

---

# La colaboración entre el sector público y el sector privado en proyectos complejos de infraestructuras y servicios públicos. Una revisión crítica del marco legal en España

*Collaboration between public and private sector in complex projects infrastructure and public services. A critical review of the legal framework in Spain*

*Joan Ridao i Martín*

Universitat de Barcelona

jridao@ub.edu

## **Resumen**

La actual emergencia de la colaboración público-privada para la provisión de servicios y de infraestructuras de interés público es debida a las estrecheces presupuestarias por las que atraviesan las Administraciones públicas en el actual contexto de aguda crisis económica. Las ventajas de esta colaboración se concretan en el diálogo entre el sector público y el sector privado para consensuar la financiación y ejecución de proyectos, la buena relación calidad-precio y un tratamiento en términos de contabilidad pública que determina un nulo impacto en la deuda. Sin embargo, el deficiente marco regulador europeo y estatal, tanto en materia de contratación como de incentivos a la captación de activos financieros, constituyen un lastre para su definitivo arranque. Es preciso, pues, un nuevo marco que favorezca la adecuada estructuración de proyectos, contratos y esquemas de distribución de riesgos, así como que prevea incentivos a la participación, por ejemplo, con la introducción en nuestro sistema de los proyectos de infraestructuras no solicitadas y, en particular, mejorar la figura del específico contrato de colaboración público-privada y de la fórmula del diálogo competitivo como procedimiento de adjudicación.

*Palabras clave: colaboración público-privada, contrato de colaboración público-privada, concesiones de obras o servicios, diálogo competitivo, proyectos de infraestructuras no solicitadas.*

**Abstract**

The current emergence of public-private partnerships for the provision of infrastructure services and public interest is due to the budgetary constraints being faced by public administrations in the current context of acute economic crisis. The advantages of this collaboration are specified in the dialogue between the public and the private sector to agree the funding and implementation of projects, good value and a treatment in terms of public accounting that determines a zero impact on the debt. However, the European regulatory framework and poor state, both in recruitment and incentive to the acquisition of financial assets, are a drag on his final start. It should therefore be a new framework encouraging the proper structuring of projects, contracts and risk sharing schemes and providing incentives for participation, for example, with the introduction in our system of infrastructure projects and unsolicited in particular, improve the figure of contract specific public-private partnership formula and competitive dialogue procurement procedure.

*Keywords: public-private contract public-private partnerships, concessions of works or services, competitive dialogue, Unsolicited infrastructure projects.*

---

## INTRODUCCIÓN

Es innegable que, en el contexto internacional, la colaboración público-privada (CPP)<sup>1</sup> viene desempeñando un rol destacado en la dotación y operación de infraestructuras y servicios públicos, complementando el tradicional papel ejercido por el Estado, el cual pasa, en la nueva figura, a cumplir un papel principalmente normativo, regulador y fiscalizador. Este es un proceso que se ha desencadenado desde la década de los noventa y, en mayor o menor medida, con éxitos y fracasos, ha adquirido una importancia destacada, primero, en algunos países europeos y, desde aquí, se ha trasladado con éxito a países de prácticamente todo el orbe.

Incorporada a la legislación española por la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) de 2007, la figura del contrato de colaboración público-privada (CCPP) ha sido objeto, desde el mismo momento de su aparición, de un evidente esfuerzo de adaptación del régimen jurídico español a las innovadoras y dinámicas modalidades de implicación privada en la provisión y gestión de activos públicos. La intensidad de esta actividad legislativa aumentó con el nuevo marco fiscal y financiero introducido por la recesión económica de 2008. Las severas restricciones a las políticas de gasto derivadas de la austeridad presupuestaria han impactado de forma profunda en los programas de inversión pública con recursos íntegramente presupuestarios, mientras que el nuevo escenario del mercado financiero no solo restringía sustancialmente el volumen de nuevo crédito disponible, sino que también daba muestras de una clara aversión al riesgo. Este contexto puso de manifiesto que, en el régimen español de contratación pública, subsistían componentes que dificultaban un correcto desarrollo de la

---

1. La traducción de la expresión *Public-Private Partnership* como “Colaboración Público-Privada” no goza de unanimidad, pero sí está bastante extendida. Algunos autores (i.e. Rebollo Fuente, Andrés, 2010) prefieren traducirla como “Asociación Público-Privada”, argumentando, entre otras razones, que el término inglés *partnership* implica una relación más estructurada que la mera colaboración. Sin embargo, en este artículo hemos preferido seguir la traducción empleada por la UE en su Libro verde sobre la materia (Comisión Europea, 2004). Conviene recordar, en todo caso, que la CPP hace referencia a una técnica de financiación y desarrollo de proyectos que puede articularse, también, en figuras contractuales diferentes de la que en el ordenamiento español se designa específicamente como contrato de colaboración público-privada.

aplicación de la fórmula de CCPP y, por tanto, de la posible contribución de esta modalidad a aliviar una parte de las restricciones presupuestarias públicas.

Los mencionados componentes se dan en diferentes órdenes de la configuración normativa del CCPP español. En particular, en este artículo prestaremos atención a los relativos al régimen jurídico de esta figura y, más en concreto, a cinco aspectos que nos parecen de una importancia capital. En primer lugar, nos centraremos en el error de planteamiento que, a nuestro juicio, supone el carácter distintivamente subsidiario o residual asignado al CCPP en la legislación de contratos del sector público. En segundo lugar, abordaremos la necesaria distinción entre esta modalidad contractual y la de las concesiones, esbozando unas propuestas para la subsanación de la carencia de un régimen jurídico específico para el CCPP. En tercer lugar, trataremos la complejidad inherente al contenido prestacional del CCPP y las vías de mejora de la definición de las fronteras del perímetro del CCPP para evitar que esta característica complejidad las difumine. En cuarto lugar, analizaremos el procedimiento de adjudicación de los CCPP y, específicamente, los términos del diálogo competitivo (DC), sobre los cuales apuntaremos algunas correcciones posibles que clarifiquen, agilicen e introduzcan incentivos a la participación en los procesos de concurrencia. Y, finalmente, discutiremos la conveniencia y posibilidades de introducción en el ordenamiento español de la llamada Iniciativa Privada o Proyectos no solicitados por el sector público (*Unsolicited infrastructure proposals*). Sin duda, la trasposición de las recientes directivas europeas de contratación pública constituye un marco adecuado para ello.

Para cada uno de los cinco aspectos anteriores, relacionaremos los fundamentos jurídicos que, creemos, amparan nuestro análisis y detallaremos propuestas concretas de redacción de las modificaciones a introducir en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP).

## EL CARÁCTER SUBSIDIARIO O RESIDUAL DEL CCPP

En la configuración que actualmente le da el artículo (art.) 11.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), lo que caracteriza al CCPP, fundamentalmente, es su carácter absolutamente residual, su configuración subsidiaria o supletoria, en tanto que *ultima ratio* del sistema contractual. Efectivamente, el mencionado texto establece de forma expresa que el CCPP solo se podrá utilizar cuando se haya constatado, en la forma prevista en el art. 134 TRLCSPP, que las finalidades públicas no pueden satisfacerse con cualquiera de las otras fórmulas de contratación. Este apartado fue introducido vía enmienda durante la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (LCSP, 2007), bajo la justificación, citamos textualmente, de “precisar el carácter residual del contrato de colaboración público-privada, que es subsidiario de otras figuras contractuales”<sup>2</sup>.

---

2. Enmienda nº 159: “Al apartado 2 Bis (nuevo). FIRMANTE: Grupo Parlamentario Socialista del Congreso

No es fácil establecer la verdadera intencionalidad que se oculta tras la dicción del apartado 2 del art. 11 del TRLCSP. Podría inferirse que, con el “carácter residual” y la “subsidiariedad” que se predica del CCPP, el legislador perseguía evitar el hecho de que, so pretexto de la complejidad del objeto del contrato se intentase marginar de facto, por esta vía, el régimen general de selección de contratistas y garantizar así al máximo la concurrencia. La aplicación práctica de esta modalidad contractual quedó realmente condicionada (art.134.1 del TRLCSP) al hecho de que previamente se haya puesto de relieve en el expediente administrativo correspondiente que:

1. La finalidad que se persigue, esto es, la obra o el suministro con fabricación que sea, es de una complejidad tal, o cuenta con una indefinición e indeterminación inicial, que hace que ninguna de las otras modalidades contractuales sirva para llevarla a cabo, y
2. se justifique su uso en términos de *value for money*, es decir, de mayor valor por precio, a partir de las ventajas que proporcione en relación con los costes globales, la eficacia o la imputación de riesgos.

Dicho todo lo cual, hay que reconocer que, a pesar de estos términos tajantes, la tarea de poner de manifiesto, previamente, que tanto la complejidad de la prestación impide utilizar otras fórmulas contractuales alternativas como la idoneidad de la modalidad por encima de las otras posibilidades no parece nada fácil. Tal vez por ello, el propio legislador se vio obligado a facilitar una serie de pautas o criterios de discernimiento previo, con una cierta pretensión de objetividad, además de fijar todo un procedimiento para dejar constancia de lo dicho. Concretamente, los CCPP deben someterse a una serie de actuaciones preparatorias específicas (art. 134 y siguientes TRLCSP), entre las que destaca la elaboración por parte de la Administración o entidad contratante de un “documento de evaluación” que deberá iniciarse, necesariamente, antes de dar comienzo a un expediente de CCPP y se encomienda su realización a un órgano colegiado, en el cual se integran expertos en la materia propia del contrato. Dicha evaluación deberá acreditar los dos requisitos mencionados anteriormente, como forma de asegurar la selección adecuada de la modalidad de CCPP.

Aunque la motivación de la decisión podría interpretarse como un estímulo al recurso a esta modalidad contractual, por supuesto, sujeta a impugnación y revisión judicial, la verdad es que otras alternativas contractuales, estrechamente emparentadas con la CCPP, como por ejemplo las concesiones, no están sometidas a las mismas exigencias de justificación.

---

de los Diputados. Al artículo 11, apartado 2. De adición. Se propone la adición de un nuevo apartado 2 al artículo 11 —renumerándose los apartados 2 y 3 como 3 y 4—, que tendrá la siguiente redacción: 2. Solo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas. MOTIVACIÓN: Precisar el carácter “residual” del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, que es subsidiario respecto de otras figuras contractuales” (Boletín Oficial de las Cortes Generales, VIII Legislatura, 25 de marzo de 2007, Serie A, núm. 126-2).

Ello resulta absolutamente determinante para su utilización, en cuanto que obliga a un notable esfuerzo de motivación en sede de evaluación previa como elemento central del contrato. Parece evidente que el supuesto de hecho previsto por la ley para el CCPP es el de una Administración turbada ante su incapacidad para anticipar soluciones válidas, y que, siempre después de haber descartado otras alternativas contractuales y aplicando criterios de mayor valor por precio, se ve forzada a buscar la colaboración con el sector privado por la vía del diálogo (competitivo) para, finalmente, proceder a la licitación.

Entendemos, pues, que el CCPP no debería ser apelable exclusivamente en caso de “incapacidad objetiva de la Administración” para desarrollar el proyecto por otros métodos. Ello no quiere decir que se cuestione el hecho de que, en casos de alta complejidad técnica o abultada cuantía económica, sea óptimo un proceso de diálogo competitivo (DC). Esa es otra cuestión que se tratará más adelante. Lo que entendemos es que debería ser suficiente para justificar la invocación del CCPP la mera complejidad económico-financiera de la prestación y, más en concreto, de la determinación de la estructura de riesgos y otras condiciones financieras y de negocio del contrato. De esta forma, abandonando su catalogación como excepcionales en nuestro sistema, el uso de los CCPP podría contar en la práctica con un mayor espacio homologándose la situación a la vigente en la mayoría de países de nuestro entorno.

En otro caso, es lo cierto que el carácter residual o subsidiario del CCPP amenaza con relegarlo al desuso. Insistimos. No se cuestiona que exista un contrato pensado para la contratación de obras o servicios complejos, cuya prestación no pueda ser definida por la Administración, como tampoco los medios jurídicos, financieros y técnicos necesarios. Lo que afirmamos es que la confluencia —más que probable en este tipo de proyectos— de más de un tipo contractual (es decir, la presencia de contraprestaciones incluidas en más de un contrato administrativo de los nominados por el art. 5 y siguientes del TRLCSP), junto con la concurrencia de alguno de los criterios que se exigen en el art. 134.1 del mencionado texto (mayor valor por precio, coste global, eficacia o imputación de riesgos), debería ser suficiente para justificar la adopción de esta fórmula contractual.

Convendría, pues, modificar el art. 11.2 TRLCSP para permitir el uso del CCPP siempre que previamente se haya puesto de relieve, en la forma prevista en el art. 134, la mayor conveniencia o idoneidad de este tipo de contrato para la satisfacción de las finalidades públicas, atendida la imposibilidad técnica de definir el proyecto previamente o por cualquiera de los motivos en él previstos. La redacción que propondríamos sería:

*“Solo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 134, la mayor conveniencia o idoneidad de este tipo de contrato para la satisfacción de las finalidades públicas, atendiendo a la imposibilidad técnica de definir el proyecto previamente o por cualquiera de los motivos que en él se expresan.”*

También, el actual art. 134.1 TRLCSP (relativo al proceso de evaluación previa, previsto entre las actuaciones preparatorias del CCPP) debería quedar redactado contemplando simplemente la necesidad de que el documento de evaluación ponga de manifiesto que, teniendo en cuenta la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones de definir previamente los medios o requerimientos técnicos o funcionales, así como los efectos de su incumplimiento o de los mecanismos de ajuste del precio. Además, en la perspectiva financiera, debería ser suficiente constatar la presencia de un eventual sobrecoste y la medida en que ello se justifica para la realización de valor por dinero. El texto propuesto sería el siguiente:

*“Con carácter previo a la iniciación de un expediente de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, la Administración o entidad contratante deberá elaborar un documento de evaluación en que se ponga de manifiesto que, teniendo en cuenta la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para lograr los objetivos proyectados, o no resulta posible definir de manera previa los parámetros y requerimientos técnicos o exigencias funcionales y los efectos de incumplimiento o mecanismos de ajuste de precio por el servicio prestado de una manera ajustada al riesgo, para garantizar la máxima concurrencia o un equilibrio adecuado entre el interés privado y el público, o bien que resulta conveniente para definir los mecanismos jurídicos y/o financieros para llevar a cabo el contrato de la forma más eficiente y con mayores garantías de obtención de mayor valor por dinero, siempre que la participación de los licitadores en la determinación del objeto del contrato y sus características pueda aportar un valor relevante para la mejor definición y cumplimiento de las necesidades públicas.”*

Alternativamente, no se olvide que en el ámbito de la contratación administrativa existe libertad de pactos (art. 25.1 TRLCSP), de forma que la Administración podría llegar a configurar los contratos ajustándolos a sus necesidades (de aquí la clásica distinción entre contratos nominados y no nominados). En las actuales circunstancias, acudir a un contrato nominado como el CCPP puede suponer en muchos casos una mala alternativa, pues ello implica subordinación a una serie de limitaciones que no existirían en caso de configurarse un contrato ad hoc, esto es, sin calificarlo necesariamente como uno de los nominados por la ley.

Solo en último término, aunque no nos parece la solución más adecuada, podría proponerse que, para el caso de que se pretendiera realmente reservar la figura del CCPP para supuestos muy excepcionales, en los que se introduzca un matiz o se alejen del tradicional esquema del riesgo y ventura, la ley tase debidamente los supuestos de riesgos retenidos, compartidos o transferidos. En ese caso, tampoco debería ser tan complejo apelar al CCPP e, incluso, como se ha dicho, y se concretará en otro momento, podría prescindirse de exigir el diálogo competitivo como proceso de adjudicación. El CCPP tendría que ser irrevocable, entre otras razones, cuando existiera la evidencia de riesgos que requirieran un

tratamiento especial que justificara una mayor garantía por parte de los bancos en relación con la recuperación de las deudas en caso de fin anticipado.

## LA NECESARIA DISTINCIÓN ENTRE LOS CCPP Y LAS CONCESIONES

El CCPP en la legislación española no puede considerarse, en puridad, una nueva modalidad contractual. Antes bien, en el momento de su incorporación el legislador optó interesadamente por crear una especie de estructura de alojamiento de los distintos contratos típicos reconocidos por la legislación de contratación pública (los contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro y de servicios, definidos en los arts. 5 a 10 TRLCSP), estableciendo, incluso, para el CCPP una regulación integrada por las normas generales aplicables a todos los contratos y por las especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal. La deliberada carencia de un verdadero y específico régimen jurídico determina que haya que hablar del CCPP más como una técnica contractual que como un verdadero contrato dotado de un contenido objetivo novel, distinto al del resto de contratos administrativos típicos. En afortunada expresión de González García, (2006: 22), el CCPP se configura como un “modelo para armar”, donde la adaptación del marco jurídico debe realizarse específicamente para cada caso concreto, en virtud de su complejidad, utilizando elementos de diversas figuras contractuales. Esta naturaleza aparece, también, íntimamente conectada al carácter “residual” o “subsidiario”, atribuido en la legislación española al CCPP, como hemos explicado en el apartado anterior.

El art. 11.1 TRLCSP dispone que el CCPP, 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...”), incorporará una “actuación global e integrada”, entendiéndose como tal, fundamentalmente, la prestación de la construcción, la instalación o la transformación de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o gestión. Esta composición compleja se inspira en la experiencia británica del PFI (*Private Finance Initiative*)<sup>3</sup>, cuya idea central radica —en línea con los criterios sostenidos por las instituciones europeas— en la necesidad de involucrar a los operadores privados en actuaciones que trasciendan a la de simple “constructor de obras públicas”, para erigirse en “prestamista de servicios públicos” y, como tales, responsables de estos a lo largo de la vida del contrato.

---

3. Durante la segunda mitad de la última década del siglo XX, la administración de Tony Blair puso en marcha la PFI. Su objeto era facilitar la captación de capital privado de acuerdo con la técnica financiera del *Project Finance*, para proyectos de inversión de una cierta dimensión en áreas de interés público diferentes de las asociadas al transporte: sanidad, educación, vivienda social, cultura, defensa, regeneración de espacios urbanos, etc. La devolución del capital privado era garantizado con los pagos hechos periódicamente por las administraciones a cambio de la disposición en buenas condiciones de las infraestructuras subyacentes.

Con este contenido material, el CCPP está indudablemente emparentado, en la legislación española, con el contrato de concesión (y si se quiere, incluso, con el contrato de gestión de servicios). En particular, el contrato de concesión de obra pública contempla una actuación compleja por parte del concesionario (global e integrada, en la nomenclatura CCPP), dado que este viene obligado a ejecutar la obra, explotarla, conservarla, mantenerla, y actualizarla técnicamente y funcionalmente para la correcta prestación del servicio de que se trate e, incluso, ocuparse de las zonas accesorias vinculadas a la instalación principal, si aquellas no han sido objeto de concesión separada (art. 7 TRLCSP). Qué duda cabe que una de las máximas expresiones de este paralelismo es, por ejemplo, el art. 314 TRLCSP, relativo a la duración del CCPP, que admite expresamente la existencia de contratos de CCPP en los que, en supuestos determinados, el régimen aplicable sea el propio de los contratos de concesión de obra pública. En este caso, la duración máxima del CCPP, por remisión directa al art. 268.1 TRLCSP (relativo a los contratos de concesión), se puede ver ampliada hasta los 40 años, en lugar de los 20 establecidos, con carácter general, para los CCPP.

Esta divisoria tan lábil o difusa entre ambas modalidades contractuales no aparece sin embargo en el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, elaborado por la Comisión Europea (2004) y donde se distingue, dentro de la modalidad denominada “puramente contractual” de CPP, de forma clara y tajante entre:

1. Las concesiones (y lo que el Libro Verde denomina “otros tipos de organización” o “contratos públicos”), que deben reunir dos requisitos: primero, que haya un vínculo directo entre el socio privado (contratista o concesionario) y el usuario final, de forma que sea el socio privado el que presta un servicio bajo el control del socio público; y, en segundo lugar y de forma relevante, que la retribución del contratista consista en cánones abonados directamente por los usuarios del servicio, aunque puedan completarse con subvenciones públicas. En estas condiciones, al darse una explotación a cargo del socio privado, se produce un traslado de los riesgos conjuntos de construcción y demanda al concesionario.
2. Las operaciones de CPP de naturaleza contractual: en las cuales se prevé que la tarea del socio privado será la de construir y gestionar una infraestructura para la Administración pública (por ejemplo, una infraestructura de transporte, una escuela, un hospital o un centro penitenciario), sin vínculo directo entre el contratista y el usuario. De modo que la remuneración del contratista no consiste en un cánón abonado por el usuario, sino en un pago periódico realizado por el socio público, el cual puede ser fijo, pero lo más habitual es que sea variable, en función de la “disponibilidad” de la obra o de los servicios correspondientes (medida a partir de unos indicadores objetivos de calidad o rendimiento de la obra) o, incluso, en función del nivel de frecuentación de la obra (los denominados pagos por demanda o “peajes a la sombra” o virtuales, comúnmente utilizados en autopistas del Reino Unido, España, Portugal o Finlandia).



El criterio europeo, de clara diferenciación de las concesiones de los CCPP, está también activamente asumido por la agencia estadística europea, el EUROSTAT, cuando establece entre sus normas de clasificación que “[...] el término ‘concesión’ se utiliza exclusivamente para describir aquellos contratos de largo plazo en los que la mayoría de los ingresos del socio privado provienen de los usuarios finales del servicio, es decir, en los que el gobierno no hace pagos regulares al socio o estos pagos no constituyen la mayoría de los ingresos del socio. Por el contrario, en los acuerdos de CPP la mayoría de los ingresos del socio privado bajo la vinculación contractual provienen de los pagos gubernamentales (por ejemplo, los peajes en la sombra)” (EUROSTAT, 2010: 247).

La reciente Directiva de adjudicación de contratos de concesión (2014), aclara la definición de “concesión” haciendo referencia al concepto de riesgo operacional. Esto es, la característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de no recuperar la inversión ni cubrir los costes sufragados, aunque parte del riesgo siga asumiéndolo el poder adjudicador.

Indudablemente, el fuerte arraigo en el derecho español de la figura de la concesión, especialmente de la concesión de obra pública cuya configuración legal básica se remonta, como se sabe, a la célebre *Instrucción de Obras Públicas* de 1845, ha influido en las peculiaridades que, en esta materia concreta, tiene la transposición vigente de los criterios europeos. Sin embargo, hay que considerar también que, previamente a la incorporación de la figura del CCPP en la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, la figura de la concesión de obra pública había permitido albergar en la práctica contractual española determinados proyectos estructurados mediante la técnica de PFI. Esto fue así, especialmente a partir de la substantivación propia del contrato de concesión de obras públicas mediante la Ley 13/2003, utilizando la figura concesional en combinación con diversas posibilidades de colaboración financiera entre las partes pública y privada que admitía entonces la legislación de contratos de las Administraciones<sup>4</sup>.

Contrariamente a lo que se piensa, el actual art. 11 TRLCSP no da cobertura a la hipótesis de que cuando una obra no sea susceptible de explotación económica haya que acudir necesariamente al CCPP y no pueda utilizarse la concesión de obra pública<sup>5</sup>. Igualmente en términos retributivos, no queda tampoco clara la distinción CCPP-contrato de concesión. Por un lado, es verdad que en el CCPP tipificado *ex novo*, la

---

4. Hasta casi una decena de posibilidades de este tipo relaciona Puerto Cela (2006: 100).

5. De hecho, el establecimiento de esta posibilidad fue valorada negativamente por el Consejo de Estado en su dictamen 3375/2001 relativo al anteproyecto de ley reguladora de la concesión de obras públicas. El mencionado órgano “considera impertinente la inclusión de una previsión [...] que permite la posibilidad de que puedan ser objeto de la concesión de obras públicas la construcción y mantenimiento de una obra ‘no susceptible de explotación económica’, pues ello, además de constituir en realidad un contrato administrativo de obra (construcción de la obra) y otro de asistencia técnica o de servicios (mantenimiento de la obra), desvirtúa injustificadamente la verdadera esencia y naturaleza de la concesión de obra públicas, corolario de una arraigada tradición jurídica que la configura como instrumento al servicio de la acción administrativa y que ahora se pueden menoscabar”.

remuneración del socio privado no adopta formalmente la modalidad de cantidades abonadas por los usuarios de la obra o del servicio, sino que, como se ha dicho, se trata de pagos periódicos a realizar por el socio público (art. 11.4 TRLCSP) en función de una serie de variables que incorporan, para el inversor privado, el factor riesgo, sea este de demanda (o “frecuentación” en terminología comunitaria, mediante cualquier modalidad de retribución equivalente al “peaje en la sombra”) o de disponibilidad (la contraprestación, a percibir por el contratista se vincula al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento).

Por otro lado, hay que tener presente que el art. 255.4 TRLCSP, relativo a la retribución por la utilización de la obra en el marco del contrato de concesión de obra pública, contempla de forma expresa que la retribución del adjudicatario pueda ser abonada por la Administración en función del volumen de usuarios (“peaje en la sombra”), sin obligar a estos a abonar a aquel ningún “precio” o “tarifa”. Así, el contrato de concesión permite acometer igualmente obras con financiación privada en supuestos en que no se considera apropiado trasladar los costes al usuario del servicio, de forma que es la Administración la que abona directamente el peaje por la utilización de la obra.

Lo que parece evidente es que, hoy en día, tanto en el CCPP como en el contrato de concesión se permite que la retribución vaya a cargo del usuario y no de la Administración pública, que debería ser y es la esencia del CCPP. En este sentido, para ser precisos, el CCPP debería permitir una sola forma de retribución al socio privado (un precio a satisfacer por la Administración durante toda la duración del contrato). En caso de que el precio sea variable, la tendencia internacional, así como los nuevos condicionantes del entorno financiero, están mostrando una clara preferencia por los esquemas de pago por disponibilidad, en detrimento de los esquemas de demanda (calcular la retribución en función del número de usuarios).

La propuesta, en este sentido, sería modificar el apartado 4 del art. 255 TRLCSP con el siguiente redactado:

*“4. La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará periódicamente durante toda la duración del contrato, que podrá ser fijo o calcularse de forma variable, vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de disponibilidad o rendimiento de la obra o servicio. Excepcionalmente, el cálculo variable podrá hacerse en función de la frecuentación o uso de la misma.”*

Con fecha 26 de febrero de 2014, el Consejo Europeo ha publicado las nuevas directivas en materia de contratación pública, de adjudicación de contratos de concesiones y de contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los Servicios postales<sup>6</sup>.

6. Vid. las directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014. <http://www.consilium.europa.eu/documents/access-to-council-documents-public-register?lang=es>

A los efectos de las materias tratadas en este artículo, la directiva más relevante es el dedicada a las concesiones (incluidas las de servicios), que tiene un doble objetivo general: asegurar una asignación más eficiente de los recursos públicos, y solventar la ausencia de un verdadero mercado comunitario de concesiones (barreras de acceso, diferencias en los procedimientos de adjudicación, disparidad en los requisitos de publicidad, etc.), enfrentando, a la vez, determinadas prácticas ilícitas (adjudicación directa, utilización de criterios no objetivos, modificaciones substanciales...) que dificultan el correcto funcionamiento del mercado interior.

Dos cuestiones, en particular, nos parecen particularmente trascendentes, entre las diversas innovaciones que incluye la directiva. En primer lugar, el reforzamiento de la cantidad de riesgo asumido por el adjudicatario con el nuevo concepto de “riesgo operacional substancial” (art. 5.1.b), el cual debe incluir la posibilidad de que el adjudicatario no recupere las inversiones ni cubrir los costes implícitos en la explotación de las obras o los servicios objeto de la concesión. En la medida que el CCPP es también una figura contractual que gravita sobre el concepto de asignación del riesgo, entendemos que la trasposición del concepto mencionado a las concesiones deberá tener un reflejo en la configuración del CCPP.

En segundo lugar, la directiva dedica una atención especial a la modificación de contratos concesionales ya adjudicados, al considerarla una práctica muy frecuente que, en no pocas ocasiones<sup>7</sup>, encubre violaciones a los principios de igualdad de trato y libre concurrencia y es fuente de indeseables ineficiencias económicas. La nueva directiva incluye una delimitación bastante exhaustiva de los supuestos en los que deberían admitirse dichas modificaciones (Lazo Vitoria, 2013: 167-170) y la previsión de que, en todo caso, las modificaciones “sustanciales” deben dar lugar a nuevas adjudicaciones.

En la medida en que ambos aspectos señalados introducen incertidumbre para los inversores privados (reforzamiento del riesgo y reducción de las garantías), resulta legítimo preguntarse, como hace Lazo Vitoria, “si no resulta excesivo pasar de una no regulación en esta materia a optar por el modelo maximalista antes expuesto, especialmente si se considera que el mercado [...] se endereza claramente hacia otros rumbos”, especialmente si se tiene como objetivo estimular la colaboración público-privada en proyectos estratégicos. Sin embargo, en el contexto jurídico español, creemos que una mejora en la definición de la causas imprevisibles, en las cuales acogerse a la “solución pragmática” que establece la directiva, así como el aislamiento de determinados riesgos exógenos asociados a los proyectos (i.e, el de las expropiaciones, que tantos problemas ha dado en España en algunas concesiones de finales del siglo XX), puede mejorar sustancialmente los perfiles de riesgo económico de los proyectos, en un marco de mayor transparencia normativa.

---

7. La directiva recoge la jurisprudencia establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta materia. Dicha jurisprudencia incluye un buen número de casos, entre los cuales son particularmente relevantes las sentencias correspondientes a los casos *Succhi di Frutta* (asunto C-496/99), *Pressetext* (asunto C- 454/06) y *Wall AG* (asunto C-91/08).

## LA COMPLEJIDAD DEL CONTENIDO PRESTACIONAL DEL CCPP Y LAS FRONTERAS DE SU PERÍMETRO

El CCPP aparece como una fórmula contractual de notable complejidad a la luz de la dicción literal de los arts. 134.1 TRLCSP y de lo que establece el art. 180.1 TRLCSP. Ambos preceptos prevén el CCPP exclusivamente para aquellos casos en que el órgano de contratación no se halla objetivamente capacitado para definir los medios técnicos, o bien, para establecer, unilateralmente, los mecanismos jurídicos y financieros necesarios para llevarlo a cabo. A esta complejidad inherente al CCPP se une, además, la propia de la dispersa estructura general de la LCSP de 2007<sup>8</sup>, provocando la existencia de algunas inconsistencias y aspectos poco precisos en su definición legal que creemos necesario corregir.

Un primer aspecto a considerar son las potestades atribuidas al contratista colaborador en el art. 11.3 TRLCSP, cuando las obras a ejecutar formen parte de un objeto más amplio, atribuyendo a este hecho la imposibilidad o inconveniencia de que sea la Administración la que redacte el correspondiente proyecto. Por lo pronto, ello resulta contradictorio con lo que previene el art. 124.2 TRLCSP (para el contrato de obras), incluso para el caso de la contratación conjunta de proyectos y ejecución de obras. Sería necesario, por tanto, modificar la redacción de este artículo, clarificando su contenido, de la siguiente forma:

*“[...] En todo caso, la licitación de este tipo de contrato requerirá la redacción previa por la Administración o entidad contratante del correspondiente anteproyecto o documento similar y solo cuando por causas justificadas fuera conveniente al interés público, podrá limitarse a redactar las bases técnicas a que el proyecto deba ajustarse. Cuando las obras formen parte de un contrato más amplio, el contratista podrá asumir, de acuerdo con el art. 11.4 y en los términos previstos en el contrato, la realización, total o parcial, del proyecto para su ejecución y contratar los servicios precisos.”*

En el CCPP, el tradicional “pliego de cláusulas administrativas particulares” se ve sustituido por un documento denominado “documento descriptivo del contrato” (art. 109.3 TRLCSP), característico del “diálogo competitivo” (DC), que, como es sabido, es el singular procedimiento de adjudicación utilizado para los CCPP (art. 166 en relación al 135 TRLCSP)<sup>9</sup>.

8. Como apreció, en su momento, el Consejo de Estado en su dictamen 514/2006 sobre el anteproyecto de la LCSP, al señalar que “para una figura de nuevo cuño en nuestro Derecho [el CCPP], resulta desafortunada una sistemática interna de la ley que presente los apenas diez preceptos dedicados a este contrato repartidos en prácticamente todos los libros de aquella”.

9. Como es sabido, el DC es un nuevo procedimiento de adjudicación de determinados contratos públicos que se introdujo en España con la transposición de la normativa comunitaria, en concreto de la Directiva 18/2004,

Esta singularidad en la tramitación puede entenderse como derivada de que entre las peculiaridades intrínsecas del CCPP está la no concreción de su contenido prestacional (González García, 2006: 28-29). Sin embargo, lo relevante aquí es que el legislador, en su afán por configurar un supuesto contrato no sujeto a la rigidez procedimental del resto de contratos típicos, ha dispuesto (voluntaria o involuntariamente) que el citado documento descriptivo no se halle ni siquiera sometido a control previo de legalidad por parte de las asesorías jurídicas de las administraciones contratantes, a diferencia de lo que sucede con los pliegos de cláusulas, para los que se establece expresamente esta fiscalización *ex ante* (art. 115.6 TRLCSP). Dicha posibilidad, en el caso del CCPP, solo puede establecerse, según la ley, posteriormente, si así se contempla entre las cláusulas del contrato, y una vez adjudicado el mismo en los términos del art. 136 g) TRLCSP, que prevé la inclusión necesaria en el CCPP de las estipulaciones referidas a las fórmulas de control por la Administración de la ejecución del contrato.

Al mismo tiempo, la singular naturaleza del CCPP hace que su adjudicación, en sede de DC, sea, por definición, anterior a la formalización del contrato. Ello permite que la Administración resulte vinculada con una empresa incluso antes de concretarse aspectos importantes en las cláusulas del contrato. Llevado al extremo, las especificaciones y concreciones que acostumbra a incorporar los pliegos de cláusulas y las prescripciones técnicas (art. 116 TRLCSP) para la generalidad de contratos típicos, aquí se reducen a una simple mención a las “necesidades” y “requisitos” de la propia organización y de la contratación que se persigue (arts. 179.1, 181.1 i 182.1 TRLCSP). De este modo, en función del tipo de contrato de que se trate, es el anuncio de licitación (necesario para garantizar la concurrencia) el que incluye los requisitos de forma más o menos detallada o el que, alternativamente, contiene una remisión a lo dispuesto por el “documento descriptivo del contrato” que, el mismo anuncio, indicará la forma en que se hará público.

Teniendo en cuenta esta situación, se propone modificar el apartado 1 del art. 181 TRLCSP para que el documento descriptivo (trasunto del pliego de cláusulas en el CCPP) incluya al menos parte de las especificaciones y concreciones que comportan los pliegos de cláusulas y las prescripciones técnicas (arts. 115 y 116 TRLCSP), esto es, el informe previo del servicio jurídico correspondiente (art. 115.6 TRLCSP)<sup>10</sup> y el expediente de gasto (art. 109 TRLCSP):

---

de 18 de marzo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios. Actualmente el TRLCSP lo regula en la Sección 5ª del Capítulo I del Título I del Libro III, dedicado a la Selección del contratista y adjudicación de los contratos, arts. 179 a 183 del texto legal (ver apartado II.3). El art. 179 TRLCSP intenta una cierta definición de esta forma de adjudicación del contrato administrativo, describiéndolo como un diálogo entre las partes que tienen por objeto definir una o varias soluciones susceptibles de satisfacer las necesidades planteadas por el órgano de contratación y sobre las cuales se presentarán las ofertas de los candidatos. La reciente Directiva de contratación pública (2014) prevé este instituto en el artículo 30.

10. Ciertamente, la exigencia de este informe se podría inferir de una interpretación sistemática del texto, al considerar exigibles en el documento descriptivo las previsiones aplicables a los pliegos, toda vez que dicho documento sustituye, expresamente, los pliegos en el diálogo competitivo (art. 109.3 TRLCSP). Entendemos, sin embargo, que nuestra propuesta aporta una configuración más clara de la materia.

*“Art. 181. Apertura del procedimiento y solicitudes de participación.*

*1. Los órganos de contratación publicarán un anuncio de licitación en el que darán a conocer sus necesidades y requisitos, que definirán en dicho anuncio o en un documento descriptivo. Serán aplicables las disposiciones de los artículos 109, 115 y 116, en cuanto al expediente de contratación, especificaciones y prescripciones técnicas, si bien las referencias a los pliegos de cláusulas administrativas y los pliegos de prescripciones técnicas deben entenderse hechas al documento descriptivo.”*

Finalmente, conviene destacar que el procedimiento del DC (arts. 179 y 180.3 TRLCSP), en su concreción legal, aporta no pocas dosis de incertidumbre y riesgos añadidos, puesto que, por ejemplo, se permite que la cobertura financiera del contrato pueda no ser determinada en absoluto por la Administración contratante. Efectivamente, con carácter previo a la licitación del contrato, el art. 182.1 TRLCSP establece que “en el transcurso de este diálogo se podrán debatir todos los aspectos del contrato” (incluidos los financieros). Es sabido que esto no sucede en ningún otro tipo de contratos, en los que este aspecto se materializa mediante la tramitación del expediente de gasto correspondiente, de forma simultánea al expediente de contratación, y se concreta en la aprobación del gasto, previo informe de la Intervención, inmediatamente antes de la apertura del procedimiento de adjudicación.

A mayor abundamiento, en el supuesto de que la cobertura financiera sea uno de los aspectos incluidos en el debate del DC, la hipótesis de que no tenga lugar el control previo del gasto, habitualmente encomendado a los poderes públicos a través de las respectivas Intervenciones, se ve reforzada con lo dispuesto en el apartado 4 del art. 182 TRLCSP en lo relativo a la oferta final a presentar por los participantes. Nótese la contradicción que supone el hecho de que, al mismo tiempo, la ley establezca el obligado conocimiento previo por parte del Ministerio de Economía de los CCPP y de los contratos de concesión de obra pública de cuantía igual o superior a 12 MEUR, por entender que estas modalidades contractuales pueden comprometer significativas cuantías de gasto público. En concreto, con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP (2007), el art. 16 del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptaron medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, estableció la necesidad de contar con un informe preceptivo y vinculante, de marcado contenido presupuestario y previo a la autorización de estos contratos<sup>11</sup>. Huelga decir que esta previsión, hoy vigente e incorporada en el número 6

---

11. Este Real Decreto-Ley se hallaba incardinado dentro de las medidas adoptadas para llevar a cabo el compromiso del Gobierno del Estado en relación a la sostenibilidad de sus finanzas, de acuerdo con el Plan de Estabilidad y Crecimiento para el periodo 2010-2013, aprobado por el Consejo de Ministros el 29 de enero de 2010. Hay que decir, sin embargo, que, para el caso de la concesión de obras públicas de titularidad estatal, este informe ya estaba previsto anteriormente, a tenor de lo previsto por la disposición adicional séptima del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (2003), que establecía, de acuerdo con la Ley 13/2003 de Contratos de las Administraciones Públicas, la exigencia con carácter previo a la aprobación del expediente de contratación de un informe del Ministerio de Hacienda “cuando en la financiación

del art. 317 TRLCSP, supone una restricción adicional a la utilización del CCPP, que se une a los ya rígidos requisitos previstos para este tipo de contrato. Todavía más, si cabe, si se tiene en cuenta que, con escasos meses de diferencia, se promulgó la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), donde, paradójicamente, a tenor al menos de su Exposición de Motivos, se apuesta por fomentar la CPP como instrumento para lograr “un impulso en la eficiencia de la contratación pública y su financiación para conseguir así una mejor vertebración del tejido industrial a través de las inversiones productivas en innovación”.

Así pues, parece como si por un lado se hiciera una opción decidida por las fórmulas de contratación público-privada, hasta el punto de crear una nueva categoría contractual dotada de las herramientas que permitan al sector privado jugar un importante papel en la gestión de servicios públicos y como motor de cambio del rumbo económico; mientras que, por el otro, desde la desconfianza, el Ejecutivo se reserva un control exorbitante, como si tratara de evitar un uso normalizado de los CCPP, desde el temor que ello supondría una invitación a una generalización que, eventualmente, podría suponer un riesgo para los objetivos de estabilidad presupuestaria. Tanto la experiencia internacional como la lógica del funcionamiento actual del tipo de proyectos susceptibles de ser realizados mediante un CCPP sugieren lo infundado de estos temores y desconfianzas, pero lo más efectivo sería suprimir el art. 317.6 TRLCSP (requisito de informe previo y vinculante por parte del Ministerio de Economía), en tanto que constituye una restricción adicional e innecesaria en el caso de que se mantengan los ordinarios controles por parte de la Intervención.

También, con el fin de precisar la calificación de “complejo” de un contrato específico, propondríamos modificar el art. 180 TRLCSP, relativo a los supuestos de aplicación del DC, de manera que se faculte al órgano de contratación para definir como “particularmente complejo” todo contrato en el que considere más conveniente la utilización del procedimiento de selección de DC con objeto de poder definir, de acuerdo con el artículo 117, los medios técnicos para satisfacer sus necesidades y objetivos de manera más eficiente, o para la mejor determinación y eficiencia de las condiciones jurídicas y financieras reguladoras de dicho contrato. La nueva redacción del art. 180 supondría la supresión de los apartados 1 y 3, así como la siguiente modificación del apartado 2:

*“A estos efectos, se considerará que un contrato es particularmente complejo cuando el órgano de contratación considere más conveniente la utilización de este procedimiento de selección con objeto de poder definir, con arreglo al artículo 117, los medios técnicos para satisfacer sus necesidades y objetivos de forma más eficiente, o para la mayor determinación y más eficaz de las condiciones que determinen la cobertura jurídica o financiera de un proyecto.”*

---

de un contrato se prevea cualquier forma de ayuda o aportación estatal o en la modificación de los referidos contratos”.

## EL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN DE LOS CCPP Y LOS TÉRMINOS DEL DIÁLOGO COMPETITIVO

Dentro del procedimiento de contratación del CCPP, una vez presentadas las ofertas y, en su caso, hechas las aclaraciones o precisiones que solicita el órgano de contratación, se procede a realizar la adjudicación a alguno de los participantes en el DC que haya presentado una oferta que cumpla con las exigencias establecidas para satisfacer las necesidades o problemas que motiven la contratación (art. 183 TRLCSP). La adjudicación se lleva a cabo atendiendo, en primer lugar, al criterio de la oferta económicamente más ventajosa, siempre y cuando se cumplan los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación. Aunque la ley establece expresamente que la evaluación de las ofertas presentadas no podrá basarse únicamente en el precio (art. 183.2 TRLCSP), en la práctica, es sabido que el peso efectivo de la oferta económica acostumbra a ser mucho mayor de lo que refleja el simple porcentaje sobre el total de puntos, especialmente en función de cuál sea la fórmula matemática de reparto que se utilice, al extremo de que, en muchos casos, se dan hasta encubiertos, quizá sin saberlo.

La condición del CCPP como contrato administrativo típico comporta la obligación ineludible de tramitar, como en el resto de contratos, un expediente de contratación (art. 109 TRLCSP). En abstracto, dicho expediente ordinario debería permitir el conocimiento del proceso lógico seguido por el órgano administrativo ad hoc para tomar la decisión correspondiente. En el ámbito del CCPP, sin embargo, la intensidad del conocimiento que se obtiene del expediente reviste, por la propia naturaleza y configuración del contrato, características específicas que hay que ir modulando con el tiempo, si no se quiere acabar diluyendo la garantía que supone la propia existencia y tramitación del expediente de contratación.

Lo que singulariza legalmente el DC, como específica técnica de adjudicación de los CCPP, es la necesidad de que la Administración contratante identifique el objeto, la prestación o el servicio del contrato, así como que se aprecie la complejidad que presenta la solución a dar. En suma, la búsqueda de soluciones susceptibles de satisfacer las necesidades de la Administración, de forma que una vez con las necesidades ya definidas, se proceda a la formalización de las ofertas y, posteriormente, a la adjudicación. Pero si ello es así, nada debería impedir recurrir al DC en cualquier modalidad de contrato (y no solo en el CCPP). Al fin y al cabo, en la mayoría de ellas (como en el contrato de concesión) se da una colaboración más o menos intensa entre el sector público y el sector privado, sin necesidad de que existan grandes complejidades técnicas o económicas. En coherencia, debería ser suficiente con que el proyecto fuera sustantivo en sí mismo, sobre todo en cuantía económica, como para que resultara conveniente ajustar las condiciones de los pliegos y afianzar a un mínimo número de ofertantes. Precisamente, la Administración es la primera que debería saber que el proceso es más costoso si se arriesga a no tener oferentes.

Frente a la indeterminación de los sistemas de adjudicación generalmente previstos para los contratos administrativos típicos, paradójicamente, la regulación del CCPP no



deja margen de maniobra alguno a los órganos de contratación en cuanto al sistema a seguir. Al respecto, el Consejo de Estado consideró en su dictamen 514/2006 sobre el anteproyecto de LCSP que “la nota de la indeterminación inicial de las prestaciones que constituirán el contenido del contrato —que no de las necesidades a cubrir— se compadece especialmente bien con el hecho de que estos contratos se hayan de adjudicar *siempre* por el procedimiento de diálogo competitivo”. Sin embargo, la imposición del DC en los CCPP se nos antoja como algo ilógico para proyectos de una dimensión no excesivamente relevante (por ejemplo, inferiores a 100 MEUR), donde los procedimientos tradicionales de adjudicación pueden resultar de lo más apropiados. Aun así, habrá que convenir que cuando se trata de proyectos de dimensión extraordinaria, el DC otorga más ventajas que inconvenientes. Creemos, como hemos indicado en el apartado anterior, que debería reservarse la elección del DC a los poderes adjudicadores, en lugar de que sea la norma la que imponga este procedimiento como forma de llevar a cabo la colaboración público-privada. No existen razones objetivas ni justificación alguna para la obligada utilización del procedimiento de DC para la adjudicación de los CCPP. Repetiríamos, pues, nuestra propuesta de supresión del apartado 3 del art. 180 TRLCSP o, alternativamente, fijar un umbral económico elevado para su aplicación necesaria, habida cuenta que, como se ha dicho anteriormente, la imposición del mismo puede parecer razonable en proyectos de excepcional cuantía, en los que el DC otorga más ventajas que inconvenientes, a pesar de la poca seguridad jurídica que nos depara su desregulación y que ello sea fuente de muchas dudas entre los posibles ofertantes.

Efectivamente, los términos en que está legislado su procedimiento de adjudicación no dejan de ser muy lacónicos. El TRLCSP (art. 179.1) nos habla de la existencia de unos cuantos candidatos seleccionados, de la solicitud previa por parte de los mismos, del establecimiento de un diálogo y, como finalidad última de esta, de la búsqueda de soluciones susceptibles de satisfacer las necesidades de la Administración. La ley se limita, pues, a prever la figura del DC sin definir un modelo claro y sin articular los medios que deban permitir que se lleve a cabo realmente. Posteriormente, hace referencia, de forma sucinta, a la apertura del procedimiento (art. 181), al diálogo con los candidatos y a la presentación y examen de ofertas (art. 182).

Sería necesario, pues, desarrollar reglamentariamente el proceso de DC o introducir, alternativamente, algunas precisiones legales, en el marco de la trasposición de la nueva directiva de contratación. En caso contrario, no es de extrañar que la praxis diaria ponga de manifiesto no solo un importante desconocimiento sobre cómo gestionar este proceso, sino también sobre las incidencias que su indefinición puede tener sobre la percepción del sector privado, especialmente en términos de transparencia y de protección del *know how*, lo cual genera no pocas reservas por parte de los intervinientes y amenaza con lastrar el uso de esta figura contractual en el futuro. Realmente está por ver si en el DC se “dialoga” o si se producirá algo pareciendo al que sucede en el procedimiento negociado, en el que, de manera verbal o informal, normalmente no se “negocia” nada. El tiempo y la práctica (hoy escasa, ciertamente) determinará, insistimos, si esta figura inédita del diálogo es

realmente útil y sirve para avanzar y encontrar soluciones en todos los casos complejos o que presentan indefiniciones iniciales. En todo caso, seguro que a quien sí debería resultar útil es a la propia Administración, a pesar de que no parece fácil motivar con la ley en la mano a las empresas para que participen en un proceso en el que, por definición, se pretende que se revelen ideas, soluciones y se propongan alternativas.

En último término, para el caso de que no se modificara legalmente o, incluso, que no se reglamentara el DC con el objetivo de definir un modelo previsible y flexible, haría falta al menos incentivar la utilización del procedimiento negociado (art. 169 TRLCSP). Precisamente, el texto refundido ya prevé que los CCPP se adjudiquen por la vía del diálogo competitivo, sin perjuicio del procedimiento negociado con publicidad [art.170a)], en caso de que las ofertas económicas en los procedimientos abiertos, restringidos o de diálogo competitivo sean irregulares o inaceptables, bien porque las presenten empresarios sin aptitud o por incumplimiento en las ofertas de las obligaciones legales relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente y condiciones de trabajo, o bien cuando infrinjan las condiciones para la presentación de variantes o mejoras, o incluyan valores anormales o desproporcionados.

Nuestra opción, en este sentido, descansa sobre el hecho que el desarrollo del DC debe vertebrarse de forma sucesiva, con el fin de ir reduciendo progresivamente el número de soluciones propuestas por los participantes en línea con lo previsto en el art. 30.4 de la citada directiva. La “depuración” de las propuestas de solución debe realizarse teniendo en cuenta dos requisitos sustanciales: por un lado, que la reducción solo podrá llevarse a cabo conforme a criterios previamente anunciados y conocidos por los licitadores; y del otro, que esta reducción no podrá ser de tal entidad que, en la práctica, haga desaparecer la competencia efectiva entre las soluciones que finalmente deban ser consideradas por el órgano de contratación (art. 182.3 TRLCSP). El punto y final del DC tendría que tener lugar cuando el órgano de contratación se encuentre en condiciones de determinar las soluciones que, después de compararlas, si fuera necesario, puedan responder a las necesidades identificadas y expresadas en el programa funcional y en el anuncio de licitación.

Habida cuenta que el citado art. 182.3 faculta para el procedimiento sucesivo, transitoriamente, el desarrollo reglamentario debería optar por alguno los modelos imperantes en nuestro entorno y que han demostrado su eficacia. En la mayoría de países de nuestro entorno, se apela al llamado modelo británico, estructurado en procesos de preselección de lista corta (*short list*)<sup>12</sup> y en dos fases en el proceso de contratación, sin requerimiento hasta la fase final de ofertas firmes. La restricción del proceso a un número limitado de empresas permite que los distintos grupos oferentes tengan muchas más posibilidades

---

12. En la convocatoria de lista corta (RFQ, *Request for Qualifications*) se entrega un dossier que incluye lo que ya se hace en los casos españoles de DC, es decir, se facilita toda la información del documento descriptivo y las características básicas del contrato. Posteriormente, después de la selección, se entrega un primer borrador de cláusulas de selección y de contrato (ITP —*Invitation to Proposers*—, RFP —*Request for Proposals*—, y CA —*Concessions Agreement*—), que son objeto de comentarios y sugerencias de modificación de manera ordenada, y acompañadas de sesiones “uno a uno” (*one on one*).

de construir sólidamente sus ofertas financieras y de negociar debidamente con los bancos antes de la oferta final. Sin embargo, también sería posible un procedimiento más abierto, y en principio más corto, como el que se ha utilizado, por ejemplo, por parte del FDOT (*Florida Department of Transportation*, EE UU). Se trata de que, durante este proceso, la Administración vaya afinando, con el concurso de los interesados, los pliegos técnicos y administrativos (el contrato y los requerimientos de oferta), con objeto de llegar a un punto más equilibrado de aceptabilidad e interés entre las dos partes. En relación con la parte técnica, los requerimientos también se van ajustando (y abriendo, en ocasiones) para habilitar ciertas soluciones técnicas a propuesta de algún candidato. Lo relevante es que a partir de determinadas cuestiones técnicas pueden sucederse propuestas confidenciales (al margen de que se entregue como documentación escrita). En este modelo solamente existe una única oferta en base a la documentación final o los pliegos definitivos. Para habilitar los procesos de selección, proponemos modificar el apartado 4 del art. 182 TRLCSP con el siguiente redactado:

*“4. El órgano de contratación proseguirá el diálogo hasta que el órgano de contratación se encuentre en condiciones de determinar las soluciones que, después de compararlas, si fuera preciso, respondan a las necesidades identificadas en el programa funcional y en el anuncio de licitación.”*

Nada impide, además, que se pueda prever normativamente que las reuniones sean públicas y simultáneas para todos los ofertantes, ni que se trabaje con el objetivo de definir un proyecto constructivo único sobre el que, al final, todos los concurrentes ofrezcan precio final (a pesar de que tenga que haber una oferta previa sobre la que seleccionar a dos candidatos o máximo tres). A tal fin debería modificarse el apartado 1 del art. 182 TRLCSP de la siguiente manera:

*“1. El órgano de contratación desarrollará, en reuniones públicas y con la presencia simultánea de todos los candidatos seleccionados, un diálogo cuyo fin será determinar y definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades. En el transcurso de este, podrán debatirse todos los aspectos del contrato con los candidatos seleccionados, con objeto de definir el contrato y presentar una oferta final.”*

Finalmente, en la fase de diálogo competitivo está en juego no solo la salvaguarda del principio de igualdad/no discriminación, sino también el de confidencialidad (art. 140 TRLCSP), con el objetivo de evitar dar ventaja competitiva a ninguna de las partes intervinientes, desvelando tanto secretos técnicos o comerciales (*know how*, propiedad industrial, propiedad intelectual) como aspectos confidenciales de las ofertas. Además, está expresamente prohibido por el art. 182.2 TRLCSP que la Administración exponga a cualquiera de las partes intervinientes en el DC cuál es la solución del resto de las partes, para ver como lo afronta o mejora.

Al menos en apariencia, la ley es razonablemente exigente, en cuanto que incorpora entre sus principios, y como novedad para los contratistas, el deber de confidencialidad de la información durante un plazo de cinco años, salvo que los pliegos de condiciones o el contrato establezcan un plazo mayor; el trato igual a todos los licitadores y, en particular, que la Administración no deba facilitar información de forma indiscriminada para evitar dar ventajas a determinados licitadores, además de prohibir que el órgano de contratación no pueda revelar al resto de participantes las soluciones propuestas por alguno de ellos. Con todo, este deber de confidencialidad de la Administración (art. 140.1 TRLCSP) no es fácil que se cumpla. En ese caso, la simple sospecha puede frenar las empresas a la hora de dedicar recursos para revelar ideas que después pueden ser aprovechadas por su competencia.

Las pretensiones en defensa de la confidencialidad pueden ir desde el cese del uso ilegítimo de los derechos de exclusiva del secreto empresarial hasta sustanciar en la orden civil; la declaración de nulidad o de anulación del diálogo competitivo en vía administrativa, con el correspondiente control posterior de la jurisdicción contenciosa-administrativa, hasta la suspensión del diálogo competitivo, de naturaleza cautelar, para garantizar la efectividad de la resolución a dictar en vía contenciosa-administrativa. La realidad práctica demuestra que la postura habitual por parte de la Administración consiste en considerar adquirida la propiedad de los derechos de propiedad intelectual o industrial desde el mismo momento de suscripción del contrato. La industria tiende a ser muy refractaria a la hora de conceder plenos derechos de explotación (con posibilidad de licencia incluida), sobre todo si se tiene en cuenta el coste asociado al desarrollo tecnológico.

Sin embargo, a pesar de todo lo dicho y de las cautelas previstas legalmente, frente a esta legítima y fundamentada inquietud, haría falta garantizar una correcta ponderación de las posibilidades de defensa y de actuación de los sujetos que intervienen en el DC, de forma que se pudiera determinar claramente si la vulneración del secreto de empresa se ha producido en el mismo procedimiento del diálogo o es ajeno al procedimiento de adjudicación contractual, a pesar de que se manifieste en aquel momento, debido a su uso por parte de algunos de los competidores. La cuestión es compleja. Quizás insoluble. Por ello nos inclinamos por la supresión del último inciso del apartado 2 del art. 182<sup>13</sup>. La ausencia de este mandato de confidencialidad debería compensarse con la mejora del sistema de primas y pagos para los intervinientes en el diálogo, de acuerdo con lo dispuesto por la Directiva 2004/24/CE, en su art. 30.8 (“los poderes adjudicadores podrán prever premios y pagos para los participantes en el diálogo”) idéntico al derogado artículo 29.8 de la Directiva 2004/18/CE, y que la legislación española ha subvertido con una equívoca referencia al abono de “primas” o “compensaciones” (art. 179.2 TRLCSP).

---

13. “[...] El órgano de contratación no podrá revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que este les comunique sin previo acuerdo de este”.

La experiencia adquirida por la implementación de este tipo de contratos en otros países —el Reino Unido es el ejemplo más destacado— indica que se trata de proyectos que, por su complejidad y delicado proceso de elaboración, tardan en ejecutarse, de forma que los costes asociados a la participación en el DC pueden llegar a convertirse en un obstáculo a la competencia.

El derecho español reconoce esta posibilidad y el TRLCSP así lo ha establecido a través de su art. 179.2. Ahora bien, resulta cuando menos curioso comprobar la sustitución que el legislador español realizó del término “pagos”, utilizado por la Directiva, y que en el caso del TRLCSP se convierte en simples “compensaciones”. ¿Quiere esto decir que no se trata tanto de un incentivo como de una especie de resarcimiento? Y, en ese caso, ¿hay que interpretar que la Administración realizará la oportuna “compensación” al finalizar el diálogo? En nuestra opinión, en el mejor de los casos, se trata de un incentivo de compensación y no en forma de prima o recompensa. No hay duda de que los pagos son un instrumento al servicio de la Administración, recomendables si lo que se busca es fomentar la competencia en este tipo de procedimientos. Por eso, la pertinencia de estas gratificaciones y pagos, que no dejan de ser recursos públicos, merecería un tratamiento más escrupuloso y prolijo en la ley.

Sería deseable, pues, en orden a la mejora de los incentivos del CCPP y del DC prever la figura de un estipendio, de forma que toda empresa que presente finalmente oferta en cumplimiento de las condiciones mínimas requeridas tenga derecho a recuperar una parte (habitualmente minoritaria) de los gastos de oferta (repercutible si se quiere, al adjudicatario), que es la práctica habitual en la mayoría de países, aunque esto siempre se podría regular en el pliego de condiciones. Nuestra propuesta es, en relación con el diálogo competitivo, dar una nueva redacción del apartado 2 del art. 179 TRLCSP:

*“2. Las Administraciones contratantes podrán prever el resarcimiento de los gastos efectuados para su elaboración, en función de los que resulten acreditados por aquellos a través de cualquiera de los procedimientos aceptados en Derecho, conforme con la naturaleza y contenido y de acuerdo con los precios de mercado.”*

Alternativamente, podría preverse que la ley estableciera los supuestos de hecho en que se admitieran dichos premios o compensaciones, y que estos mismos supuestos estuvieran previstos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, estableciendo el importe de los mismos. En nuestra opinión, sería bueno que se extendiera esta práctica directamente por parte de los órganos de contratación, que deberían poder hacer la valoración correspondiente en el mismo momento de iniciar el procedimiento de contratación, en función, precisamente, de las características que comporta la participación y la intensidad variable de dicha participación.

## LA INTRODUCCIÓN DE LA LLAMADA INICIATIVA PRIVADA O PROYECTOS NO SOLICITADOS POR EL SECTOR PÚBLICO ('UNSOLICITED INFRASTRUCTURE PROPOSALS')

Generalmente ha sido el sector público, en el caso español a través de alguno de sus niveles de gobierno (estatal, autonómico o local), el que ha identificado las carencias en términos de dotación de infraestructuras vinculadas a la prestación de servicios públicos y, en tal sentido, ha formulado los procedimientos necesarios de conformidad con el marco normativo que corresponda a efectos de convocar a empresas privadas debidamente cualificadas para concurrir en términos de igualdad de condiciones, transparencia y competencia a la adjudicación del proyecto de que se trate. Aunque la norma habitual continúa siendo la dinámica de impulso público después de la identificación de un proyecto de inversión determinado, no constituye actualmente la única forma de acceder a la generación de una obra pública de infraestructura asociada a servicios públicos. Es en el contexto antes descrito que ha surgido en algunos países la figura de las denominadas *unsolicited infrastructure proposals* (también llamadas Iniciativas Privadas o Proyectos no solicitados por el sector público) como mecanismo a través del cual es el mismo sector privado el que identifica, concibe, diseña y propone a la Administración una determinada obra a efectos de ser implementada. En lo que respecta a las concesiones de obra pública, el ordenamiento español ya admite “la iniciativa privada en la presentación de estudios de viabilidad de eventuales concesiones” (art. 128.5 TRLCSP), aunque ciertamente da la impresión de que los órganos de la Administración han mantenido una cierta reserva sobre esta práctica<sup>14</sup> con algún fundamento, como desarrollaremos más adelante.

Las iniciativas no solicitadas constituyen una herramienta importante para la dotación de nuevas infraestructuras vinculadas a la prestación de servicios públicos, a través de las que se puede optimizar la participación privada. Aun así, este mecanismo viene presentando a nivel internacional una serie de ventajas y desventajas. Entre las primeras, algunas tienen que ver con el traslado al sector privado de la identificación y diseño de proyectos innovadores, que involucran activos o actividades a cargo de las Administraciones y desplazan la mayor carga en cuanto a estudios a realizar para determinar la viabilidad de un proyecto de inversión. Entre los inconvenientes, por el contrario, está la percepción mayoritaria de los promotores de iniciativas privadas, que acostumbran a ser finalmente los que ejecutan los proyectos bajo las condiciones de la solicitud.

De ahí precisamente que el reto del aparato público está precisamente en generar los mecanismos adecuados de promoción y publicidad para captar el interés de terceros que implique o bien la realización de un concurso o bien que se dirima en el seno del diálogo competitivo, además de que se efectúen evaluaciones objetivas y técnicamente correctas

---

14. Véase, en este sentido, el dictamen del Consejo de Estado 3375/2001 sobre el anteproyecto de ley reguladora de las concesiones de obra pública. Sin cuestionar la legalidad de esta previsión, el Consejo de Estado manifiesta importantes cautelas sobre el procedimiento de la misma, al amparo de la necesidad de garantizar “los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y no discriminación”.

que permitan proponer las modificaciones necesarias que introduzcan en la iniciativa parámetros de rentabilidad adecuados, puesto que en la mayoría de casos, los propuestos por los titulares pueden contener sumas de inversión sobrevaloradas y niveles de rentabilidad demasiado altos, previendo precisamente la optimización de la oferta en el periodo de negociación con la Administración e incluso en una etapa posterior de la adjudicación.

Ni que decir tiene que todo ello requiere de un aparato público sólido, con suficiente apoyo técnico que permita evaluar de manera objetiva, imparcial y autónoma las iniciativas que se presentan. Además de una panoplia de incentivos a la presentación de proyectos de esta naturaleza. En algunos países, llevado al extremo, este incentivo lo constituye incluso el compromiso del mismo Estado de convocar un proceso de licitación en un plazo determinado para su ejecución.

Este nuevo mecanismo, si bien constituye una herramienta valiosa no se encuentra exento de riesgos y cuestiones espinosas a evaluar en cada caso, puesto que de la experiencia internacional se advierte que, en algunos casos, constituye una fuente de controversias e incluso de corrupción (sobre todo en países latinoamericanos, donde se observa un cierto arraigo). Además, tanto la idiosincrasia como la tradición española (e incluso europea continental), muy distante de la mentalidad anglosajona, se hallan muy lejos de este tipo de prácticas. En términos europeos, en particular, su regulación no deja de plantear serias dudas acerca de cómo salvaguardar la garantía de la transparencia y la concurrencia en este tipo de iniciativas en los términos exigidos por la normativa comunitaria.

La casuística nos dice, por lo demás, que, entre los países que admiten el mecanismo de propuestas no solicitadas, los hay que han adoptado referencias generales, sin mayor desarrollo normativo, y otros que, por el contrario, han desarrollado con detalle la normativa vinculada a los requisitos para su presentación, la manera de darle trámite y las facultades de la Administración ante el titular de la iniciativa, entre otros aspectos. En este último caso encontramos países similares entre sí como Chile, Corea, Filipinas, Suráfrica, Argentina y Perú, entre otros.

Incorporar, con carácter general, la figura de la iniciativa privada o de los proyectos no solicitados por el sector público al ordenamiento español exige modificaciones de un cierto calado. En primer lugar sería necesario contemplar su régimen jurídico dentro de las disposiciones generales sobre contratación del sector público, añadiendo un nuevo apartado 1 bis al art. 22 TRLCSP, al cual se debería cambiar el descriptor:

*“Art. 22. Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación.  
Iniciativas privadas en proyectos de inversión sobre recursos del sector público.*

*[...]*

*1 bis. Los entes, organismos y entidades del sector público promoverán la inversión privada y podrán celebrar contratos derivados de proyectos de obras, suministros, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos promovidos por iniciativa privada, teniendo en cuenta los principios de necesidad e idoneidad establecidos en apartado anterior.”*

En segundo lugar sería necesario detallar el procedimiento de selección, para lo cual nos parecen viables dos alternativas: vincularlos al diálogo competitivo o incluirlos en la regulación de los concursos de proyectos (por analogía). En ambos casos, se debería contemplar un incentivo generalmente aceptado en este tipo de proyectos como es el reconocimiento al menos de los gastos en que ha incurrido el titular de la iniciativa. Para lo cual, se prevé que la Administración establezca los límites que sean procedentes según la suma del proyecto. Este mecanismo podría operar especialmente en caso de que, finalmente, fuera un tercero el que se adjudicara el derecho a ejecutar la obra. Aunque la experiencia de otros países demuestra, todo hay que decirlo, que este mecanismo no constituye por sí solo un incentivo para la generación de iniciativas, en la medida que quienes formulan proyectos de inversión pretenden ejecutarlos y no que únicamente le sean reembolsados los gastos realizados en su formulación. También se propone adoptar un *bonus system*, según el cual, el iniciador recibe un plus o premio a la calificación de su propuesta en caso de que exista concurrencia de interesados en la ejecución del proyecto, puesto que se le asigna un puntuación (generalmente expresada en un porcentaje) superior a la de sus competidores, por el simple hecho de ser el titular del proyecto.

Por lo que respecta a la primera alternativa, la modificación a introducir sería la siguiente:

*“Sección 5ª. Diálogo competitivo*

*[...]*

*Art. 180. Supuestos de aplicación.*

*[...]*

*3. Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado a que se refiere el artículo 11, así como las iniciativas privadas o proyectos no solicitados por el sector público previstos en el artículo 22, se adjudicarán por este procedimiento, sin perjuicio de que pueda seguirse el procedimiento negociado con publicidad en el caso previsto en el artículo 170.a).*

*Art. 181. Apertura del procedimiento y solicitudes de participación.*

*1. Los órganos de contratación publicarán un anuncio de licitación en el que darán a conocer sus necesidades y requisitos, que definirán en dicho anuncio o en un documento descriptivo. En el supuesto de que el procedimiento se inicie como consecuencia de una iniciativa privada o proyecto no solicitado por el sector público previsto en el artículo 22, el anuncio de licitación dará a conocer los detalles de esta.*

*[...]*

*Art. 183 bis. Gratificación de los promotores de la iniciativa privada*

*Cuando en diálogo competitivo concurren los promotores de la iniciativa privada o de proyectos no solicitados por el sector público junto a otros intervinientes interesados en la ejecución del proyecto, se reconocerán a favor de aquella al menos los gastos incurridos en la formulación previa de los estudios, siempre que no se*



*viese favorecido con la adjudicación correspondiente. Igualmente, el titular de la iniciativa privada o proyecto no solicitado por el sector público recibirá puntos adicionales en la calificación de su propuesta. La determinación del porcentaje de puntuación bonificada por la presentación de la referida iniciativa deberá ser conocida por todos los participantes desde el inicio del diálogo.*

*Art. 183 ter. Adjudicación directa de las iniciativas privadas o proyectos no solicitados por el sector público*

*Se procederá la adjudicación directa del proyecto, en caso de que no se haya presentado cuando menos un interesado en la ejecución del proyecto objeto de la iniciativa privada propuesta. En dicho supuesto, el órgano de contratación aprobará la propuesta de iniciativa privada y procederá a la adjudicación directamente al solicitante de la ejecución del proyecto propuesto, para lo cual se negociará y suscribirá el correspondiente contrato.”*

La segunda alternativa, vinculada al concurso de proyectos, se articularía de la siguiente forma:

*“Sección 6ª. Normas especiales aplicables a los concursos de proyectos*

*Art. 184. Ámbito de aplicación de los concursos de proyectos*

*1. Son concursos de proyectos los procedimientos encaminados a la obtención de planos o proyectos, principalmente en los campos de la arquitectura, el urbanismo, la ingeniería y el procesamiento de datos, a través de una selección que, tras la correspondiente licitación, se encomienda a un jurado.*

*Son también concursos de proyectos los de obras, suministros, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos promovidos por la iniciativa privada o no solicitados por el sector público en el caso de presentarse uno o más interesados en la ejecución del mismo dentro del plazo de treinta días contados a partir del día siguiente de su publicación. En ese caso, el órgano de contratación deberá cursar una comunicación escrita al solicitante, poniendo en su conocimiento la existencia de terceros interesados en el proyecto y llevar adelante el correspondiente concurso de proyectos de obras, suministros, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, de acuerdo con el procedimiento previsto en la presente sección.*

*2. Las normas de la presente sección se aplicarán a los concursos de proyectos que respondan a uno de los tipos siguientes:*

*a) Concursos de proyectos organizados en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios.*

*b) Concursos de proyectos con primas de participación o pagos a los participantes.*

*b bis) Proyectos de obras, suministros, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos promovidos por iniciativa privada o no solicitados por el sector público.*

[...]

*Artículo 188 bis. Gratificación de los promotores de la iniciativa privada*

*Cuando en el concurso de proyectos de obras, suministros, obras públicas de infraestructura y de servicios públicos promovidos por iniciativa privada o no solicitados por el sector público se presenten, además del que presentó la iniciativa, otros participantes interesados en la ejecución del proyecto, se reconocerán a favor del titular de la iniciativa privada al menos los gastos incurridos en la formulación previa de los estudios, siempre que no se viese favorecido con la adjudicación correspondiente.*

*Igualmente, aquel que presentó la iniciativa recibirá puntos adicionales en la calificación de su propuesta. La determinación del porcentaje de puntuación bonificada por la presentación de la iniciativa deberá ser conocida por todos los participantes desde el inicio del concurso.*

*Se procederá la adjudicación directa del proyecto, en caso de que no se haya presentado al menos un interesado en la ejecución del proyecto objeto de la iniciativa privada propuesta. En dicho supuesto, el órgano de contratación aprobará la propuesta de iniciativa privada y procederá a la adjudicación directamente al solicitante de la ejecución del proyecto propuesto, para lo cual se negociará y suscribirá el correspondiente contrato.”*

## CONCLUSIONES

La necesidad de atender la demanda social de infraestructuras y servicios de interés público no puede mantenerse insatisfecha, por parte de las Administraciones, durante un plazo dilatado de tiempo, aunque las restricciones presupuestarias no hayan conseguido solventarse plenamente durante el mismo, a riesgo de deteriorar irreversiblemente las condiciones de cohesión social y desarrollo económico de un país. En este contexto, las fórmulas de colaboración público-privada pueden jugar un papel de extrema utilidad en la financiación y operación de bienes y servicios públicos, como demuestra una amplia experiencia internacional. Sin duda, la necesidad de adaptar el vigente marco legal a las exigencias derivadas de la trasposición de las nuevas directivas europeas en materia de contratación pública ofrece una inmejorable oportunidad para todo ello.

En materia de contratación desde el sector público, un condicionante esencial de la utilidad de las fórmulas contractuales de colaboración público-privada es su correcta configuración jurídica. En este artículo hemos desarrollado, aplicado al derecho español, un análisis de dicha configuración y formulamos propuestas concretas de mejora en cinco ámbitos específicos del contrato de colaboración público-privado, incorporado a la legislación española en materia de contratación pública (2007). Dichos ámbitos de estudio, que no pretenden agotar los aspectos susceptibles de mejora de la ley en esta figura contractual, son los siguientes: la caracterización del CCPP como una figura subsidiaria o

supletoria en el catálogo de figuras contractuales a disposición del sector público español; la distinción entre los CCPP y las concesiones; la definición perimetral del CCPP; el diálogo competitivo como procedimiento único de adjudicación del CCPP y la introducción de la iniciativa privada en la promoción de proyectos complejos de interés público.

Por lo que respecta a estos cinco ámbitos, se observa, con carácter general, que la complejidad e la indeterminación inicial de la solución finalmente adoptada, inherentes a los proyectos de CPP, condicionan, de forma determinante, la configuración adoptada por el legislador para la fórmula contractual. Sin embargo, la experiencia internacional comparada permite, progresivamente, adoptar soluciones de mayor simplicidad y homogeneidad.

### Referencias

- Basilio Acerete, José. 2006. “Aspectos contables de las Colaboraciones Público-Privadas”, *Presupuesto y Gasto Público*, 45: 199-215.
- Comisión Europea. 2004. *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* [COM (2004) 327 final], Bruselas.
- Comisión Europea. 2005. *Sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* [COM (2005) 569 final], Bruselas.
- Comisión Europea. 2008. Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI), *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. C-91 de 12.04.2008: 4-9.
- Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.
- De Hoces, José Ramón. 2011. “La colaboración público-privada en la ley de economía sostenible”, Pérez Llorca, *Doctrina contencioso, público, regulatorio*: 1-7.
- Dorrego de Carlos, Alberto y Francisco Martínez Vázquez (dir.). 2009. *La colaboración público-privada en la ley de contratos del sector público. Aspectos administrativos y financieros*, Madrid: Editorial La Ley.
- Estevez Martín, Ángel Eduardo. 2011. “La colaboración público-privada de tipo institucionalizado como fórmula para la adjudicación de contratos públicos: su incorporación a la LCSP a través de la ley de economía sostenible”, *La Ley. Contratación Administrativa Práctica*, julio de 2011, 110: 46-54.
- EUROSTAT. 2010. *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, Luxemburgo.
- García Capdepón, Pedro María (2005). “Los contratos de colaboración público-privada”, *Revista Española de la Función Consultiva*, 3: 89-114.
- Garrigues abogados y asesores tributarios. 2011. *Régimen jurídico de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado*, Madrid.

- González García, Julio V. (2006). “Contrato de colaboración público-privada”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, mayo-agosto, 170: 7-39.
- Huerta Barajas, Justo Alberto. 2008. “La evaluación previa de la colaboración del sector público y el sector privado. El diálogo competitivo en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Auditoría Pública*, 44: 55-68.
- Jiménez Díaz, Andrés. 2011. “El contrato de colaboración público-privada y el de concesión de obras públicas (en la nueva Ley de Contratos del Sector Público)”, *Diario La Ley*, 6934: 1-7.
- Lazo Vitoria, Ximena. 2013. “El futuro del mercado concesional en Europa”, *Revista CEFLEGAL*, Centro de Estudios Financieros, noviembre, Madrid, 154: 137-174.
- Menéndez Menéndez, Adolfo. 2010. *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras pública*, Madrid: Ed. Aranzadi.
- Nores Escobar, José Luis. 2007. “La novedad del diálogo competitivo en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público”, *Reflexiones*, 2: 3-9.
- Palomar, Alberto (dir.). 2011. *La colaboración público-privada: análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad contractual*, Madrid: Ed. Aranzadi.
- Parada, Ramón. 2010. *Derecho Administrativo I, Parte General, Decimoctava edición*, Madrid: Ed. Marcial Pons.
- Puerto Cela, Mariano. 2006. “Aspectos presupuestarios de la colaboración público-privada”, *Presupuesto y Gasto Público*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 45: 95-103.
- Rebollo Fuente, Andrés. 2007. “APPs institucionales, financiación de infraestructuras y contabilidad pública”, *Reflexiones*, 2: 61-122.
- Rebollo Fuente, Andrés. 2010. “El nuevo marco práctico y legal para el desarrollo de las infraestructuras mediante Asociaciones Público-privadas y medidas de intervención financiera”, *Revista Infra-estructura/Deloitte*, julio: 1-26.
- Ridao Martín, Joan. 2012. *La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras de interés general*, Barcelona: Atelier.

Presentado para evaluación: 1 de junio de 2012

Aceptado para publicación: 6 de diciembre de 2013

DR. JOAN RIDAO MARTÍN, Universitat de Barcelona  
jridao@ub.edu

Doctor en Ciencia Política y de la Administración (UB), licenciado en Derecho (UAB), diplomado en Estudios Avanzados de Ciencia Política (UB) y diplomado en perfeccionamiento en Justicia Constitucional y tutela de derechos fundamentales por la Università di Pisa (Italia). Miembro del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña. Actualmente es profesor del Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política

en la Universidad de Barcelona y Consultor de los Estudios de Derecho de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC). A lo largo de su trayectoria académica ha ejercido docencia como profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho-ESADE (Universidad Ramon Llull) y en la Facultat de Ciències Jurídiques de la Universidad Rovira i Virgili (URV), de la que actualmente es profesor ad honorem. Es autor de una veintena de manuales académicos, ensayos y monografías en el campo del derecho público, así como decenas de artículos en revistas especializadas. Miembro del Grupo de Estudios Constitucionales y Europeos (UB), del Observatorio de los gobiernos de coalición (OGC) y del grupo de investigación sobre la reforma constitucional en la perspectiva del federalismo del siglo XXI (UB). Colabora con el programa Partners-Esade. Es autor de “La colaboración público-privada para provisión de infraestructuras de interés general”, Atelier, 2012.