sobre todo aquellos supuestos en los que el riesgo lo asumen los particulares, constituye uno de los ejemplos más representativos de externalización de cometidos públicos, entendida, en un sentido estricto, como la

---

<sup>21</sup> Cfr. ACERETE GIL, J.B.; *Financiación (...) opus cit.*, pág. 22. Asimismo, ARAGONE RIVOIR, I.; “Participación público-privada para el desarrollo de infraestructuras en Latinoamérica: modelos, pautas de utilización y desafíos”, en REDETI, n° 25, 2006, págs. 90 y ss.

encomienda por la Administración pública a la iniciativa privada de la realización y prestación de determinadas actuaciones de su responsabilidad<sup>22</sup>.

En definitiva, la CCC, insisto, puede verse como una filosofía que se traduce o manifiesta en una pluralidad de fórmulas. Ocurre, no obstante, que no todas ellas se acomodan de igual manera a los sistemas jurídicos de cada Estado, de tal forma que la puesta en marcha de alguna de las variantes puede reclamar, en ciertos países, modificaciones legislativas. Por ejemplo, algunas de las tipologías admitidas en Gran Bretaña aluden a que el particular llega a tener la propiedad de la infraestructura, lo cual resulta extraño en España, donde estas infraestructuras son consideradas demaniales y, por consiguiente, inalienables. Ahora bien, sin alterar esa idea tan arraigada en nuestro ordenamiento, sí es cierto que resulta factible permitir que el concesionario, -normalmente, durante la fase de explotación-, tenga una mayor libertad para recurrir a la perfección de negocios jurídicos hasta ahora más propios del Derecho privado, pero que pueden modularse e interpretarse desde las exigencias del Derecho público y que, desde luego, le harían más atractiva la operación en su conjunto (ej: leasing de obras públicas, derecho de superficie, etc.).

Por lo que a España se refiere, un primer avance en la previsión de medidas legislativas en esta dirección se produjo con la modificación del TRLCAP a través de la Ley 13/2003. De ella destacaremos, por una parte, las disposiciones referentes a financiación de la obra pública mediante el otorgamiento de concesiones demaniales (arts. 130 a 134 del TRLCAP). Por otra, la autonomía que adquirió el contrato de concesión de obra pública, -que pasó a contar con un Título propio, el V, dentro del segundo libro de la Ley-, en cuyo ámbito se descendió a pormenorizar con cierto detalle algunas alternativas que se entendía harían surgir el interés de los particulares en la celebración de este tipo de concesiones, así, la constitución de hipotecas o la titulación de los derechos de cobro reconocidos a favor del concesionario en la fase de explotación, etc.<sup>23</sup>.

Actualmente, parece que un salto cualitativo considerable puede producirse si llega a aprobarse el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (PLCSP) que se encuentra en un avanzado estado de tramitación en el Parlamento y sobre el que resulta interesante aportar una somera aproximación.

---

<sup>22</sup> Cfr. las comunicaciones presentadas al XVI Congreso Asociación Italo-Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Génova los días 25 a 27 de mayo 2006 de los profesores NAPOLITANO, G.; “La Pubblica Amministrazioni e le regole dell’esternalizzazione”; ORTEGA ÁLVAREZ, L.; ARROYO JIMENEZ, L.; “La externalización de los servicios públicos económicos: formas, principios y límites”; FERNÁNDEZ FARRERES, G.; “La Administración pública y las reglas de la “externalización”. Éste último explica que ciertamente el término externalización referido al ámbito de la Administración Pública ha comenzado a utilizarse con frecuencia por la doctrina administrativista para hacer referencia a una suerte de opción organizativa y de funcionamiento de la Administración que entraña la presencia del sector privado el satisfacción de quehaceres propios de aquella -entre los que se encuentra la ejecución de obras públicas- y cuya articulación puede sustentarse sobre muy diversas formas y técnicas instrumentales que admite una aplicación sobre distintos tipos de cometidos públicos.

<sup>23</sup> Un comentario monográfico sobre esta reforma se puede encontrar en el libro dirigido por MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

## VIII.- Referencia al Contrato de Colaboración público-privada contenido en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público

El pasado 7 de julio de 2006 el Gobierno español aprobó en el Consejo de Ministros un Proyecto de Ley de Contratos del Sector público (PLCSP), que, previsiblemente, será el texto de sustituya al actual TRLCAP. Dicho Proyecto fue presentado en el Congreso de los Diputados el 14 de julio y calificado el 5 de septiembre de 2006. A día de hoy se encuentra en un avanzado trámite de enmiendas.

Si se analiza el contenido del texto presentado, lo primero que a simple vista llama la atención del Proyecto es la radical reforma estructural que pretende acometer, que altera sustancialmente la disposición prevista en la actual Ley que rige los contratos públicos. El Proyecto consta de 309 artículos, 31 disposiciones adicionales, 6 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria, 11 disposiciones finales y tres anexos. En lo que hace al articulado se distribuye en un Título Preliminar sobre “Disposiciones Generales” y 5 libros, que respectivamente se centran en la Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos (Libro I); la preparación de los contratos (Libro II); la selección del contratista y adjudicación de los contratos (Libro III); los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos (Libro IV) y la organización administrativa para la gestión de la contratación (Libro V). Tal y como se anuncia en la Exposición de Motivos que lo acompaña, las razones que impulsaron al Gobierno a elaborar este Proyecto fueron dos. En primer lugar, la incorporación al ordenamiento español de las innovaciones introducidas en materia de contratos públicos por la Directiva 2004/18, cuyo plazo de trasposición finalizó el día 31 de enero de 2006. Por otra parte, la conveniencia, ya desde la óptica del Derecho interno, de corregir ciertos defectos de nuestra legislación que la práctica cotidiana ha puesto de relieve, así como de incorporar diversas medidas de mejora que venían siendo reclamadas por distintas instancias.

Pues bien, entre los contratos nominados que menciona, además de los tradicionales de obras; de concesión de obras públicas; de gestión de servicios públicos; de suministro; y de servicios, caracterizados, respectivamente, en los artículos 6 a 10 del Proyecto, el artículo 11 se refiere a lo que, aparentemente, es un nuevo modelo contractual el “Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado” al que el artículo 19 del Proyecto expresamente le reconoce carácter administrativo e incluye entre los contratos sujetos a regulación armonizada<sup>24</sup>. El Texto determina el tipo contractual diciendo que:

*1. Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquéllos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una*

---

<sup>24</sup> según explica la Exposición de Motivos que acompaña al Proyecto de Ley en el mismo *se ha acuñado la categoría legal de "contratos sujetos a regulación armonizada", que define los negocios que, por razón de la entidad contratante, de su tipo y de su cuantía, se encuentran sometidos a las directrices de la regulación europea. La positivación de esta categoría tiene por finalidad permitir la modulación de la aplicabilidad de las disposiciones comunitarias a los distintos contratos del sector público, restringiéndola, cuando así se estime conveniente, solo a los casos estrictamente exigidos por ellas. Por exclusión, utilizándolo de forma negativa, el concepto también sirve para definir el conjunto de contratos respecto de los cuales el legislador nacional tiene plena libertad en cuanto a la configuración de su régimen jurídico”.*

*actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:*

*a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.*

*b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.*

*c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.*

*d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.*

*2. El contratista colaborador de la Administración puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos.*

*3. La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento”.*

Lo primero que sugiere la lectura del precepto transcrito es que el contrato de colaboración público privada podrá tener un objeto muy plural en el que se integren actuaciones de tipo muy dispar y en el que la idea de complejidad está muy latente. Es más, no resulta excesivo afirmar que el PLCSP deja muy abierto lo que pueda ser, en cada caso, el objeto del contrato, con el objetivo de no cerrar opciones y facilitar, -de resultar interesante y siempre dentro del respeto a las coordenadas que definen nuestro régimen jurídico-público-, cualquier tipo de prestación por parte del contratista que contribuya al logro del resultado final fijado. Podría considerarse que la redacción prevista, desde lo abstracto pero con la suficiente concreción, incorpora al neto ámbito contractual la posibilidad “construir a la carta” el objeto del contrato, más aún, la definición de la totalidad de prestaciones a que puede comprometerse cada parte, lo cual, si se entiende bien, resulta positivo. En este sentido, no puede dejar de subrayarse que la flexibilidad y la imaginación en el diseño de alternativas son características esenciales de los CPP, hasta el punto de que las potencialidades que permite “*quedarían transformadas en agua de borrajas si el contrato está absolutamente estructurado en la legislación*”<sup>25</sup>. La norma no puede ser más que un marco jurídico que habilite la actuación administrativa y ofrezca seguridad al operador.

Ya se ha hecho alusión a los que el análisis de la práctica arroja son los tipos más habituales de negocios jurídicos perfeccionados en el Reino Unido que encajan en el marco de las CPP. Hasta ahora en el Derecho español, al menos en el seno de la

---

<sup>25</sup> Cfr. GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.; “Contrato (...) *opus cit.*, pág. 21.

estricta normativa de contratación pública, no puede decirse que todas las alternativas mencionadas tuviesen cabida. La caracterización del objeto de los contratos nominados en el TRLCAP de una forma considerablemente cerrada y rígida constreñía el recurso a muchas de estas opciones<sup>26</sup>. No obstante, como con claridad explica el profesor GONZÁLEZ GARCÍA<sup>27</sup> esto no imposibilitó por completo que, recurriendo a ciertos márgenes que permitía la legislación de régimen patrimonial de las Administraciones públicas, se llegasen a celebrar contratos como algunos tipos de arrendamientos operativos que encajan en la esencia de los contratos CPP<sup>28</sup>. Sin embargo, esta forma de proceder plantea algunos inconvenientes y se vislumbra, además, insuficiente, por lo que se hacía necesaria una modificación legislativa en este punto. Ésta hubiera podido realizarse tomando como referencia para incluir la nueva perspectiva en el ámbito de configuración de alguno de los contratos nominados y típicos ya consagrados en el TRLCAP. Teniendo en cuenta la evolución los acontecimientos ocurrida últimamente en relación con el contrato de concesión de obra pública<sup>29</sup>, quizás hubiera bastado con incidir en la definición de su objeto en aras a hacerlo más moldeable. No se ha optado por esta vía en el PLCSP, que apuesta por la previsión de un nuevo tipo contractual. Una vez superada la incertidumbre y dificultad inicial para ubicar exactamente la nueva figura por la naturaleza ecléctica que presenta, quizás sea esto lo más propicio, sobre todo, en orden subrayar la importancia que se quiere dar al impulso en el empleo de estas técnicas.

La amplitud en la definición del objeto del contrato es la que seguramente justifique que el PLCSP ya no prevea de forma autónoma una opción como la que introdujo la Ley 13/2003 en el TRLCAP (artículos 130 a 134) habilitando que la financiación del coste de ejecución de obras públicas no susceptibles de explotación en lugar de verificarse como en los contratos de obras tradicionales pudiese verificarse mediante el otorgamiento de concesiones de dominio público.

Además de la concepción del objeto de contrato de colaboración público privada, de la normativa proyectada también destaca la regulación que propone se aplique a las actuaciones preparatorias de este contrato. En concreto, resulta una novedad la referencia a la necesidad ineludible de que la Administración contratante afronte una “**evaluación previa**”. A ella se refiere el artículo 118 del Proyecto de Ley que la presenta como el documento administrativo en el que se pongan de relieve dos aspectos. En primer lugar que “*habida cuenta de la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados*” y, en segundo lugar, el resultado “*del análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de*

---

<sup>26</sup> Una crítica a la excesiva limitación en el TRLCAP de lo que puede ser el objeto del contrato de concesión de obra pública puede verse en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.; *Ejecución y financiación (...) opus cit.*, en especial págs. 307 y ss.

<sup>27</sup> Cfr. GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.; “Contrato (...) opus cit, pág. 22.

<sup>28</sup> Sobre la aplicación de los arrendamientos operativos en España resulta imprescindible conocer los trabajos del Profesor GONZÁLEZ GARCÍA. En concreto el capítulo IV de su libro *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 161 y ss. y el artículo antes citado sobre el “Contrato (...) opus cit, págs. 31 y ss.

<sup>29</sup> Sobre esta evolución puede verse VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.; *Ejecución y financiación (...) opus cit.*, págs. 297 y ss.

*contratación”.*

Esta evaluación previa es, en esencia, la primera aproximación a lo que vaya a resultar el objeto de cada contrato CPP, pues la redacción del artículo en que se prevé, aun no detallada, permite identificar los extremos que ha de expresar. Como en forma de símil acierta a presentarlo el profesor GONZÁLEZ GARCÍA, puede concebirse como algo semejante a un pliego de cláusulas administrativas particulares, pues el llegar a las conclusiones que en dicho documento han de plasmarse exige conocer con cierto detalle el tipo de aspectos que forman parte de dichos pliegos. En definitiva, este documento servirá para ir identificando tanto las prestaciones que reclama la Administración como los que finalmente se conviertan en elementos de las bases de adjudicación.

El trámite puede equipararse a lo que en el mundo anglosajón recibe el nombre de *Public Sector Comparator*<sup>30</sup>, que es la valoración en términos cuantitativos o económicos de si compensa o no la celebración de un contrato de CPP. Este trámite puede verse como una garantía de eficiencia en el sentido de con el mismo se busca ponderar los costes y riesgos que pudieran generarse durante la vida del proyecto, comparando los que previsiblemente se producirían si el proyecto fuese realizado por la Administración y los aparejados al contrato CPP. Y ello en orden a concluir si la participación en esta forma de la iniciativa privada ofrece *Value For Money*, es decir, resulta eficientemente más oportuna, pese al mayor coste que seguramente supondrá respecto de otras alternativas.

Ahora bien, este documento base, si importante, es todavía primario, debiendo concretarse no pocos aspectos del contrato que finalmente se perfeccione en el marco del procedimiento de adjudicación que se desarrolle entre la Administración y los licitadores. Éste procedimiento será de ordinario uno nuevo, el llamado de diálogo competitivo (previsto en la Directiva 2004/18), si bien, excepcionalmente, se deja abierta la posibilidad a emplear el procedimiento negociado con publicidad cuando las proposiciones u ofertas económicas presentadas por algunos licitadores fuesen irregulares o inaceptables, y siempre manteniendo sustancialmente las condiciones originales del contrato. En cualquier caso, parece que en el desarrollo de este procedimiento un lugar central lo ocupará el resultado de la evaluación previa, que será el marco a partir del cual se desenvuelva la negociación con los particulares.

El nuevo procedimiento de “diálogo competitivo” busca romper la barrera que tienen los procedimientos actuales, pues, salvo en casos excepcionales en los que se puede aplicar el procedimiento negociado con publicidad, la regulación de los procedimientos abierto y restringido prohíbe la existencia de cualquier contacto previo entre poder adjudicador y licitadores. Pero cuando lo que se persigue es impulsar la puesta en marcha de un proyecto imbuido de una pluralidad de complejidades de muy diversa índole (técnica, económica, logística), que supera la ordinaria, se ha considerado que puede contribuir al éxito final de la empresa la implicación en un momento muy inicial de su ideación de los sujetos privados de los que se valga la Administración para implementarla<sup>31</sup>. Por ello, se ha diseñado un procedimiento dotado de la flexibilidad

---

<sup>30</sup> Para entender cómo funciona puede consultarse el trabajo de ACERETE GIL, J.B.; *Financiación (...)* *opus cit.*, págs. 29 y ss.; ARAGONE RIVOIR, I.; “Participación (...)” *opus cit.*, pág. 93.

<sup>31</sup> El considerando 31 de la Directiva 18/2004, expone, precisamente, que este procedimiento “puede presentarse, en particular, en la ejecución de importantes infraestructuras

necesaria para debatir con los candidatos todos los aspectos del contrato que, respetando los derechos particulares de cada uno, permita en una suerte de *brian stormy*, identificar la mejor forma de satisfacer las necesidades a que quiere dar respuesta la Administración. Incluso cabe considerar que encierra otra forma de colaboración privada, en sede contractual, distinta a las hasta ahora existentes y que es más intensa, que nace casi en el en el corazón del proyecto, lo que puede conducir a que los licitadores se involucren más en el mismo proporcionando un valor añadido a la Administración, lo cual redundará positivamente en el resultado final que se obtenga.

El procedimiento de adjudicación siguiendo la fórmula del diálogo competitivo se caracteriza porque el órgano de contratación desarrolla un diálogo *“con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta”*. Está previsto para contratos particularmente complejos, considerándose tales aquellos respecto de los que el órgano de contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir con la precisión adecuada los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto. Su puesta en marcha se produce con la publicación por parte del órgano contratante de un anuncio de licitación en el que se contenga un documento descriptivo dando a conocer cuáles son las necesidades que pretende cubrir.

La Administración invitará a participar en este procedimiento a un número no menor de tres empresas cursando una invitación en la que se indicará una referencia al anuncio de licitación, los aspectos básicos que han de reunir las solicitudes que, en su caso, decidan presentar las empresas y la ponderación relativa de los criterios de adjudicación del contrato o, en su caso, el orden decreciente de importancia de dichos criterios, si no figurasen en el anuncio de licitación.

A partir de este instante, y en atención a las ofertas presentadas, la Administración procederá a entablar, con los candidatos seleccionados, una ronda de contactos a fin de determinar y definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades. Obviamente un aspecto capital en el desarrollo de estas conversaciones es la actitud de imparcialidad que ha de mantener el órgano de contratación, que ha de velar por dar un trato igual a todos los licitadores y, muy significativamente, tendrá que cuidarse de no facilitar, de forma discriminatoria, ni información a unos competidores con la que no cuente el resto, ni las características de las propuestas de otros participantes que puedan considerarse confidenciales, salvo que exista consentimiento del afectado. Este diálogo, si así se hubiese establecido en el anuncio de la licitación o en el documento descriptivo, podrá tener lugar en fases sucesivas en las que se vayan descartando candidatos con base en la aplicación de los criterios indicados en el mismo, sin que las eliminaciones sucesivas pongan en riesgo que en la fase final no haya un número tal de ofertas que impida la existencia de una competencia efectiva entre ellas. *“El órgano de contratación proseguirá el diálogo hasta que se encuentre en condiciones de determinar, después de compararlas, si es preciso, las soluciones que puedan responder a sus necesidades”*. Cuando esto ocurra comunicará la finalización del diálogo a los participantes todavía en lid, a quienes invitará a presentar su oferta final, basada en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante esta parte

---

*de transporte integrado, de redes informáticas de gran tamaño o de proyectos que requieran financiación compleja y estructurada, cuyo montaje financiero y jurídico no es posible definir con antelación”*.

del procedimiento. Una vez presentadas las plicas finales corresponde al órgano de contratación evaluar las ofertas presentadas enjuiciándolas en función de los criterios de adjudicación establecidos y seleccionar la oferta económicamente más ventajosa, ponderando conjuntamente, como en los concursos, una variedad de criterios y resolviendo únicamente con base en el aspecto económico.

Ya en otro orden de cosas, si, como indicamos, uno de los rasgos de los proyectos de CPP se localiza en el considerable tiempo de ejecución de los proyectos, en lo tocante a la duración de los contratos de colaboración público privada el artículo 290 del PLCSP de alguna forma sorprende limitando su vida a un lapso máximo de 20 años. No obstante, la limitación acto seguido se suaviza permitiendo que cuando el objeto del contrato se corresponda con las prestaciones propias del de concesión de obra pública pueda éste tener una vida de hasta 40 años, o, incluso de 75 cuando lo que se ejecuten sean obras hidráulicas.

Ciertamente, los aspectos hasta aquí indicados son los más importantes y característicos de la regulación prevista en el PLCSP para este nuevo tipo contractual. Ésta regulación, sobre todo, lo que permitirá es disponer de un grado de indefinición suficiente –quizás excesivo, con los riesgos que ello entraña- como para acomodar en cada caso las prestaciones que como contrapartida asuma la Administración a favor del particular adjudicatario a lo que sea más beneficioso para sus intereses siempre, por supuesto, dentro de los límites del interés general. En fin, la normativa proyectada se mueve en la idea de maximizar la realización de dos objetivos básicos de forma equilibrada: la eficiencia y la equidad.

Pudiera ser que esta nueva perspectiva sirva, al menos en parte, para reescribir el alcance de los contratos de concesión. La indefinición prevista en el PLCSE para el contrato de colaboración público-privada quizás sea excesiva, pero bien administrada considero contribuirá a recurrir más fácilmente, y con amparo en la legislación de contratos públicos, a una serie de alternativas hasta ahora propias del Derecho privado. No olvidemos, a este respecto, que el Derecho Administrativo a lo largo de la historia – y todos podemos tener en la mente múltiples ejemplos; así la propia figura de los contratos administrativos- ha sido fecundo en la incorporación de fórmulas gestadas en otras áreas de conocimiento, muy particularmente de las que integran el Derecho Privado. Lo cual no tiene que implicar poner en peligro, desconocer, o sustraerse a la procura del fin administrativo por excelencia: la satisfacción del interés general.

Se trata de aunar esfuerzos, de buscar puntos de apoyo y favorecer el acercamiento de intereses, de que el Derecho administrativo ofrezca al particular las máximas opciones que pueda dar cuando busca su colaboración para, en lo que ahora importa, atender la ejecución de obras públicas. Se alienta a que el interés privado –del contratista- y la satisfacción de necesidades colectivas vayan de la mano. Aquí la apelación al mercado se hace desde una perspectiva de integración de esfuerzos e intereses para que cada una de las partes afronte lo que mejor sabe hacer. Para lo cual, la nueva configuración parte de instrumentos tradicionales, de técnicas e instrumentos ya conocidos, pero estos moldes tradicionales del Derecho administrativo se hacen permeables a otras figuras incrementándose de esta forma las opciones posibles adecuadas a la nueva realidad.

La referencia que en el fondo sustenta la construcción de esta futura normativa es el contexto actual que, en buena parte, en muy buena parte, viene determinado por el auge del estado de la economía. Es la buena coyuntura económica y el auge de un sector empresarial ávido de actuar en el mercado competitivo lo que, en gran medida, impulsa las nuevas orientaciones y favorece esta forma de externalización, que –para la Administración- no olvidemos, constituye el resultado de la disociación entre los objetivos que tiene que cumplir (la provisión de la obra pública de que se trate) y los medios de los que se valga (la contratación con los particulares por medio de un contrato flexible que satisfaga hasta el máximo sus intereses). Actitud flexible pero respetuosa con el interés general que, con una visión amplia, puede, incluso, considerarse una de las manifestaciones que definen el “derecho a una buena Administración”, que es un derecho acogido tanto en la jurisprudencia como en el artículo 39 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

## X.- Bibliografía

- ACERETE GIL, J.B.; *Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas*. IEF, Madrid, 2004.
- ARAGONE RIVOIR, I.; “Participación público-privada para el desarrollo de infraestructuras en Latinoamérica: modelos, pautas de utilización y desafíos”, en REDETI, nº 25, 2006, págs. 87-141.
- ARIÑO ORTIZ, G.; “Contrato de obra, concesión de obra, concesión de servicio público: ¿Son técnicas intercambiables?” en REDETI, nº 22, 2005, págs. 57-83.
- CONCHA JARAVA, M.; “La participación público-privada en la ejecución de las infraestructuras”, en *Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra pública*, Hispalex, Sevilla, 2005, págs. 49-69.
- DE LA FUENTE A.; FREIRE SERÁN, M.J.; ALONSO-CARRERA, J.; *Infraestructuras y desarrollo regional*, CIEF, Santiago de Compostela, 2002.
- ESTEVE PARDO, J.; “La regulación de la economía desde el Estado garante”, ponencia presentada al II Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, decelerado los días 2 y 3 de febrero de 2007, en la Universidad de Cantabria. La comunicación puede encontrarse en la dirección electrónica [http://grupos.unican.es/ada/2007%20AEPDA/Regulaci%F3n\\_Esteve.pdf](http://grupos.unican.es/ada/2007%20AEPDA/Regulaci%F3n_Esteve.pdf)
- FALCÓN Y TELLA, R.; *Régimen fiscal de la concesión de obra pública (IVA, ITPAJD, ICIO, e IBI)*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- FERIA DOMÍNGUEZ, J.M.; *El riesgo de mercado, su medición y control*, Delta, Madrid, 2005.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.; “La Administración pública y las reglas de la “externalización”, Comunicación presentada al XVI Congreso Asociación Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Génova los días 25 a 27 de mayo 2006.
- GARCÍA CAPDEPÓN, P.; “Los contratos de colaboración público-privada”, en Revista Española de la unción Consultiva, nº 3, 2005, págs. 89-114
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.; “Contrato de colaboración público-privada” en RAP, nº 170, 2006, págs. 7-39.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.; *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
- JUAN LOZANO, A.M.; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.; *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras u servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídico-financieros*, IEF, Madrid, 2006.
- MARINETTO CALVO-FLORES, A.; “Control de los contratos de participación público-privada. Una visión práctica”, en REDETI, nº 25, 2006, págs. 29-86.
- MARTÍNEZ CALVO, J.; “Hacia la construcción de un "Derecho administrativo financiable": crónica del caso MINTRA”, en RAP, nº 167, 2005, págs. 369-402.

MARTÍNEZ LÓPEZ, D.; *Tres ensayos sobre inversión pública*, IEF, Madrid, 2002, nº 4.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

NAPOLITANO, G.; “La Publica Amministrazioni e le regole dell’esternalizzazione”, Comunicación presentada al XVI Congreso Asociación Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Génova los días 25 a 27 de mayo 2006.

NIETO GARRIDO, E.; “El New Public Management y el gobierno a través de contratos en el Reino Unido”, RAP, nº 162, 2004, págs. 391-417.

NIETO GARRIDO, E.; “La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido”, RAP, nº 164, 2004, págs. 389-406.

ORTEGA ÁLVAREZ, L.; ARROYO JIMENEZ, L.; “La externalización de los servicios públicos económicos: formas, principios y límites”, Comunicación presentada al XVI Congreso Asociación Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Génova los días 25 a 27 de mayo 2006.

RUIZ OJEDA, A.; *La concesión de obra pública*, Thomson Civitas, Madrid, 2006.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.; “Las obras públicas: su ejecución y financiación. perspectivas actuales”, Cuadernos de Derecho Público, nº 14, 2001, págs. 227-251.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.; “Sociedades mercantiles y realización de obras públicas: Incumplimiento de la normativa comunitaria de contratación, extralimitación del margen constitucional de reserva de Derecho Administrativo en materia de contratos públicos e incongruencia en el empleo de las técnicas de autoorganización para la gestión de actuaciones administrativas”, en RGDA nº 12, junio 2006.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.; *Ejecución y financiación de obras públicas. Estudio de la obra pública como institución jurídico administrativa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.