

**EL CONTRATO DE COLABORACIÓN  
PÚBLICO-PRIVADA**

*Por*

*Gaspar Ariño Ortiz*

*Catedrático de Derecho Administrativo. Madrid*

*e-mail: garino@f-estudiosregulacion.com*

*Ponencia preparada para las XI Jornadas sobre  
Administración Local, Colegio de Secretarios e  
Interventores de Santa Cruz de Tenerife.  
Puerto de la Cruz, 8 a 10 de octubre de 2008*

## ÍNDICE

<b>1. ORIGEN Y RAZÓN DE SER. NUEVA DIMENSIÓN DE LO PÚBLICO .....</b>	<b>3</b>
<b>2. TAREAS Y OBJETIVOS DE LA ASOCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADA (PPP).....</b>	<b>6</b>
<b>3. LA FORMALIZACIÓN JURÍDICA DE ESTA “ASOCIACIÓN” .....</b>	<b>8</b>
<b>4. MARCO FINANCIERO Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS .....</b>	<b>10</b>
<b>5. EL CAMINO HACIA EL PPP: PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE ESTOS CONTRATOS .....</b>	<b>14</b>
<b>6. EL “DIÁLOGO COMPETITIVO” COMO FORMA DE ADJUDICACIÓN .....</b>	<b>16</b>
<b>7. EL INTENTO, FRUSTRADO DE TIPIFICACIÓN LEGAL EN LA LCSP.....</b>	<b>19</b>
<b>8. RESUMEN Y CONCLUSIÓN. TEORÍA DEL ENVOLTORIO .....</b>	<b>25</b>

## EL CONTRATO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

### 1. Origen y razón de ser. Nueva dimensión de lo público

Suele decirse que, con antecedentes en los Estados Unidos (años 70), eso que conocemos como *Public Private Partnership* (PPP) se instauró en Europa en el Reino Unido durante los Gobiernos de Margaret Thatcher, como una tercera vía entre nacionalización y privatizaciones, en forma de colaboración contractual entre los sectores público y privado, actuando ambos conjuntamente para conseguir algo que sería imposible conseguir por separado. Tras la crisis de la empresa pública, que se desencadena a finales de los años setenta, después de medio siglo de experiencias negativas en todo el mundo, se extiende desde la teoría económica la convicción de que el sector privado utiliza mejor los recursos económicos y es más eficiente que el sector público en la gestión empresarial. Una ola de privatizaciones se propaga en todos los países, tanto industrializados (Europa) como de economías en desarrollo (Iberoamérica) en los años 80 y 90.

Hasta entonces, las grandes infraestructuras y servicios, que son el armazón de los Estados modernos –a saber, redes de comunicaciones y transportes, obras hidráulicas, redes energéticas, infraestructuras viales, sistemas de abastecimiento de agua, puertos y aeropuertos, etc...- fueron sectores asumidos por el Estado, porque sobre ellos descansa la vida de los ciudadanos y la productividad y el desarrollo de las economías nacionales. Estos sectores eran como el símbolo de la soberanía, respondían en muchos casos a una planificación nacional, constituían casi siempre dominio público sometido a un régimen de especial protección, requerían grandes inversiones y presentaban economías de escala, lo que llevaba en muchos casos a calificarlos de “monopolios naturales”. Por todas estas razones (y otras) el Estado hacía suyas estas actividades, las declaraba reservadas al sector público calificándolas de “*servicio público*” (la actividad) o de “*dominio público*” (los bienes y recursos en los que aquélla se apoyaba) estableciendo un régimen jurídico exorbitante (*res extracomercium*, financiación pública, contrato administrativo de obra pública o de servicio público) y asumiendo directamente su gestión en algunas de ellas (constitución de empresas públicas, con exclusión del capital privado).

Este régimen no se extendió sólo a las obras públicas y servicios de contenido económico, sino también a los servicios sociales (educación, sanidad, pensiones y protección social) que fueron progresivamente “publicados”, integrándose en los presupuestos generales del Estado; sus profesionales (médicos, profesores, etc.) se convirtieron en funcionarios, financiándose su actividad con fondos públicos recaudados vía impuestos y, muy secundariamente, con tasas, precios públicos y otras exacciones parafiscales.

Pues bien, este modelo de ordenación económica y de financiación y prestación de obras y servicios está hoy en revisión (por no decir en crisis). Por razones que no es del caso explicar aquí, las necesidades de infraestructuras en todos los países, pero especialmente en algunos como España y en economías emergentes como las iberoamericanas o las de Europa del Este, requieren un esfuerzo financiero y de inversiones que la Hacienda Pública es incapaz de atender. El crecimiento del gasto social en los Estados modernos hace a éstos progresivamente incapaces de hacer frente a tales inversiones con ahorro público. En Europa, además, la adopción de una moneda única por los Estados, obligó a éstos a mantener unos determinados límites al déficit público, de modo que aquellos tuvieron que acudir al sector privado para mantener un nivel deseable de inversiones en infraestructuras y servicios; fue la denominada política de la *“Private Finance Initiative (PFI)”* que se extendió rápidamente. Inicialmente se acudió a fórmulas llamadas de ingeniería presupuestaria, admitidas por Eurostat para el cómputo de la deuda, o se articularon mecanismos de “financiación diferida” que se limitaban a desplazar hacia el futuro el gasto público. Pero ello no basta y hoy se necesita atender a las necesidades de infraestructuras y servicios con inversión privada (o, si se quiere, añadir ésta a la pública). Para ello hay que buscar el dinero donde realmente está: en las instituciones financieras, en los mercados capitales, en el ahorro privado<sup>1</sup>. Solo por esta vía pueden anticiparse los recursos suficientes para hacer frente a la construcción y/o explotación de las infraestructuras que se necesitan. El empresario que asume la construcción de una obra carece casi siempre de recursos propios para hacer frente a su financiación y necesita acudir al mercado de capitales para anticipar los recursos necesarios; ahora

---

<sup>1</sup> Se calcula un 20% de inversión privada en cualquier plan nacional de infraestructuras.

bien, ese mercado únicamente reaccionará ante una perspectiva razonable de seguridad que no siempre proporciona el viejo Ordenamiento jurídico de la gestión y explotación de las obras públicas.

Esta situación es la que ha llevado a buscar nuevas fórmulas de financiación y gestión de infraestructuras y servicios, que permitan la participación de la iniciativa privada en estas tareas. Ello exigía la elaboración de un nuevo marco legal que viniese a reconducir a un solo texto el conjunto de normas sectoriales. Y esto es lo que vino a suponer en España la Ley 13/2003, de 23 de mayo (BOE número 124), llamada de concesión de obras públicas, pero que inicialmente se llamó de “financiación y gestión de infraestructuras”. La concesión de obra y/o servicio ha sido en España la primera forma de “colaboración público-privada” que está bastante bien elaborada y tiene una larga historia en nuestro derecho. La Ley de Concesiones fue incorporada como Título V a la Ley General de Contratos. Tras ella, en el año 2007 el Gobierno llevó a cabo una reforma general de ésta mediante la aprobación de un nuevo texto ahora denominado Ley de Contratos del Sector Público, en cuyo marco se define una nueva modalidad o tipo de contrato llamado de “Colaboración Público-Privada”, que es la versión española de esa “nueva” forma de contratación denominada PPP (*Public-Private Partnership*), cuya traducción correcta a nuestro idioma debería ser, en rigor, “Asociación Público-Privada”. Ello no obstante, los autores españoles utilizan el vocablo “participación” para conservar la inicial ‘P’ en nuestra expresión equivalente (*participación público-privada*) del mismo modo que hacen los franceses con la palabra “*partenariat*” o los portugueses y brasileños con “*parceria*”. La legislación, en cambio, ha adoptado la denominación de “Colaboración Público Privada” (CPP).

En su esencia, esta colaboración viene a articular recursos y capacidades de los dos mundos –el público y el privado- para la realización de infraestructuras complejas y proyectos con alto grado de incertidumbre, a las que se ven llamados hoy los Estados modernos, cuya realización con los medios convencionales de que gozan (tecnológicos, humanos, financieros y jurídicos), ellos solos no serían capaces de realizar. Para su logro, acuden al sector privado, nacional e internacional, y se asocian a él para la realización de tareas complejas y difíciles.

## **2. Tareas y objetivos de la asociación público-privada (PPP)**

Sin pretensión alguna de exhaustividad, y a título puramente ilustrativo, digamos que los contratos de PPP (asociación/colaboración público privada) se dirigen a objetivos como los siguientes:

- Construcción y explotación de nuevas y complejas infraestructuras de transporte como puertos, aeropuertos o centros intercambiadores de transporte, que requieren importantísimas inversiones a largo plazo.
- Grandes instalaciones hospitalarias con toda clase de prestaciones en su seno.
- Proyectos ferroviarios de alta velocidad con acceso al centro de las ciudades y conexión con otros medios de transporte.
- Ciudades universitarias con unidades residenciales, aulas, laboratorios, instalaciones deportivas y servicios varios para los estudiantes.
- Proyectos de investigación, desarrollo e innovación en determinados sectores de actividad.
- Diseño, instalación, mantenimiento y gestión de un sistema completo de comunicaciones informáticas para una Administración Pública (policía y seguridad nacional, sistema nacional de salud, administración de las obras públicas y medio ambiente o cualquier otra) o de telecomunicaciones avanzadas.
- Proyectos de rehabilitación urbana en el interior de las ciudades, con muchas acciones interrelacionadas en su seno y participación de varias Administraciones.
- Desarrollo e implementación de un plan de transporte urbano en el que se integren los distintos modos (cercanías, transporte de superficie y transporte subterráneo) con explotación conjunta en régimen de consorcio.

- Construcción de un sistema integrado de abastecimiento y depuración de aguas para una gran ciudad, con aguas superficiales, subterráneas y en su caso desaladas a las que tenga acceso la conurbación.

Son tareas todas ellas cuya complejidad técnica y jurídica deriva del número de intereses afectados (son muchas veces contratos “multiparte”, no puras relaciones bilaterales) que exigen una regulación y una organización *ad hoc*. Algunas de estas tareas, hasta el momento, habían sido asumidas, por partes o piezas separadas, por las distintas Administraciones Públicas (el Estado, la Provincia, el Municipio, según los casos) que realizaban proyectos singulares (una autopista, una presa, una línea de metro o una línea de autobuses) cada uno de los cuales venía a satisfacer una necesidad concreta. Hoy, los medios técnicos disponibles y la capacidad del mundo empresarial permiten abordar tareas integradas como las descritas, que resultaban impensables hace veinte o treinta años. Para ello se requiere un elemento esencial: financiación suficiente. Justamente, para poner en común esas tareas –ingeniería constructiva, recursos financieros, capacidad de gestión y mantenimiento de instalaciones complejas- es para lo que surge la “asociación público privada”. A la Administración le corresponderá identificar las necesidades y tareas de interés colectivo (la definición de objetivos es algo que corresponderá siempre al poder político) y a la parte privada le corresponderá la aportación de medios (financieros, técnicos, empresariales) para hacerlos realidad.

De modo que podemos resumir los ejes de esta asociación diciendo que:

- 1) la Administración fijará las necesidades colectivas que quiere satisfacer, con la mejor definición que sea posible hacer de las mismas;
- 2) la parte privada determinará el proyecto o proyectos de ingeniería que mejor satisfagan esas necesidades, la organización necesaria para servirlo, la construcción y financiación del mismo y su gestión posterior durante el tiempo que sea necesario;
- 3) ambos elaborarán y pactarán las condiciones necesarias para la rentabilización y recuperación de la inversión, con aportación por la Administración de bienes de dominio público y otras facilidades, así

como fijación de las formas de retribución (pública o privada) correspondientes a las prestaciones que obtiene.

Esta es en esencia la estructura negocial de una Asociación Público-Privada (PPP), en la que ambas partes hacen aportaciones al proyecto común y asumen equilibradamente los riesgos (y beneficios) del mismo. Es decir se hacen socios (*partners*).

### **3. La formalización jurídica de esta “asociación”**

La formalización jurídica de esta asociación tiene dos caminos:

- 1) El primero consiste en la creación de una auténtica sociedad mercantil, creada para el desarrollo de la empresa común. Esto es lo que en Europa se conoce como PPP institucional y lleva a la creación de empresas mixtas, o de capital mixto, público y privado, que se alzan como alternativa a la clásica “empresa pública” 100% estatal (provincial o local) y a la gestión indirecta, por concesión, de los servicios públicos. No hay aquí ninguna novedad. La empresa mixta ha sido una forma tradicional de gestión de servicios públicos, y la adición de la expresión “PPP” sólo apunta a la existencia de un nuevo espíritu, abierto a la gestión de servicios de interés público, y de una mayor flexibilidad en los pactos a establecer entre los socios (flexibilidad que ya apuntaba en el tradicional principio de libertad de pactos en la contratación pública). No podemos detenernos aquí en una explicación de las reglas que gobiernan la empresa mixta. Quede ello para otra ocasión.
- 2) El segundo, es la contratación ordinaria, sin creación de una nueva personalidad jurídica. Mediante contrato, se fijan los objetivos y las aportaciones de las partes y se comienza la ejecución del proyecto a cuyo servicio se ha erigido la PPP. Pero este contrato no es fácilmente tipificable por la extraordinaria variedad que puede tener su objeto, pues puede conducir a tipos muy distintos de relación, como veremos con detalle más adelante.



Es evidente que el antecedente de esta modalidad de contratación lo encontramos en la vieja figura de la concesión de obra o servicio público que se remonta a mediados del siglo XIX (Instrucción Española de Obras Públicas de 10 de enero de 1845), pero estos “tipos” de contratos –rígidamente formulados- no resultaban marco jurídico adecuado para abordar proyectos complejos e integrales, de difícil definición previa y resultado difuso o incierto, como los que acaban de ser enumerados hace un momento. Éstos exigen una arquitectura contractual flexible que rompe los moldes contenidos en la ley para construcción de una obra o la gestión de un servicio concreto.

Aquí debemos salir al paso de una dificultad metodológica que esta nueva figura presenta y que está vinculada a las distintas culturas jurídicas en las que se ha elaborado el contrato de PPP/APP/CPP. En el ordenamiento jurídico originario, que es el anglosajón, en el que esta figura nace, el contrato administrativo “típico” (esto es, tipificado en una ley) no existe. En el mundo anglosajón no hay una ley de contratos en la que se prevean los distintos “tipos” de relación y se establezca un derecho objetivo de la contratación al que se tiene que someter –principio de legalidad- cada una de las actuaciones singulares, es decir, cada contrato. Y aunque en los últimos años se ha venido reconociendo en el derecho anglosajón una cierta especificidad de los contratos públicos, sigue sin existir hoy una ley que tipifique y regule, con carácter general e imperativo, las actuaciones contractuales, de modo que cada Administración contratante goza de una considerable libertad para fijar el contenido de la relación (aunque no es extraño que para grandes actuaciones o programas se apruebe una Ley *ad hoc* que las regula: caso, en el Reino Unido, de las grandes operaciones privatizadoras)<sup>2</sup>. En ese entorno, los contratos PPP nacen como

---

<sup>2</sup> Hasta 1947, en los Estados Unidos, las normas de contratación no eran derecho objetivo, de obligado cumplimiento, sino puras “*guideposts*”, orientaciones para el funcionario en la redacción del pliego contractual. El Tribunal Supremo entendía que “Como individuos y empresas privadas, el Gobierno goza de la libre autoridad para procurarse los bienes que necesita, para decidir con quién va a contratar y para fijar los términos y condiciones de la relación...”. “Pero como tiene que actuar por necesidad a través de agentes, puede el Gobierno, con objeto de mantener su propia casa en orden (*for the purpose of keeping its own house in order*), sentar algunas directrices (*guideposts*), a través de las cuales deban aquéllos proceder, y crean obligaciones sólo respecto del Gobierno...”. A partir de 1947 se han ido aprobando regulaciones especiales para los contratos de defensa, de la administración

una figura comercial abierta, que hay que perfilar en cada caso. Es obvio que dependiendo de cuál sea la naturaleza del objeto y su funcionalidad, la fórmula utilizada puede ser una u otra: la llamada BOT (*Build-Operate-Transfer*) es decir COT en castellano (Construir-Operar y Transferir) que es la vieja concesión utilizada habitualmente para autopistas, puentes, puertos y aeropuertos o servicios de abastecimiento de agua; o bien puede ser la LDO (*Lease-Develop-Operate*), es decir ADO en castellano (Alquilar-Desarrollar-Operar) que equivale a nuestro viejo arrendamiento de obra y servicio, por el cual el empresario privado se hace cargo de unas instalaciones ya existentes que él se compromete a desarrollar y ampliar reconociéndole la Administración los derechos de explotación del servicio por una serie de años; fórmula utilizada en ocasiones para la mejora y gestión del sistema de alcantarillado y plantas de depuración de aguas, para el mantenimiento y mejora de plazas de toros o teatros municipales, etc. Otras veces se acude a fórmulas de concesión y gestión compartida (BOJ, *Build and Operate Jointly*), en supuestos de prisiones, centros hospitalarios o instalaciones académicas, en los que el empresario privado construye, instala los equipos de apoyo y mantiene el buen funcionamiento de lo construido y parte de sus equipamientos, asumiendo la Administración la prestación directa de los servicios (médico-farmacéuticos, de control y seguridad de las prisiones, de enseñanza y demás actuaciones educativas, etc.). En definitiva, las modalidades y los contenidos contractuales pueden ser variados: tantos como objetos posibles de contratación. Ahora bien, en todos ellos hay que estructurar un sistema de financiación seguro y una asignación de riesgos basada en la eficiencia económica de la operación. Financiación y eficiencia es lo que buscan los PPP's.

#### **4. Marco financiero y asignación de riesgos**

Este es el elemento clave de todo contrato de colaboración público-privada. Se requiere, de entrada, un marco financiero adecuado para atraer la inversión privada, lo cual exige un sistema de retribución del contratista-colaborador bien estructurado, previsto en el contrato y con respaldo en la ley. Naturalmente, esto exige un país –y

---

patrimonial civil, para la NASA o para otras entidades que vinculan a los funcionarios de las Agencias, pero sigue sin existir una legislación general de contratos.

un Gobierno- que cumpla los contratos y respete la ley, con garantía de protección judicial.

En cuanto a las modalidades posibles de financiación, éstas pueden ser muy variadas, públicas, privadas y casi siempre mixtas.

Pueden consistir en cánones o peajes abonados por la Administración por el uso de las obras, equipos o instalaciones realizadas por el contratista, pero también en tarifas abonadas por los usuarios; pueden consistir en subvenciones o ayudas a la construcción, en cesión de bienes públicos o en dotaciones de capital y/o concesión de créditos participativos; una fuente importante de retribución en las grandes infraestructuras (puertos, aeropuertos, autovías, ferrocarriles) en la concesión de zonas complementarias de explotación comercial en régimen de exclusiva. En la última ley española de concesiones, en su artículo 223, puede leerse lo siguiente:

“1. Atendiendo a su finalidad, las obras públicas podrán incluir, además de las superficies que sean precisas según su naturaleza, otras zonas o terrenos para la ejecución de actividades complementarias, comerciales o industriales que sean necesarias o convenientes por la utilidad que prestan a los usuarios de las obras y que sean susceptibles de un aprovechamiento económico diferenciado, tales como establecimientos de hostelería, estaciones de servicio, zonas de ocio, estacionamientos, locales comerciales y otros susceptibles de explotación.

Estas actividades complementarias se implantarán de conformidad con lo establecido en los pliegos generales o particulares que rijan la concesión y, en su caso, con lo determinado en la legislación o el planeamiento urbanístico que resulte de aplicación”.

Ello significa que dentro de la concesión de obra pública se incluyan instalaciones de diversa naturaleza con la finalidad de hacer viable la explotación de aquélla. De forma congruente con esta idea, la explotación de la “Zona complementaria” queda ligada a la concesión de tal forma que los derechos sobre la misma se extinguen cuando ésta finaliza por la causa que sea. Respecto de la retribución en especie (dentro de las modalidades de retribución mixta), la nueva ley española contiene otro precepto que dice así:

“2. Las aportaciones públicas a que se refiere el apartado anterior podrán consistir en aportaciones no dinerarias del órgano de contratación o de cualquier otra Administración con la que exista convenio al efecto, de acuerdo con la valoración de las mismas que se contenga en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Los bienes inmuebles que se entreguen al concesionario se integrarán en el patrimonio afecto a la concesión, destinándose al uso previsto en el proyecto de la obra, y revertirán a la Administración en el momento de su extinción, debiendo respetarse en todo caso lo dispuesto en los planes de ordenación urbanística o sectorial que les afecten”.

Soluciones análogas son aplicables a los contratos de colaboración. Obviamente, aquellos supuestos de retribución que consisten en abonos fijos de cánones, peajes o tarifas reconocidas en el contrato, estos ingresos podrán ser objeto de titulización, con emisión de bonos, obligaciones u otros medios de acceso al mercado de capitales. En todo caso es esta una materia que exige un diseño riguroso y preciso por parte de una entidad financiera, cuya mediación casi siempre acompaña a estas operaciones de inversión. En algunos casos, pueden ajustarse al modelo de “*Project Finance*”, según el cual la financiación se obtiene básicamente con los flujos garantizados de caja que la infraestructura genera y los activos que genera la operación para el contratista (si es que los hay).

Dicho todo lo anterior, hay que añadir a continuación que ni este contrato ni ningún otro puede suponer una garantía de rentabilidad (ni de ingresos mínimos) para el contratista. El socio privado debe asumir los riesgos que son propios de todo empresario. Resultan aplicables al contrato CPP las siguientes palabras que se contienen en la Exposición de Motivos de la ley española de concesiones:

“Reviste importancia capital, para que la concesión de la obra pública conserve sus señas de identidad y pueda ser reconocida como tal, que el concesionario asuma el riesgo de su construcción, conservación y explotación. Evidentemente, en un contrato de larga duración por naturaleza, la asunción del riesgo, ante la imposibilidad de predecir con un margen razonable de error el futuro, no puede transformar el contrato en un negocio aleatorio por lo que en coherencia se impone moderar adecuadamente los límites del riesgo, si se quieren atraer la participación del capital y la iniciativa privadas en inversiones cuyo volumen exige el esfuerzo compartido de los sectores público y privado. Debe destacarse, sin embargo, que la asunción de riesgo en “proporción sustancial” por el concesionario resulta determinante para que el contrato de concesión merezca tal calificación”.

Pues bien, es preciso en estos contratos determinar con precisión esos riesgos y establecer una asignación equilibrada de los mismos, basada en el principio de eficiencia económica (obtener el máximo fruto de los recursos utilizados). Los expertos suelen distinguir tres tipos de riesgos y algunos criterios de asignación, como los siguientes:

- 1) *Riesgos de construcción*, entre los que se incluyen los de proyecto, disconformidades técnicas, incrementos de costes y daños o destrucciones por acontecimientos externos; son los riesgos que se incluían en el clásico contrato de obra, que en principio asumía el contratista con limitaciones (reformados, revisión de precios, fuerza

mayor). A ello me referí el pasado año en mi conferencia en este mismo foro.

- 2) *Riesgos de disponibilidad*, que supone la asunción de un nivel de cumplimiento de las prestaciones comprometidas en volumen y calidad preestablecida, vinculando los pagos a esos niveles de cumplimiento y reduciéndolos en caso contrario, pudiendo llegar a la resolución del contrato. Es éste un riesgo que debe asumir el contratista.
- 3) *Riesgos comerciales o de demanda*, que son aquellos vinculados a la variación en esta última respecto a la prevista en el contrato, siempre que ésta sea exógena a las partes, no derivada del comportamiento o de las actuaciones de una de ellas; el riesgo de demanda puede proceder de cambios en el ciclo económico, una grave alteración de precios del combustible, nuevas tendencias en el mercado, obsolescencia tecnológica o cualquier otra causa. Este tipo de riesgo, que en muchos casos se podría encuadrar dentro del tradicionalmente llamado “riesgo imprevisible”, suele distribuirse entre las partes, en función de su causa y su cuantía.
- 4) *Riesgos derivados de cambios en las políticas públicas o en el marco legal*. Estos riesgos son imputables a la Administración y deben ser asumidos por ésta. El contratista tiene derecho al mantenimiento y la estabilidad de las condiciones pactadas (o implícitas) en el desarrollo del contrato. Son los supuestos tradicionalmente conocidos en la contratación administrativa como “*factum principis*” o “*ius variandi*”, de los que siempre ha respondido la Administración.

Hasta aquí lo que creo constituye uno de los puntos neurálgicos de todo contrato de colaboración público-privada la asignación de financiación y riesgos. Debemos examinar a continuación cómo se llega a él y cuál puede ser su régimen jurídico de base en lo no expresamente previsto por las partes.

## 5. El camino hacia el PPP: preparación y adjudicación de estos contratos

Hemos visto ya que esta modalidad contractual está presidida por dos ideas: la idea de “complejidad” como nota distintiva de las prestaciones que se contratan y la idea de “actuación global” (o integrada). La primera de ellas se reitera en la Exposición de Motivos de la Ley española cuando en su apartado 5, se dice:

“La Ley viene, finalmente, a tipificar normativamente los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, como nuevas figuras contractuales que podrán utilizarse para la obtención de *prestaciones complejas o afectadas de una cierta indeterminación inicial*”.

A la misma conclusión se aboca cuando vemos que el artículo 118 prescribe, con carácter previo a la iniciación del expediente de contratación, la elaboración de un documento de evaluación en el que se justifique la “complejidad del contrato, habida cuenta de la cual, no se está en condiciones de definir su contenido”.

Es ésta una realidad condicionante del proceso de gestación de estos contratos, respecto de los cuales la Administración debe antes que nada justificar su necesidad es decir, acreditar que su objetivo no se puede lograr a través de ninguna otra modalidad contractual. La doctrina ha destacado<sup>3</sup> que este contrato exige una evaluación previa de su necesidad: la Administración debe acreditar la conveniencia de satisfacer determinadas necesidades públicas, justificar que carece de capacidad de definir los medios técnicos necesarios, así como los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato; debe hacer un análisis comparativo con otras posibles formas de obtención del objetivo, justificando que la forma de colaboración maximiza el valor por unidad de gasto. A partir de esta evaluación se elaborará un programa funcional, en los términos que recoge la ley.

Vale la pena transcribir aquí en su integridad el texto de los artículos 118 y 119 de la LCSP, que regulan esta materia en los siguientes términos:

---

<sup>3</sup> F.J. Serrano Núñez, “La colaboración público-privada (C.P.P.) y el desarrollo tecnológico”, en Anales de Mecánica y Electricidad, ICAI. Madrid, octubre de 2007, páginas 3 y siguientes.

### **“Artículo 118. Evaluación previa**

1.- Con carácter previo a la iniciación de un expediente de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, la Administración contratante deberá elaborar un documento de evaluación en que se ponga de manifiesto 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 o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato, y se efectúe un 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 esa fórmula de contratación.

2.- La evaluación a que se refiere el apartado anterior podrá justificar la elección de esta fórmula de contratación en la concurrencia de razones de urgencia no imputables a la Administración contratante que aconsejen utilizar el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para atender las necesidades públicas. En este supuesto la evaluación se realizará de forma sucinta.

3.- La evaluación será realizada por un órgano colegiado donde se integren expertos con cualificación suficiente en la materia sobre la que versa el contrato”.

### **“Artículo 119. Programa funcional**

El órgano de contratación, a la vista de los resultados de la evaluación a que se refiere el artículo anterior, elaborará un programa funcional que contendrá los elementos básicos que informarán el diálogo con los contratistas y que se incluirá en el documento descriptivo del contrato. Particularmente, se identificará en el programa funcional la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que deben incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas al diálogo competitivo, y los criterios de adjudicación del contrato”.

Como hemos dicho, el contrato CPP se reserva para objetos o fines en los que no le es posible a la Administración definir con precisión su contenido por tratarse de una actuación global e integrada (es decir, que incorpora tareas múltiples). Ello implica que el contratista es llamado a participar en el diseño y elaboración del contrato, lo que significa que el contratista-colaborador asume funciones que de ordinario corresponden a la Administración. Ésta se limita a hacerle presente su “necesidad pública” y se compromete a abonarle el precio o compensación que resulte de la definición de las tareas a la que finalmente se llegue. Si tal es el planteamiento, resulta lógico que el sistema de adjudicación de este tipo de contrato no sea el concurso ordinario de las obras y servicios públicos, sino esa moderna forma de adjudicación llamada “Diálogo competitivo”, nuevo sistema introducido en el derecho europeo por la Directiva 2004/18/CE, que pasamos brevemente a exponer.

## **6. El “diálogo competitivo” como forma de adjudicación**

Frente al tradicional unilateralismo –y hermetismo- en la preparación del contrato, se trata ahora de articular, desde el primer momento, un diálogo entre la Administración y las posibles contratistas, a través del cual queden definidos los múltiples aspectos del contrato: proyecto y prescripciones técnicas, virtualidades o capacidades que se quieren adquirir, mecanismos posibles de financiación, formas y plazos de pago. En muchos casos, puede ocurrir que la Administración no sepa de antemano cuál es la mejor solución técnica para conseguir los fines que pretende, especialmente en los contratos complejos de obras, servicios y suministros con nuevas tecnologías; resulta necesario, entonces, una discusión de las condiciones de ejecución del contrato y un diálogo entre la Administración contratante y los licitadores.

Una vez elegidas las soluciones más adecuadas y cuando el órgano de contratación entienda que ha llegado a la solución óptima en todos los aspectos, se inicia una segunda fase, en la que se invita a los licitadores admitidos –todos los que participaron en el diálogo- a que presenten su oferta final basada en la solución previamente definida. En esta licitación participan tanto los que aportaron las soluciones técnicas seleccionadas como los que no acertaron en sus propuestas.

Finalmente, la Administración adjudicará el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, no sólo por razón del precio, sino en su conjunto, pudiendo ser reembolsados por sus trabajos aquellos licitadores que contribuyeron al diseño del contrato y no han resultado adjudicatarios del mismo. Vale la pena también en este punto transcribir los textos de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, que perfila con precisión este sistema de adjudicación en los términos siguientes:

“1.- El diálogo competitivo es un procedimiento en el que todo operador económico puede solicitar su participación y en el que el poder adjudicador dirige un diálogo con los candidatos admitidos a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades, soluciones que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta.

A efectos del recurso al procedimiento mencionado en el párrafo primero, un contrato público se considerará “particularmente complejo” cuando el poder adjudicador:



- no se encuentre objetivamente capacitado para definir los medios técnicos, con arreglo a las letras b), c) ó d) del apartado 3 del artículo 23, aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos y/o

- no se encuentre objetivamente capacitado para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto.

2.- Los poderes adjudicadores 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.

3.- Los poderes adjudicadores llevarán a cabo, con los candidatos seleccionados de conformidad con las disposiciones de los artículos 44 a 52, un diálogo cuyo objetivo será determinar y definir los medios adecuados para satisfacer lo mejor posible sus necesidades. En el transcurso de dicho diálogo, podrán debatir todos los aspectos del contrato con los candidatos seleccionados.

Durante el diálogo, los poderes adjudicadores darán un trato igual a todos los licitadores. En particular no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores, con respecto al resto.

Los poderes adjudicadores no podrán revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éste les comunique sin previo acuerdo de éste.

4.- Los poderes adjudicadores podrán establecer que el procedimiento se desarrolle en fases sucesivas a fin de reducir el número de soluciones que han de examinarse durante la fase del diálogo, aplicando los criterios de adjudicación indicados en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo. En el anuncio de licitación o en el documento descriptivo se indicará si se va a hacer uso de esta facultad.

5.- El poder adjudicador proseguirá este diálogo hasta que esté en condiciones de determinar, después de compararlas si es preciso, las soluciones que puedan responder a sus necesidades.

6.- Tras haber declarado cerrado el diálogo y haber informado de ello a todos los participantes, los poderes adjudicadores les invitarán a que presenten su oferta final, basada en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante la fase de diálogo. Dichas ofertas deberán incluir todos los elementos requeridos y necesarios para la realización del proyecto.

A petición del poder adjudicador, dichas ofertas podrán aclararse y precisarse. No obstante, estas precisiones, aclaraciones o elementos complementarios no podrán modificar elementos fundamentales de la oferta o de la licitación, cuya variación pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio.

7.- Los poderes adjudicadores evaluarán las ofertas presentadas por los licitadores en función de los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo y seleccionarán la oferta económicamente más ventajosa de acuerdo con el artículo 53.

A petición del poder adjudicador, el licitador cuya oferta se considere económicamente más ventajosa podrá verse obligado a aclarar aspectos de su oferta o confirmar los compromisos que en ella figuran, siempre que ello no modifique elementos sustanciales de la oferta o de la licitación ni falsee la competencia o tenga un efecto discriminatorio.

8.- Los poderes adjudicadores podrán prever premios y pagos para los participantes en el diálogo”.

Tal y como se ve en el texto citado, este procedimiento de adjudicación consta de dos fases claramente diferenciadas: la de diálogo, cuya finalidad consiste en precisar o determinar el contrato que ha de celebrar el *“poder adjudicador”*; y la licitación, en la que todos intervinientes en la primera fase son invitados por la Administración a que presenten sus ofertas finales, basadas *“en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante la fase de diálogo”*; finalmente la Administración adjudica el contrato a la más ventajosa o conveniente para el interés público. Ello significa que este nuevo procedimiento de adjudicación, además de tener la finalidad que naturalmente corresponde a todo procedimiento de adjudicación, cumple una segunda finalidad, de carácter previo y condicionante de la anterior, consistente en configurar el contrato que ha de celebrar el *“poder adjudicador”*, algo que nunca ha formado parte de los procedimientos de selección hasta ahora existentes. Conforme a la legislación hasta ahora vigente, la finalidad que en el *“diálogo competitivo”* persigue la fase de diálogo era conseguida por la Administración mediante la celebración de un contrato independiente, de consultoría y asistencia, previo al de ejecución de la solución técnica obtenida con el mismo. Precisamente por ello es por lo que el artículo 29.8 de la Directiva 2004/18/CE establece que *“los poderes adjudicadores podrán prever premios y pagos para los participantes en el diálogo”*.

Por tanto, puede afirmarse que mediante el empleo del *“diálogo competitivo”* se acumulan en un único contrato los objetivos que tradicionalmente han dado lugar a dos contratos distintos. Ello supone un ahorro de tiempo y de dinero para la Administración (se lleva a cabo sólo un expediente de contratación y un procedimiento de adjudicación, en el que los *“premios y pagos a los participantes en el diálogo”* serán siempre inferiores al precio de un contrato de consultoría independiente). Implica también que sólo pueden concurrir al *“diálogo competitivo”* aquellos empresarios capacitados, no sólo para ofrecer a la Administración la solución a adoptar, que sería lo típico del contrato de consultoría y asistencia, sino también para ejecutarla. Con lo cual las empresas que sean meramente consultoras o meramente ejecutoras de proyectos nunca podrán tener acceso a los contratos que se celebren por este procedimiento de adjudicación. Sólo podrán acudir a los mismos las empresas que cuenten con los medios precisos para llevar a cabo ambos objetivos, es decir, que sean capaces de asumir y realizar la solución que ellas mismas

propongan a la Administración. Y ello, naturalmente, resulta especialmente trascendente a la hora de precisar el sentido que tiene este novedoso procedimiento de adjudicación, así como su empleo por las Administraciones Públicas.

## 7. El intento, frustrado de tipificación legal en la LCSP

La nueva Ley española ha tratado de configurar esta modalidad contractual del PPP como un nuevo tipo de contrato “nominado”, es decir, identificado y tipificado en la norma con un régimen legal específico (como hasta ahora lo eran el contrato de obra, la concesión de obra y servicio, el contrato de suministro, el arrendamiento o el concierto). Pero esta tipificación no ha sido posible y, por tanto, la definición de un régimen jurídico de fondo, que, en lo no previsto válidamente en el Pliego, regule las obligaciones y derechos de las partes, tampoco existe.

En efecto, cuando uno recorre el articulado de la ley que se refiere a este contrato, se encuentra con que en él se describen las características de las tareas a que se aplica esta figura, las condiciones que debe reunir el supuesto de hecho, la política contractual a seguir, los procedimientos de adjudicación a aplicar, el carácter subsidiario de esta modalidad (en defecto de otros contratos típicos preferentes, que se utilizarán siempre que sea posible) y así otros elementos descriptivos del mismo. Pero no se ve por ningún lado el régimen jurídico de fondo que preside estos contratos (cosa que sí contiene la Ley para los demás contratos típicos o nominados). Así se aprecia en el artículo 11 de la Ley, que dice así:

“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 período 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 **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 prestados.
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”.

Esta definición (intento frustrado de tipificación) resulta en verdad confusa por la amplitud y variedad de objetos que contiene y la multiplicidad de posibles tareas a realizar por el contratista colaborador, a saber: obras, suministros, fabricación, mantenimiento, diseño y proyección de servicios, financiación necesaria, así como “otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general...”. ¡Ahí es nada!. Resulta imposible definir un régimen jurídico unitario –y en eso consiste una tipificación legal- para tal conjunto de actividades. El artículo se limita a decir que el contrato tendrá *un plazo* que describe como “un período indeterminado en función de las inversiones”; (otro artículo nos aclarará más adelante que ¡entre 20 y 40 años!, según los casos) y *un precio* (tampoco nos dice en qué consiste). El resto de artículos que a lo largo de la ley se refieren a esta figura no nos aclara demasiado: así, el artículo 118 impone como hemos visto documento de evaluación, el 120 especifica los aspectos que deberán ser previstos en el clausulado del contrato, sin imponer demasiadas soluciones ni criterios sobre ellos, lo que deja de nuevo en blanco la regulación de fondo en lo no pactado expresamente; el 164.3 se refiere al procedimiento de adjudicación, ya explicado; y el 199 en el marco de una referencia genérica al principio de riesgo y ventura, establece que en esta materia se estará “a lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado (pactos o cláusulas en los que se articule el reparto de riesgos). Y eso es todo.

Pero hay dos preceptos que nos revelan la clave de la cuestión: el artículo 289 y el apartado letra m) del artículo 120, que dicen así:

“Artículo 289. Régimen jurídico

Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado **se regirán** por las normas generales contenidas en el título I del presente libro y **por las especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal** de aquél, identificada conforme a lo dispuesto en el artículo 120.a),

en lo que no se opongan a su naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar conforme al artículo 11.

Estas normas delimitarán los deberes y derechos de las partes y las prerrogativas de la Administración”.

“Artículo 120. Clausulado del contrato

...

m) Referencia a las condiciones generales y, cuando sea procedente, a **las especiales que sean pertinentes en función de la naturaleza de las prestaciones principales**, que la ley establece respecto a las prerrogativas de la administración y a la ejecución, modificación y extinción de los contratos”.

Ambos preceptos establecen la fijación de su régimen jurídico por referencia a aquel contrato típico (contrato de obra, concesión de obra, fabricación, gestión de servicio, suministro, contrato de servicios, concierto o cualquier otro) cuyo objeto se corresponda con la prestación principal. Dado que en el contrato de colaboración admite distintas prestaciones y que en un mismo contrato pueden englobarse varias de ellas de distinto tipo (por ejemplo, diseño, fabricación, mantenimiento y gestión de instalaciones o equipos, construcción y explotación de una obra, fabricación con suministro periódico de unos bienes o construcción y explotación conjunta de una determinada infraestructura), el operador jurídico –la Administración, el contratista o el Juez- deberá identificar en cada contrato cual es la prestación principal y como ha sido ésta configurada en el Pliego de Condiciones. A la vista de ello deberá elegir el “tipo” legal de contrato que más se ajusta a dicha prestación y ése será el que determine el régimen legal de fondo aplicable al contrato de colaboración (en lo no previsto expresamente por las partes, claro es).

La doctrina se ha preguntado si dado el tipo de tareas y objetivos del contrato CPP no podríamos considerar la concesión como el marco jurídico básico, genérico, del mismo, configurando aquél como una especie de “concesión evolucionada”, a la que se asimilaría. A esta cuestión hay que responder negativamente porque el CPP, por hipótesis, es de contenido variable y por lo mismo resulta intipificable (dentro de él caben muchas cosas). Ciertamente, en la medida en que el principal objeto o prestación de muchos CPP puede ser la construcción, instalación y/o explotación de una obra con o sin prestación directa posterior de un servicio al público (o a la Administración) el régimen jurídico de fondo aplicable a esos CPP será el concesional (de obra o de servicio, con o sin obra previa). Pero en otros casos ello no será así; la

prestación contratada será distinta y habrá que identificar la prestación principal y el tipo de contrato al que se asimila. En cualquier caso, sin embargo, tendríamos que preguntarnos por qué en lugar de configurar y tramitar un CPP en la forma explicada, no se ha acudido directamente a la concesión, el arrendamiento o el concierto, tal como éstos están tipificados en la ley. Sobre ellos tenemos larga experiencia y hasta el momento ha funcionado bastante bien, tanto en la Administración estatal como en la Administración provincial o municipal. De ser así, el PPP, más que un avance constituiría un retroceso.

Según los defensores de esta figura, la razón que viene a justificar de los CPP es que los contratos “típicos” (tipificados rígidamente en la Ley) no resultan suficientemente abiertos y flexibles para englobar proyectos complejos en los que se combinen múltiples prestaciones, algunas de las cuales pueden ser ajenas al “tipo” legal o concesional (por ejemplo, el ordenamiento jurídico puede excluir de la concesión de obra la prestación posterior del servicio al ciudadano; o el suministro de material en exclusiva, una vez que la obra ha sido concluida (separación de infraestructuras y servicios). En tal caso, la aplicación del “tipo” legal sería imposible y quedaría justificada la instrumentación de una CPP, incorporando en un solo contrato todas las prestaciones. En estos casos, no obstante, parece razonable pensar que a la prestación básica de “construcción y explotación de la obra o instalación de que se trate (una autovía, una red ferroviaria, una presa o una planta de desalación de agua) deberíamos aplicarle como régimen jurídico básico el de la concesión de obra y a las prestaciones subsiguientes (el abastecimiento de agua, el transporte ferroviario o el suministro de energía eléctrica) el régimen jurídico que corresponda.

Estos contratos CPP plantean, así, toda la problemática de los contratos mixtos, para los cuales el antiguo artículo 6 de la LCAP y el actual artículo 12 de la LCSP consagraban el criterio siguiente: *“Cuando un contrato administrativo contenga prestaciones correspondientes a otro u otros administrativos de distinta clase se atenderá, para su calificación y aplicación de las normas que lo regulen, el carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico”* (artículo 6); la nueva Ley reitera el criterio pero referido sólo a *“las normas que deban observarse en su adjudicación”*, lo que deja fuera el régimen jurídico de fondo del contrato. El criterio parece claro pero no lo es tanto, pues por definición, si el contrato consiste en la construcción y

posterior explotación de una obra o servicio, ambas actividades tienen que ser económicamente equivalentes: son la prestación y contraprestación, cuyo valor tenderá a igualarse.

La nueva ley española de contratos ha querido huir de la figura del contrato mixto y diferenciar claramente la concesión de obra de la concesión de servicio (de gestión de un servicio público), recuperando la primera en cuanto tal, pues, casi había desaparecido de nuestro ordenamiento, absorbida por la de servicio público. Las leyes sectoriales –de agua, de transporte, de gas y electricidad, de telecomunicaciones- habían diseñado una concesión mixta de obra y servicio público, que formaban siempre una *unidad funcional*, de proyecto y actividad, que hacía desaparecer la obra como tal (era sólo el presupuesto necesario del servicio). Frente a esa configuración legal, que preside todavía nuestra legislación local, la nueva LCSP ha querido dejar clara la diferencia entre las concesiones de obra y las de servicio público; en las primeras se trata de explotar las obras **que sean necesarias** para la prestación de un servicio público pero esa explotación no constituye la prestación directa del servicio. Este aspecto es claramente apreciable en el caso de los ferrocarriles: una cosa es la construcción y explotación de la infraestructura (cobrando a los prestadores del transporte mediante peajes) y otra muy diferente la prestación del servicio público de transporte. Así pues, sólo estaremos en presencia de una concesión de obra cuando se construya una infraestructura ferroviaria (o de otro tipo) y no se preste el posterior servicio de transporte (o del tipo que sea) sino que el concesionario se limite a explotar la infraestructura cobrando peajes a quienes presten el servicio. De idéntica forma sucede cuando se construye un hospital, una residencia, un puerto, una cárcel o cualquier otra infraestructura.

La diferencia legal entre ambos contratos se expresa en la nueva ley del siguiente modo:

a) Concesión de obra: artículo 7.1.:

**“La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6 (es decir, la construcción de obras) incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el**

**derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio”.**

b) Concesión de servicios: artículo 8.1.

**“El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendada”.**

El texto marca la diferencia entre ambas concesiones: en la primera (concesión de obra) el concesionario no presta servicio “al público” directamente, sino que explotan la obra cobrando un peaje al prestador de aquél, que actúa como intermediario entre la obra y el servicio. Este intermediario puede ser otro concesionario (ésta vez de servicio sin obra) o simplemente la Administración que asume directamente la prestación, en el supuesto de actividades públicas o sociales (prisiones, universidades, hospitales).

Ciertamente, la ley admite que el segundo tipo concesional –la concesión de servicio- lleve consigo la realización de obra previa. Así se desprende de los artículos 254 y 255 de la LCSP, lo que constituye un resto o herencia de la vieja ley en la nueva. El problema puede surgir a la hora de determinar si en estos casos nos encontramos ante un contrato único, en el que el servicio absorbe a la obra y se aplica exclusivamente el régimen jurídico de éste (es decir, del contrato de gestión de servicios) o si por el contrario estamos ante un contrato mixto, en el que se fusionan dos prestaciones, pero aplicando a cada una de ellas su régimen propio y específico, como parece desprenderse de los artículos 25.2 y 99.2 de la LCSP que dicen así:

“Artículo 25.2

Sólo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante”.

No caben mixturas artificiales, sólo aquéllas de las que pueda predicarse una “unidad funcional”. Pero el artículo 99.2 añade lo siguiente:

**“En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos”.**



Es decir, que a cada una de las prestaciones del contrato mixto se le aplicarán las normas que corresponden a ese “tipo contractual” (el contrato de obra o la gestión de servicios), reflejando en los Pliegos la regulación legal correspondiente a cada uno de los contratos que se fusionan.

¿Cuál puede ser el criterio para definir si estamos ante un contrato unitario (con unidad de régimen jurídico) o ante un contrato mixto (con duplicidad de régimen jurídico). A mi juicio –siguiendo al Profesor Villar-, un buen criterio sería el de la entidad e importancia de la obra a realizar. Escribe el citado profesor:

“En las concesiones de servicio público con realización de obra ésta no puede consistir en la totalidad de la infraestructura que soporta el servicio público porque en tales casos la regulación de las concesiones de obra pública parece mucho más adecuada (en la medida en que existe una regulación de la fase relativa a la construcción de la obra que no existe en la gestión de servicios públicos). ¿Cómo establecer, entonces, la frontera entre una clase y otra de contratos?. A nuestro juicio, y a expensas de un análisis mucho más detenido de la cuestión, sería necesario diferenciar los supuestos en los que la obra a realizar por el concesionario implica toda la infraestructura del servicio de aquellos otros en que hay una infraestructura preexistente que sólo tiene que ser completada por el concesionario (como sucede, muy frecuentemente, en el suministro de agua a poblaciones). En este último caso –cuando el peso económico de la obra a realizar no afecta a toda la infraestructura del servicio- sería aplicable el contrato de gestión de servicios públicos, mientras que en los supuestos como el que ahora nos ocupa, la figura adecuada sería el contrato mixto de concesión de obra pública y de servicio público”<sup>4</sup>.

## 8. Resumen y conclusión. Teoría del “envoltorio”

Era necesario explicar todo lo anterior para volver a plantear la cuestión de si el contrato CPP viene a constituir, en verdad, una nueva figura, un nuevo tipo o modalidad contractual, tal como la ley parece entenderlo o si por el contrario es un puro “*nomen iuris*”, detrás del cual se ocultan otras figuras jurídicas, básicamente la concesión. Es decir, nada nuevo<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> J.L. Villar Ezcurra, “*El marco contractual adecuado para las concesiones de servicios urbanos de Metro, Metro ligero, tranvías y trenes ligeros*”, en *Revista de Obras Públicas*, 2008/nº 3, páginas 57 a 66.

<sup>5</sup> El Profesor Villar Ezcurra se ha mostrado muy crítico con los contratos CPP y también el gran jurista español Felipe Castresana, que lo ha estudiado detenidamente. Vid., del primero su trabajo “*El marco contractual adecuado*”, cit. páginas 63 a 66. Del segundo, el libro colectivo sobre el tema editado por Simmons and Simmons, “*PPP, Development and Opportunities in Spain*”, Chapter 24, páginas 495 a 524.

La doctrina española, en general, se ha mostrado muy crítica con ese nuevo tipo de contrato, o mejor dicho, con la forma en que la LCSP ha querido configurarlo. Los economistas y analistas financieros –servicios de estudios de los bancos- son más benévolo<sup>6</sup>. En mi opinión, detrás de esta figura hay desde luego un nuevo diseño, valioso, aunque difícil de instrumentar, de política contractual, que se refleja en la descripción antes vista del artículo 11. Pero no hay, en rigor un nuevo “tipo jurídico” sino que el CPP es un “envoltorio” –como lo ha calificado José Luis Villar- en el que caben distintos tipos de contratos. “Nuestro país –escribe- no necesitaba para nada la implantación de los denominados contratos PPP porque esto ya se encontraba reconocido en las formas contractuales existentes en el TRLCAP”. Estas formas eran básicamente la concesión, la empresa mixta y el concierto. Todas las características o modalidades de PPP podían englobarse en alguna de esas formas, junto al arrendamiento operativo. ¿Para qué crear una nueva forma, qué es imposible definir, porque en realidad se trata de un mero envoltorio, dentro del cual pueden aparecer distintas figuras con distinto régimen jurídico?. Tal es la crítica, sin duda certera, que le formula el Profesor Villar.

Pero ello no nos debe llevar a condenar completamente el intento, que ha venido a abrir un nuevo cauce a proyectos difíciles de encajar, por su complejidad y su dificultad, en los “tipos” tradicionales de contratos, tal como hemos explicado páginas atrás. Ante las dificultades de la Administración para definir –y sobre todo para financiar- grandes proyectos de transformación y mejora de los servicios, de reestructuración territorial o urbana, o de infraestructuras del transporte, esta nueva figura puede suponer una posibilidad abierta para cortar el traje a la medida, lo que explica la utilización del “Diálogo competitivo” para su adjudicación.

Ahora bien, tampoco podemos ignorar el peligro que ello encierra, que es la libertad excesiva que otorga a las Administraciones públicas en su diseño, lo cual se pone de manifiesto con la simple lectura del artículo 120 de la LCSP, en donde se contiene una relación pormenorizada de los aspectos y extremos a prever en sus

---

<sup>6</sup> Vid. entre otros el largo y cuidado trabajo de Adolfo Fuertes Fernández en “*Fundamentos de la Colaboración Público-Privada para dotación de infraestructuras y servicios*”. En REDETI, nº 29 (2007), páginas 37 a 125.

cláusulas en régimen casi total de libertad de pactos. Al amparo de ésta, pueden regularse en el contrato cualesquiera riesgos y remuneraciones lo que genera para la Administración unos niveles de incertidumbre poco recomendables.

Estas son, hoy por hoy, las consideraciones que podemos formular desde España a la figura de la *Public Private Partnership*.

Madrid, 19 de septiembre de 2008