

# Instrumentos contractuales de Colaboración Público-Privada para la Provisión de Infraestructuras Públicas en el Derecho Español

Mariano Magide<sup>1 2</sup>

## SUMARIO

I. El interés del Modelo Español. II. Una Advertencia necesaria para Juristas. III. Modelos Contractuales Que Han Canalizado Tradicionalmente La Colaboración Público-Privada En El Ordenamiento Jurídico Español. IV. Nuevas Categorías de Proyectos. El Renacimiento de la Concesión De Obra Pública. V. El Escasamente Exitoso Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado. VI. Perspectivas.

## PALABRAS CLAVE

Colaboración público-privada, derecho comunitario, infraestructura, infraestructura pública

## KEYWORDS

Public-private partnership, community law, public infrastructure

## RESUMEN

En las siguientes líneas, el autor nos remite a la regulación que el Derecho español hace de la colaboración entre el sector público y el privado para la provisión de infraestructuras públicas.

## ABSTRACT

In the following lines, the author refers us to the regulation that the spanish law makes of the collaboration between the public and the private sector for the provision of public infrastructures.

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid. Profesionalmente, ejerce como Abogado de Uría Menéndez, en el Área de Derecho Público y Procesal. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid.

<sup>2</sup> Abreviaturas:

- **TRLCS**P: Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre de 2011.
- **Proyecto de LCS**P: Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.
- **Ley 13/2003**: Ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas, de 23 de mayo.
- **TRLC**AP: Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio de 2000.

## I. El Interés Del Modelo Español

En una colaboración como ésta, resulta necesario plantearse como punto de partida si la regulación que el Derecho español hace de la colaboración entre el sector público y el privado para la provisión de infraestructuras públicas puede resultar interesante para lectores mayoritariamente peruanos. La respuesta, a mi entender, es positiva y espero que estas páginas respondan a esa impresión.

Como se examinará, este tipo de colaboración no es un fenómeno de las últimas décadas, ni siquiera del siglo pasado. Sí es cierto, no obstante, que ha tenido un auge especial a partir de finales de los años noventa. Desde entonces, con fórmulas de colaboración público-privada, se han construido en España importantes infraestructuras de transporte (carreteras, ferrocarriles urbanos e interurbanos, terminales portuarias, etc.) y sociales (hospitales, escuelas o prisiones, por ejemplo). Ello ha permitido acuñar una importante experiencia tanto a las Administraciones públicas como a los agentes privados: constructores, operadores y financiadores, que están en posición de exportar esa experiencia y lo están haciendo en Latinoamérica. Esa experiencia de éxito es un primer motivo para atender al modelo español.

Pero también lo son los errores que han podido detectarse en ese modelo y los retos que esos errores plantean.

En efecto, no todo han sido éxitos. Algunos de los problemas que han aquejado al modelo son en buena parte coyunturales y muy propios de las exigencias que el Derecho de la Unión Europea impone a los Estados miembros de la zona euro. Otros tienen una naturaleza más general y por eso pueden ser ilustrativos para quienes se mueven en ordenamientos distintos del español.

Entre los coyunturales, debe hacerse referencia, en primer lugar, al interés de las Administraciones públicas de que la financiación de un determinado proyecto no se contabilizase como deuda pública a los efectos de calcular el endeudamiento máximo que los Estados de la zona euro pueden asumir de acuerdo con la normativa de la Unión Europea. De conformidad con las normas comunitarias y las directrices de Eurostat (la entidad de la Unión Europea a cargo de las estadísticas de la Unión), si los contratos de colaboración público-privada cumplen determinadas características (simplificando mucho, si transmiten la mayoría de los riesgos relativos a la construcción y explotación de la infraestructura al contratista privado) la deuda contraída para la promoción de la infraestructura se considera que no es deuda de la Administración contratante.

Este condicionante estadístico-presupuestario ha conducido, en algunos casos, a las Administraciones públicas españolas a optar por este tipo de fórmulas en casos en los que no eran probablemente las más eficientes o a promover infraestructuras que no eran probablemente necesarias. Si a estos incentivos se une la enorme liquidez que existió en los mercados hasta el estallido de la crisis financiera que ha asolado Europa, es fácil entender algunos excesos cometidos en el modelo español, que se han plasmado en alguna autopista sin coches y algún aeropuerto sin aviones.

Entre los problemas más generalizables pueden señalarse dos, uno de raíz política pero con implicaciones jurídicas y otro propiamente jurídico. Estos modelos pueden ser una poderosa tentación para los responsables políticos sometidos al ciclo electoral. Y ello porque permiten poner en pie una infraestructura que puede concederles réditos

electorales sin necesidad de detraer dinero del presupuesto público para otros fines, bien porque sean los futuros usuarios los que paguen la infraestructura o, más tentador aún, futuros Gobiernos cuando el pago de la explotación de la obra se realice por la propia Administración. Esa tentación no debe obligar, en modo alguno, a renunciar a estas formulas de colaboración público-privada, pero sí ha de conducir a establecer controles a la hora de adjudicar este tipo de proyectos, destinados a intentar asegurar la eficiencia de la fórmula contractual elegida.

En segundo de los problemas es que la crisis, en España, ha puesto a prueba en ocasiones un elemento absolutamente esencial para que la colaboración público-privada funcione: la seguridad jurídica. Seguridad que significa previsibilidad y claridad en la regulación legal y contractual aplicable en cada caso, y existencia de un sistema de resolución de conflictos rápido y fiable. No es que esa seguridad no exista en el sistema español, ni mucho menos, pero los problemas por los que han atravesado algunos de estos proyectos en los años de la crisis (quiebras de empresas concesionarias, conflictos entre la Administración y su contraparte privada, refinanciaciones) han puesto de manifiesto el papel esencial de esa seguridad jurídica.

El éxito del modelo y sus problemas, y la necesidad de seguir contando con al colaboración y financiación privada para la construcción y mantenimiento de nuestras infraestructuras en el actual escenario de restricción del gasto público, hace que este sea un momento de reflexión en España sobre nuestro modelo de colaboración público-privada. Más aún cuando la trasposición de las últimas Directivas comunitarias en materia de contratación pública, y específicamente de concesiones públicas, dará lugar en el próximo año, muy probablemente, a una reforma de nuestro actual marco legal. Espero que este momento y ese tipo de reflexiones puedan ser también de interés para el lector peruano.

## II. Una Advertencia Necesaria Para Juristas

Desde una perspectiva jurídica, resulta fundamental partir de la toma de conciencia de que lo que normalmente se ha dado en llamar colaboración público-privada no es, propiamente, un concepto jurídico, sino un tipo de política pública o un modo de gestión, consistente en la colaboración de un socio privado en la ejecución, financiación y gestión de infraestructuras, equipamientos, servicios o suministros públicos<sup>3</sup>.

Tener esta idea en cuenta es útil. En el pasado, sobre todo en el momento en que la noción de colaboración público privada comenzó a tomar fuerza a partir de los años noventa, habría evitado la confusión de considerar que estábamos ante una radical novedad jurídica, extraña a nuestra tradición legal. En el presente, evitaría considerar que, cuando hablamos de este tipo de instrumento de gestión pública, nos referimos necesariamente a modelos contractuales relativamente nuevos, como ocurre en España con el contrato de colaboración entre el sector público y privado alumbrado con escaso éxito por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuyo texto

---

<sup>3</sup> En este sentido, aproximadamente, define la Comisión Europea la colaboración público-privada en su *Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, de 30 de abril de 2004 (COM/2004/327 Final), en el que se describe aquella como las “*diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio*” (Apartado 1.1).

refundido, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 3/2001 de 14 de noviembre, define en lo fundamental el marco legal al que se va a hacer referencia en este artículo. Antes y ahora, nos obliga a centrarnos en la labor que corresponde a cualquier jurista, práctico o teórico: valorar qué instrumentos jurídicos (contractuales, en este caso) son los que mejor permiten poner en práctica un determinado proyecto de colaboración entre distintos intereses y, si ese instrumento no existe a disposición de los aplicadores del Derecho, cómo contribuir a crearlo.

### III. Modelos Contractuales Que Han Canalizado Tradicionalmente La Colaboración Público-Privada En El Ordenamiento Jurídico Español

Desde la perspectiva que se ha dejado expuesta, es fácil constatar que la colaboración público-privada es una vieja política pública, y su reflejo claro en la contratación de la Administración se puede rastrear, sin necesidad de remitirse a precedentes más remotos, en los contratos de concesión de obras públicas que, desde el siglo XIX, permitieron la creación de buena parte de la actual red de ferrocarriles española. Pero no solo la concesión de obras públicas, de irregular aplicación durante el siglo XX, ha sido un instrumento contractual habitual para la canalización de proyectos de colaboración público-privada. En general, podríamos hablar de los siguientes contratos administrativos típicos<sup>4</sup>:

- (i) **Concesión de obras públicas.** En su versión tradicional en nuestro Derecho, es un contrato mediante el cual el concesionario construye una obra pública y se le retribuye a través del derecho a explotarla, a su riesgo y ventura, durante el período concesional, lo que tradicionalmente significaba el cobro de un precio o peaje a los usuarios<sup>5</sup>. Como se verá más adelante, este concepto clave de explotación se vio sustancialmente ampliado en la regulación de este contrato aprobada en el año 2003.
- (ii) **Concesión de gestión de servicio público.** Contrato mediante el cual la Administración titular de un servicio le adjudica su gestión a un particular para que éste lo explote a su riesgo y ventura, siendo retribuido por ello por los usuarios o por la propia Administración, o por una combinación de ambos sistemas (confróntense, actualmente, los artículos 275, 277.a) y 281 del TRLCSP). En nuestro Derecho ha sido

<sup>4</sup> En el Derecho español, los contratos celebrados por la Administración pueden ser “contratos privados” o “contratos administrativos”. La diferencia entre estos dos tipos reside básicamente en el régimen aplicable a los efectos y extinción del contrato; mientras que los contratos privados se rigen en esos aspectos por el Derecho común, los contratos calificados como administrativos se sujetan en esas etapas de su vida al Derecho administrativo, que atribuye a la Administración contratante una serie de prerrogativas exorbitantes del Derecho privado o común, que colocan a la Administración en una posición de supremacía en el marco de un contrato que está directamente destinado a la satisfacción de necesidades o intereses públicos. Esas prerrogativas consisten en la posibilidad de que la Administración modifique unilateralmente el contrato (dentro de ciertos límites y con ciertas condiciones), lo interprete de modo unilateral, resuelva las dudas a que pueda dar lugar su cumplimiento y decida su resolución, todo ello, lógicamente, sujeto a posible revisión judicial. Dentro de los contratos administrativos, los típicos son aquellos que se definen y regulan en cuanto a los derechos y deberes de las partes en el TRLCSP. Cfr. artículos 19, 20 y 210 del TRLCSP.

<sup>5</sup> Sin realizar grandes esfuerzos de arqueología jurídica, cabe hacer referencia a la Ley General de Obras Públicas, de 13 de mayo de 1877. El artículo 53 de esta Ley preveía que “los particulares y Compañías podrán construir, explotar obras públicas destinadas al uso general y las demás que se enumeran en el artículo 7º de esta Ley, mediante concesiones que al efecto se les otorguen”. Por su parte, el artículo 26.2º de la misma Ley, disponía que el Gobierno procedería al pago de estas obras concedidas “otorgando a los contratistas el derecho de disfrutar por tiempo determinado del producto de los arbitrios que se establezcan para el aprovechamiento de las obras, según lo dispuesto en el artículo 24 de la presente Ley”.

tradicional que este contrato previera la realización de obras por el concesionario<sup>6</sup>, y en estos casos esta figura contractual se aproxima, en ocasiones hasta la confusión, a la concesión de obras públicas<sup>7</sup>.

**(iii) Conciertos.** Otro subtipo del contrato de gestión de servicios públicos, que se caracteriza porque la gestión del servicio se encomienda por la Administración a una *“persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trata”* (artículo 277.c) del TRLCSP), y que resulta de habitual aplicación en sectores como el educativo o el sanitario.

**(iv) Gestión de servicios públicos mediante sociedades de economía mixta.** La que, a partir de la jerga comunitaria, se ha comenzado a llamar *“colaboración público-privada institucionalizada”*, ha tenido una presencia importante desde hace muchas décadas en la gestión de nuestros servicios públicos, sobre todo locales, en la forma de sociedades de economía mixta<sup>8</sup>; o, si se quiere mirar desde la perspectiva contractual, en el subtipo de contrato de gestión de servicios públicos que es el contrato de gestión a través de una sociedad de economía mixta (cfr. actualmente el artículo 277 d) del TRLCSP).

En definitiva, el tipo de cooperación entre la Administración y un particular al que se hace referencia con el concepto de colaboración público-privada no fue en España una rutilante novedad de los años noventa. Se trataba de un instrumento de gestión pública cuyo empleo tenía una considerable raigambre en nuestro Derecho, sin perjuicio de que, lógicamente, su larga historia tuviera capítulos más o menos intensos en función de las circunstancias políticas y de la concepción de lo público en cada momento.

#### IV. Nuevas Categorías de Proyectos. El Renacimiento de la Concesión De Obra Pública

##### 1. El reto planteado por un nuevo tipo de proyectos que comenzaron a abordarse en los años 90 del pasado siglo

El hecho que hubieran existido en nuestra tradición jurídica instrumentos contractuales para canalizar proyectos de colaboración público-privada y que, por lo tanto, este modo

<sup>6</sup> Confróntese, actualmente, el artículo 278.a) del TRLCSP. Esta posibilidad de construcción de obras, y su protagonismo en el marco del contrato de concesión de gestión de servicio público, estaba ya bien presente, por ejemplo, en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955), cuyo artículo 114.2.a) preveía que la concesión podría comprender *“[l]a construcción de una obra o instalación y la subsiguiente gestión del servicios a que estuvieran afectas”*.

<sup>7</sup> Un buen ejemplo de esa tradicional cercanía, casi hasta la confusión, que se ha producido en nuestro Derecho entre la concesión de obras públicas y la de servicio público, cuando ésta incluye la construcción de la obra que sirve de base material al servicio, puede encontrarse en la siguiente cita de C. García Oviedo: *“Si originariamente fue estimada como sustancial a la concesión la ejecución de la obra, junto a la cual era la explotación por el concesionario un accidente –el modo de remunerar la carga por él asumida-, más tarde se llega a pensar que la concesión es una operación compleja cuyo elemento más importante no es la construcción de una obra pública, sino su explotación por el concesionario, explotación que se traduce en la gestión de un servicio público”* (Derecho administrativo, vol. I, 8ª ed. (E. Martínez Useros, ed.), EISA, 1962, p.704.

<sup>8</sup> A la *“gestión por empresa mixta”* de los servicios locales dedicaba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (Decreto de 17 de junio de 1955) sus artículos 102 y ss. En la vigente regulación de rango legal de los servicios públicos de las entidades locales, el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, regula esta figura en los artículo 104 y 105.

de gestión pública no fuera extraño en absoluto a nuestra práctica jurídica y política, no debe tampoco conducir a la radical conclusión que no existía novedad alguna en el tipo de proyectos que, bajo la etiqueta de *public private partnership*, se empezaron a llevar a cabo en otros países (Reino Unido, Canadá, Países Bajos, entre otros) fundamentalmente desde mediados de los años noventa.

Los proyectos más novedosos, con las lógicas diferencias entre ellos, presentaban en general dos o tres rasgos en común. En primer lugar, una activa participación del contratista privado en la definición del proyecto, en ocasiones a partir tan solo de indicaciones funcionales facilitadas por la Administración contratante. En segundo lugar, el hecho que el contratista gestionaba la obra pública o el equipamiento público, no directamente para los particulares, sino para la propia Administración, que utilizaba la infraestructura como base física de la prestación de servicios públicos a los ciudadanos, siendo ella (con sus medios personales) la que propiamente prestaba el servicio público. En tercer lugar, y ligado en ocasiones, pero no necesariamente a la característica anterior, el hecho de que la retribución del contratista no era abonada directamente por los usuarios, sino por la propia Administración; a veces en función del número de usuarios de la infraestructura, otras en función de las condiciones de su puesta a disposición de la Administración.

Así, algunos de estos proyectos consistían en el diseño, construcción y puesta a disposición de la Administración por parte de un contratista privado de un equipamiento público, como un hospital, una escuela, o incluso una cárcel o una instalación militar, cuya propiedad plena era transferida a la Administración bien al final de la construcción, bien al final del período de operación o explotación.

En el argot del mercado, se emplean para estos proyectos términos como *Project Finance* o *Private Finance Initiative* (PFI), que en realidad se refieren al modo en que se financian y nada dicen de la estructura contractual entre Administración y contratista, o se hace uso de una serie de siglas que se limitan a describir someramente el objeto de estos contratos. Y así, se habla de contratos BOT (*Build, Operate and Transfer*), si el contratista debe construir, operar y transferir a la Administración, o DBOT (*Design, Build, Operate and Transfer*), si además diseña activamente el equipamiento o infraestructura que luego habrá de explotar, o, por poner otro ejemplo, BTO (*Build, Transfer and Operate*) si la plena propiedad del activo es ya de la Administración mientras la obra era operada por el contratista.

Ante este tipo de proyectos, el primer reto del jurista práctico o teórico español era examinar si existían en nuestro Derecho instrumentos para que las Administraciones públicas los implementaran adecuadamente. Si la respuesta era negativa, procedía, lógicamente, proponer o promover (dependiendo del lugar del jurista) la correspondiente reforma de nuestro Derecho de la contratación pública. Las reacciones que se produjeron, no solo en la doctrina, sino también en la Administración y en el mercado, pueden agruparse fundamentalmente en cuatro tendencias, no totalmente excluyentes entre ellas. Asumiendo que, al menos en general, la colaboración público-privada se está produciendo en Latinoamérica inicialmente para infraestructuras de transporte, principalmente carreteras, como también ocurrió tradicionalmente en un principio en Europa, puede resultar de interés exponer brevemente esas cuatro tendencias:

- (i) Hubo quien consideró que este tipo de proyectos constituían, al menos en una parte importante, una novedad radical en nuestro Derecho y que, por tanto, exigían

una reforma legislativa que introdujera un nuevo contrato administrativo típico<sup>9</sup>. Este planteamiento dio lugar a la creación en la LCSP de 2007 del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

- (ii) Algunos abogaron porque el principio de la libertad de pactos o autonomía de la voluntad, que también se predica legislativamente en la contratación pública (artículo 25 del TRLCSP), podía servir de base suficiente para este tipo de contratos, que sin ser típicos podían ser diseñados básicamente en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares (el documento que en el Derecho español establece el marco de la Ley, el procedimiento, los criterios de adjudicación, y los derechos y obligaciones de las partes, sin perjuicio de los aspectos, limitados en la práctica, que quedan a la negociación con los licitadores), quedando así como contratos administrativos especiales.

Sin perjuicio de las posibilidades que la regulación de 2003 confirió a la concesión de obras públicas y a las que se hará referencia, lo cierto es que este planteamiento resultaba de una razonable interpretación de las posibilidades que el principio de autonomía de la voluntad abre en nuestra contratación pública. Sin embargo, lo cierto es que este principio se suele ver como un elemento extraño en la práctica de nuestro Derecho público de la contratación, que vive apegada a los contratos típicos y se muestra siempre temerosa a la consideración como dispositiva (y por tanto desplazable por la voluntad de las partes) de cualquier previsión incluida en el texto de la ley y de las disposiciones reglamentarias sobre contratación pública y que, por otro lado, concibe la contratación pública como una contratación de adhesión, sin aprovechar el margen para la negociación con los licitadores que ciertos procedimientos de adjudicación previstos en el TRLCSP permiten.

- (iii) Un tercer planteamiento, ante las supuestas insuficiencias del Derecho público de la contratación, buscó la solución en formulas de tipo patrimonial jurídico-privadas, planteando contratos mixtos en los que, por ejemplo, la Administración (o algún vehículo con forma jurídica privada dependiente de aquélla) otorgaba a un contratista un derecho de superficie, sobre el que el contratista se obligaba a construir un determinado inmueble que luego arrendaría, hasta el final del derecho de superficie, a la propia Administración.

Este tipo de fórmulas llegaron a tener una importante aplicación práctica, sobre todo en algunas de las Comunidades Autónomas en que se divide territorialmente España. Sin embargo, cuando la contratista es propiamente una Administración pública y el contrato contiene, como suele suceder, prestaciones propias de un contrato administrativo típico, estas fórmulas ofrecían un claro frente a la crítica, consistente en que suponían la adjudicación, a través de fórmulas patrimoniales propias del Derecho privado, de prestaciones que exigían un contrato administrativo en sentido estricto. Esta crítica fue claramente formulada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (un órgano consultivo de la Administración del Estado en materia de contratación con considerable auctoritas) en su Informe 72/04, de 11 de marzo de 2005, y asumida en buena parte por el legislador de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, que excluyó expresamente la posibilidad de que los contratos

<sup>9</sup> Vid. Nota al pie nº 3 sobre el concepto de contrato administrativo típico.

patrimoniales incluyan “prestaciones que sean propias de los contratos típicos” regulados en la Ley, “si el valor estimado de las mismas es superior al 50 por 100 del importe total del negocio o si no mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 25; en estos dos supuestos, dichas prestaciones deberán ser objeto de contratación independiente con arreglo a lo establecido en esta Ley” (artículo 4.1.p) del TRLCSP).

- (iv) Por último, a juicio de otros, la regulación del contrato de concesión de obras públicas que hizo la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, permitía emplear este contrato típico para implementar al menos una parte sustancial de los nuevos proyectos a los que se ha hecho referencia. Y así ocurrió en la práctica.

La solución, pues, que acabó teniendo éxito en el Derecho español para extender la colaboración público-privada más allá de las tradicionales infraestructuras de transporte como las carreteras de peaje, por ejemplo, fue la adaptación de una figura contractual con cierta tradición a las nuevas necesidades. Se creó un contrato específico para ese tipo de proyecto, el precisamente llamado “contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, que no ha acabado de cuajar en la práctica, tal y como se explicará. Y en un ordenamiento más flexible, en el que no hubiera existido una tradición de contratos administrativos tipificados y regulados en la ley, la autonomía de la Administración en la definición de los términos y condiciones de los contratos podría haber sido una respuesta perfectamente funcional, pero la rigidez del modelo español condujo a encauzar a través de la figura de la concesión de obras públicas buena parte de los proyectos en los que se buscaba la capacidad de financiación y operación del sector privado para determinadas infraestructuras y equipamientos públicos.

A la vista del importante papel que ha jugado, y continuará jugando, el contrato de concesión de obras públicas como vehículo contractual de la colaboración público-privada, se le dedica específicamente el siguiente apartado.

## 2. La concesión de obra pública según la Ley 13/2003

El contrato de concesión de obra pública recibió una nueva regulación por obra de la citada Ley 13/2003, que quedó integrada en el entonces Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo de 2/2000, de 16 de junio (“TRLCAP”). Esta regulación es muy similar a la hoy vigente en los artículos correspondientes del TRLCSP.

La Ley 13/2003 introdujo cuatro importantes novedades, que perduran en lo fundamental en la regulación vigente, en el concepto tradicional de concesión de obra pública: (i) reconoció expresamente la posibilidad de un activo papel del concesionario en el diseño de las obras; (ii) previó la posibilidad de otorgar en concesión obras ya construidas; (iii) otorgó autonomía al concepto de explotación de la obra pública, al que convirtió en el eje del contrato; y (iv) diversificó los sistemas de retribución del concesionario y, por tanto, las fuentes del riesgo y ventura tradicionales de este contrato. En efecto:

- (i) La Ley 13/2003 previó expresamente que el concesionario podría encargarse también de la elaboración del correspondiente proyecto, sobre la base del anteproyecto o

estudio aprobado por la Administración concedente (artículo 220.3 del TRLCAP). Esta posibilidad, actualmente prevista en el artículo 7.1 del TRLCSP por remisión al artículo 6 del mismo texto legal, no ha sido utilizada con frecuencia en la práctica. Con ello, se ha perdido en muchas ocasiones la posible aportación de los licitadores en el diseño de la obra, obligándoles a asumir proyectos detallados realizados por la Administración con carácter previo a la licitación, que pueden no ser los más eficientes en el momento de la operación.

La citada Ley también previó la posibilidad de que un particular adoptara la iniciativa de sacar adelante un determinado proyecto, mediante la presentación del correspondiente estudio de viabilidad, posibilidad aún menos utilizada en la práctica que la anterior (confróntese el artículo 128.5 del TRLCSP).

- (ii) Una de las novedades más importantes de la reforma del 2003 consistió en la previsión de que la concesión podía referirse a una obra pública ya construida (artículo 220.1. del TRLCAP). Aunque una primera lectura de la regulación actual podría conducir a que esta posibilidad fue excluida con la LCSP, lo cierto es que la legislación vigente exige que el concesionario realice obras, pero admite que éstas sean “las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos” (artículo 7.1 del TRLCSP). Se ensanchó así, de forma considerable, la posibilidad de utilización de este contrato, que cabe, ya no únicamente para obras nuevas, sino también para la explotación de aquéllas ya existentes que requieran una inversión relevante en su restauración o mantenimiento.

Eso ha permitido, por hacer referencia a un concreto ejemplo, la adjudicación de una concesión para completar las obras de un hospital y para explotarlo de manera conjunta e integrada con otras instalaciones hospitalarias funcionalmente relacionadas (concesión de obra pública relativa al nuevo Hospital de Toledo en Castilla-La Mancha).

- (iii) La Ley 13/2003 supuso, y esto resultó absolutamente fundamental para poder canalizar nuevos proyectos a través de la figura de la concesión de obra pública, el abandono por el legislador de la concepción del contrato de concesión de obras públicas como un contrato mixto. Esto es, como un contrato que agrupa en su objeto diversas prestaciones características de dos o más contratos administrativos típicos, y más concretamente como un contrato mixto de obras y gestión de servicios públicos, que ha sido la concepción de la concesión de obras públicas más tradicional en nuestro Derecho<sup>10</sup>. Esta concepción de la concesión de obras públicas llevaba a identificar la explotación de la obra con la gestión de un servicio público que adoptaba dicha obra como soporte físico.

La actual regulación de la concesión de obras públicas como un contrato administrativo típico implica, por sí sola, que ese contrato tenga un objeto propio,

---

<sup>10</sup> Vid. el que puede ser un ejemplo doctrinal de esta posición tradicional en C. García Oviedo, op.cit, p. 484. No obstante, esta concepción tradicional convivió con la crítica de algunos autores, como R. Gómez Ferrer, “En torno a la Ley de Autopistas de Peaje”, *Revista de Administración Pública*, nº 68, 1972, pág. 332. La jurisprudencia, por su parte, también asumió por lo general esta concepción de la concesión como un contrato mixto de obras y de gestión de servicios públicos, que también englobaría, a juicio del Tribunal Supremo, una concesión demanial (cfr. la Sentencia de 6 de junio de 1997 -RJ 5219- y las que en ella se citan).

distinto del objeto de los demás contratos administrativos típicos, así como de la suma de las prestaciones características de otros contratos típicos. Esta peculiaridad de su objeto reside en la idea de explotación de la obra pública, que no cabe identificar necesariamente y en todo caso con la prestación de un servicio público sobre la base de esa obra pública concedida. Por otro lado, de la amplia definición del contrato de concesión de obras públicas, así como de la regulación de los mecanismos de retribución del contratista, se puede deducir la conclusión de que la explotación de la obra pública no pasa necesariamente por la relación directa entre el concesionario y el público, ya sea mediante la directa puesta de la obra a disposición del público para su aprovechamiento o uso general, o mediante su utilización como soporte físico para la prestación de un servicio público o de interés general por el concesionario. De este modo, a partir de 2003, la explotación de la obra concedida pudo consistir en su puesta a disposición de la Administración para que la utilice para la prestación de un servicio público.

Se llegó a esa conclusión confiriendo al término “explotación” el amplio significado que tiene en el lenguaje común: “obtener provecho de una cosa trabajando en ella u operando con ella”<sup>11</sup>. Así pues, la explotación consiste en la operación de la obra, que habrá de hacerse conforme a su propia naturaleza y finalidad, y puesto que la obra concedida será siempre una “obra pública”, su naturaleza determinará que su destino sea constituirse en soporte instrumental para la ejecución de actividades y servicios varios de interés público, o destinarse al general uso o aprovechamiento. En definitiva, la explotación de la obra concedida, como objeto del contrato de concesión, consiste en su operación como soporte instrumental para la ejecución de actividades o servicios de interés público, o directamente para su aprovechamiento o uso general, a cambio de una retribución instrumentada a través de alguno de los mecanismos previstos en la legislación vigente.

- (iv) La Ley 13/2003 supuso también una ampliación radical de los mecanismos de retribución del concesionario, tradicionalmente limitados a los pagos realizados por los particulares usuarios de la obra. Con aquella reforma, junto con esos pagos realizados por los usuarios –por el uso de la obra o en las zonas comerciales complementarias- (cfr, actualmente, los apartados 2 y 5 del artículo 255 del TRLCSP)-, la explotación de la obra por el concesionario puede también verse retribuida mediante pagos realizados por la Administración “teniendo en cuenta su utilización [de la obra]” (artículo 255.4 del TRLCSP). Se han podido así configurar concesiones donde el concesionario es retribuido directamente por la Administración, ya sea en función de la demanda de utilización de la infraestructura (como sucede con los “peajes en sombra”), ya sea en función de la adecuada disponibilidad de la obra (“pagos por disponibilidad” en función de la calidad e idoneidad de la puesta a disposición a la Administración de un hospital, una escuela o un edificio de juzgados).

Si, además, se tiene en cuenta que esta retribución resultante de la explotación de la obra puede venir acompañada de un precio pagado por la Administración (artículo 7.1 del TRLCSP), y de otras aportaciones públicas a la construcción y explotación de la obra (artículos 254 y 256 del TRLCSP), la ley permite una considerable flexibilidad en el sistema de retribución del concesionario, que puede así adaptarse adecuadamente a

<sup>11</sup> María Moliner. *Diccionario del uso del español*, 2º. ed., Ed. Gredos, Madrid, 1999.

las características de cada proyecto (rentabilidad económica de la obra, conveniencia social y política de reducir los pagos por los usuarios, tipo de riesgo transferible al concesionario, etc.).

De este modo, el contrato de concesión de obra pública quedó configurado en España a partir de el 2003, y continúa estándolo, como un instrumento contractual flexible, capaz de permitir la instrumentación de diferentes tipos de proyectos de colaboración público-privada referidos a obras públicas.

Algunos ejemplos pueden servir para comprender mejor cómo la nueva regulación de la concesión de obra pública permitió la canalización a través de esta figura de proyectos que, anteriormente, no se habían realizado mediante colaboración público-privada.

En España se habían construido un buen número de autopistas de peaje en aplicación de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, en las que el concesionario construía la autopista y la explotaba exigiendo el peaje previsto contractualmente a los usuarios de la vía. La regulación de la concesión de obras públicas que se ha dejado expuesta abrió las posibilidades de colaboración público-privada en relación en este ámbito en varias direcciones. Permitted, en primer lugar, que el pago ya no se hiciera por los particulares, sino por la Administración en función de número de vehículos, haciendo posible la utilización de este tipo de fórmulas para vías que, por razones sociales o políticas, se querían de tránsito gratuito (los “peajes en sombra”). Confirmó la posibilidad (apuntada en una reforma del artículo 99 de la Ley de 1972) de explotar el régimen de concesión de infraestructuras ya existentes, como las llamadas “autovías de primera generación”; vías de alta capacidad que fueron construidas mediante los tradicionales contratos de obras públicas, íntegramente financiadas por la Administración y que habían venido siendo, y continuaron siéndolo, de uso gratuito. En estos supuestos, el concesionario repara y realiza obras de mejora en la vía, la mantiene en adecuadas condiciones y es retribuido por la Administración en función no solo de la demanda de la vía, sino también de su adecuada “disponibilidad” (en función del número de accidentes que se producen en la vía, de la calidad del firme, etc.).

Mayor relevancia tuvo esta esencial reforma en la extensión de la colaboración público-privada a la provisión de infraestructuras públicas que cabe calificar de sociales, como ha sido señaladamente el caso de los hospitales, y también de edificios educativos o de juzgados. En algunos casos estas instalaciones se refieren a servicios que pueden prestarse indirectamente mediante un concesionario, como ocurre con la sanidad, y así se han adjudicado en diferentes Comunidades Autónomas (que concentran la mayoría de las competencias ejecutivas en el ámbito de la sanidad) contratos para la gestión del servicio sanitario en una zona o área determinada, debiendo el concesionario no solo responsabilizarse de la prestación de los servicios sanitarios, sino también de la construcción y equipamiento de las infraestructuras necesarias para ello. No obstante, la autonomía del concepto de explotación de la infraestructura, como elemento definidor del contrato de obra pública, permitió disociar la explotación del servicio de la explotación de la obra que le sirve de soporte físico. De este modo, se han adjudicado concesiones de obras públicas para construir y equipar hospitales, explotándolos mediante su puesta a disposición de la Administración sanitaria junto con los servicios accesorios no sanitarios (limpieza, seguridad, etc.), para que sean los servicios públicos de salud los que presten la asistencia sanitaria a los ciudadanos (con los médicos y enfermeras del sistema público, por decirlo de modo sencillo). Eso ha permitido extender la colaboración

público-privada a Comunidades Autónomas que no querían gestionar indirectamente los servicios propiamente sanitarios.

## V. El Escasamente Exitoso Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado

### 1. La opción legislativa por la creación de un nuevo contrato típico en la LCSP

A pesar del considerable potencial del contrato de concesión de obra pública tras la reforma de 2003, su utilización para instrumentar el nuevo tipo de proyectos al que se ha hecho referencia no fue aceptada inicialmente con total unanimidad. Básicamente porque alguna doctrina (principalmente por influjo del Derecho francés) y algún órgano consultivo en los primeros momentos de aplicación de la Ley continuaban apegados a la identificación de la explotación de una obra pública (y por lo tanto el objeto propio de la concesión de este tipo) con la prestación de un servicio público y el pago del mismo por los usuarios. Para esta doctrina, proyectos como los de los mencionados hospitales, en los que la retribución del concesionario la pagaba la propia Administración que continuaba prestando el servicio público sanitario, no podían considerarse propiamente una concesión de obras públicas. Este planteamiento está en la base de la introducción en la LCSP de 2007, de un nuevo contrato típico: el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Lo cierto es que la configuración legal del objeto del contrato de colaboración entre el sector público y el privado es tan amplia y de contornos tan difusos que no es en absoluto fácil convertir la descripción contenida en el artículo 11 del TRLCSP en una definición. Cabría ensayar la siguiente: estamos ante un contrato cuyo objeto se caracteriza a partir de la conjunción de dos elementos:

- (i) La ejecución por el contratista de una actuación compleja, pero con una mínima coherencia funcional, que incluye alguna o varias de las siguientes actividades: (a) la ejecución de obras, equipos, sistemas y suministros complejos, así como su mantenimiento, renovación o explotación integral; (b) la gestión integral de instalaciones complejas; o (c) otras prestaciones de servicios complejos ligadas a la realización por la Administración de sus funciones propias.
- (ii) La financiación inicial por el contratista de las inversiones materiales o inmateriales que las prestaciones que configuran el primero de los elementos requieran. Si la definición del contrato es abierta, también lo es su régimen jurídico. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 313 del TRLCSP:
  - a. Este tipo de contratos se regirán por las normas generales sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos contenidas en el Título I del Libro IV del TRLCSP, así como por las especiales del contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal de las que configuran el objeto complejo del contrato.
  - b. No obstante, si alguna de las reglas (generales o especiales) antes referidas se opusieran a la naturaleza, funcionalidad o contenido peculiar del contrato, su aplicación podrá condicionarse en el clausulado del contrato (cfr. también el artículo 136 m) del TRLCSP).

Este tipo contractual ha tenido una aplicación limitada, aunque se ha empleado en algunas ocasiones para la reforma, mantenimiento y prestación de servicios complementarios en infraestructuras sanitarias (como en la Fase III del Hospital de Valdecilla en Cantabria) o para actuaciones de eficiencia energética en edificios públicos, en cuyo caso el contratista se ha ocupado de realizar obras que contribuyan a la eficiencia energética de las instalaciones y gestiona, a cambio de un canon, los diferentes suministros energéticos de la edificación (como en la sede del Ministerio de Industria en Madrid). En cualquier caso, este contrato juega un papel muy limitado en el panorama de la colaboración público-privada entendida en sentido amplio (como la política pública que se ha referido anteriormente).

A mi juicio, las razones de esta situación son básicamente las tres siguientes:

- a) La caracterización de este tipo contractual como estrictamente subsidiario, de modo que solo podrá celebrarse “cuándo previamente se haya puesto de manifiesto [...] que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las necesidades públicas” (artículo 11.2 del TRLCSP).

La escasa aplicación práctica de un tipo contractual que se define como subsidiario es algo relativamente normal. Pero en este caso se ve agudizada, al menos en lo que se refiere a la construcción y explotación de obras públicas, por el éxito de la concesión de obras pública tras su reforma en 2003. En efecto, si las Administraciones públicas han aplicado con normalidad la concesión de obras públicas para implementar determinado tipo de proyectos, ¿cómo podrían justificar a partir de 2007 que la concesión de obras públicas ya no sirve para un proyecto similar y se debe acudir al nuevo tipo de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado? El éxito de la concesión de obra pública ha limitado así el espacio potencial de este contrato.

- b) El régimen jurídico previsto en el TRLCSP es complejo y precisa de una labor creativa por parte de la Administración en la redacción del documento descriptivo que debe servir de base al diálogo competitivo en el que se terminará de definir dicho régimen. La Administración deberá determinar, en primer lugar, el contrato típico que se corresponda con la prestación principal, tarea no siempre fácil. Pero obtenido, mediante esa operación, el régimen jurídico específico del contrato, ese régimen deberá ser completado en el clausulado de aquél. No solo porque, como se ha visto, se prevé que se podrán condicionar la aplicación de las reglas propias de ese contrato (incluso de las generales) a la vista de las características peculiares de cada proyecto, sino porque el régimen específico del contrato correspondiente a la prestación más característica no será, por definición, suficiente para regular la prestación del complejo objeto del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Así sucede siempre en contratos mixtos cuando se opta por el régimen de absorción (por extender el régimen propio de una parte de las prestaciones a las demás). En este sentido, por ejemplo, difícilmente las previsiones propias del contrato de obras (si construir una obra es la prestación principal) podrán solucionar los problemas legales que plantea la prestación de suministros o servicios que se integren con la obra en la “actuación global e integrada” que constituye el objeto contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. De este modo, el clausulado contrato será el que deberá regular cuidadosamente esas otras prestaciones.

Esta complejidad agrava necesariamente las consecuencias de la subsidiariedad, porque funciona como un incentivo para que la Administración pública busque dar respuesta a sus necesidades a través de modelos contractuales más simples y respecto de los cuales tenga ya una mínima experiencia acumulada.

- c) En tercer lugar, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado debe necesariamente adjudicarse a través de un diálogo competitivo, salvo en los concretísimos casos en que sea justificable una adjudicación negociada sin publicidad (artículo 180.3 del TRLCSP). Es cierto que las características del diálogo competitivo, un procedimiento en el que la Administración y los licitadores van definiendo progresivamente el objeto y las condiciones del contrato (cfr. artículo 179 y ss del TRLCSP) se compadece bien con la complejidad propia del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Ahora bien, la complejidad de este procedimiento, y su coste real, han constituido en la práctica un obstáculo más para que la Administración se decida a licitar un contrato del tipo que se comenta.

La escasa aplicación en la práctica de este contrato, y un incorrecto entendimiento del significado de la Directiva de concesiones al que se hará referencia en el siguiente apartado, han conducido a que el contrato de colaboración entre el sector público y el privado desaparezca en el nuevo Proyecto de LCSP. No es probablemente una decisión del todo justificada, porque este tipo de contratos se ajusta bien a algún tipo de proyecto no cubierto por el contrato de concesión (como los de eficiencia energética) y algunas de las razones que están en la base de su escaso uso, como la complejidad de su procedimiento de adjudicación, no deberían ser un desincentivo tan poderoso como han sido en la práctica: el procedimiento de adjudicación de un proyecto complejo de colaboración entre el sector público y el privado debe ser, por naturaleza, relativamente complejo si se quiere sacar partido a las posibles aportaciones del sector privado en la definición del proyecto, y adjudicar un contrato maduro y viable.

No obstante, la desaparición de este contrato como un contrato administrativo típico tendría limitadas consecuencias, porque podría llegar a configurarse, aunque con algunos problemas y limitaciones, un contrato con un clausulado semejante a partir de las categorías del contrato mixto (el que reúne elementos de diferentes contratos típicos) y el contrato administrativo especial (contratos que merecen el calificativo de administrativos por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública y cuyo régimen se define básicamente en el correspondiente Pliego de cláusulas administrativas particulares en el marco de las disposiciones generales del TRLCSP).

## VI. Perspectivas

Están en vigor tres Directivas comunitarias en materia de contratación que debían haber sido transpuestas al ordenamiento interno mediante la aprobación de las normas necesarias para el adecuado cumplimiento de sus objetivos el pasado 18 de abril. Son las Directivas 23, 24 y 25 del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativas respectivamente al contrato de concesión; a los contratos públicos de obras, servicios y suministros; y a la contratación por las entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aquellas previsiones de una Directiva no transpuesta en plazo son directamente invocables por los particulares frente a las autoridades de los Estados miembros en la medida en que sean

suficientemente claras, precisas e incondicionadas. Algo que no sucede en la mayoría de los casos, habida cuenta de que las Directivas son normas que imponen a los Estados obligaciones de resultado y les dejan un cierto margen de discrecionalidad en el modo de obtenerlo. Las dificultades para formar Gobierno que arrastra España desde finales de 2015 han impedido de momento aprobar la reforma del TRLCSP, aunque existe ya un Proyecto de Ley de 2 de diciembre de 2016 remitido a las Cortes Generales y que, al cierre de las pruebas de este artículo, se está tramitando en el Congreso de los Diputados.<sup>12</sup> y. que determinará una reforma del actual marco legal de la contratación pública en España, que será relevante y que, desgraciadamente y si la tramitación parlamentaria no lo evita, no dará solución a los principales problemas que afectan a nuestra contratación en materia de infraestructuras, y probablemente dará lugar a alguno más.

En el ámbito de la colaboración público-privada, las mencionadas Directivas no exigen, a mi juicio, prácticamente reforma alguna para que nuestro Derecho interno cumpla con los objetivos de la Directivas (y en particular de la Directiva 2014/23) y sí permitirían alguna reforma destinada a dotar de mayor flexibilidad a los procedimientos de adjudicación de las concesiones de obras públicas y de gestión de servicios públicos. La razón es que la regulación de los diferentes instrumentos contractuales que se han dejado someramente expuestos en este artículo es con carácter general compatible con las Directivas.

Sin que quepa entrar en esta colaboración en demasiadas honduras relativas al Derecho comunitario de la contratación, cabe brevemente señalar su fundamento y finalidad: sujetar a determinadas reglas la preparación y adjudicación de (algunos) contratos de las entidades públicas de los Estados miembros, para garantizar mediante esas reglas la publicidad, la igualdad y la no discriminación de los empresarios de los Estados miembros, y extender así el mercado común a un ámbito de la contratación en la que los sujetos contratantes (públicos) no tienen normalmente los incentivos de mercado que mueven naturalmente a los sujetos privados a seleccionar las ofertas más ventajosas entre sus posibles contrapartes.

Por esta razón, las normas comunitarias de contratación no definen tipos de contratos, ni regulan su terminación, ni las obligaciones o derechos de las partes, sino que se limitan a establecer normas sobre su adjudicación; cuando definen un tipo de contrato lo hacen a los exclusivos efectos de ordenar que, si una entidad sujeta al Derecho comunitario quiere adjudicar ese tipo de contrato, debe adjudicarlo de conformidad con los procedimientos y criterios impuestos por el Derecho de la Unión Europea.

Pues bien, por decirlo brevemente, los contratos a las que se ha hecho referencia en este artículo ya cumplen las exigencias comunitarias en su adjudicación, y no solo las de la Directiva de concesiones, sino las más exigentes relativas a los contratos de obras, suministros y servicios, los “contratos públicos” a los que se refiere la Directiva 2014/24. Por ello, lo que debería significar en España la transposición de la Directiva 2014/23 es una flexibilización de los procedimientos para adjudicar las concesiones de obras y servicios públicos (demasiado rígidos en su regulación legal y más aún en la práctica contractual), permitiendo, como admite la Directiva 2014/23, que en proyectos complejos de este tipo la entidad adjudicadora pueda definir un procedimiento adaptado al proyecto en cuestión, siempre que cumpla con una serie de pautas generales destinadas

<sup>12</sup> Que puede consultarse en [www.congreso.es](http://www.congreso.es)

a garantizar la transparencia igualdad y no discriminación en la adjudicación (cfr. artículo 30 de la Directiva 2014/23).

Por otro lado, la próxima reforma del TRLCSP debería aprovecharse para intentar dar solución a algunas deficiencias de nuestra regulación y práctica contractual en el ámbito de la colaboración público-privada, a las que se hará referencia al final de este apartado. Desgraciadamente, el Proyecto de LCSP actualmente en tramitación en el Congreso de los Diputados no apunta en ninguno de estos sentidos.

En primer lugar, parece partir del entendimiento (erróneo) de que transponer una Directiva supone reproducir sus previsiones del modo más literal posible, si bien no lo hace cuando habría sido aconsejable, como al contemplar un procedimiento más flexible para la adjudicación de concesiones, contratos considerablemente complejos, que para la adjudicación de contratos más simples como los de obras, suministros o servicios. Mas no es así, sino que la transposición exige cumplir los objetivos y finalidades de la Directiva mediante las modificaciones necesarias, en su caso, del ordenamiento interno del Estado miembro.

Desde una perspectiva literalista de la transposición, se incorpora en el borrador el término “riesgo operacional” del concesionario, relativo a la posibilidad de no recuperación de su inversión ni sus costes operativos<sup>13</sup>, concepto equiparable al de explotación de la obra o servicio a riesgo y ventura del concesionario ya presentes en el Derecho interno español<sup>14</sup>, dando la errónea expresión de que ese riesgo operacional supone una novedad sustantiva.

En segundo lugar, y eso es menos justificable, puesto que la Directiva 2014/23 se refiere solo a las concesiones, de obras y servicios, desaparecen en el Proyecto de Ley los demás tipos contractuales que se han dejado expuestos y que han servido en España para canalizar la colaboración público-privada. Sin perjuicio de que esa exclusión como contratos administrativos típicos pudiera, si llegara a hacerse efectiva, compensarse para obtener contratos semejantes mediante otras figuras y categorías (como el contrato administrativo especial basado en la autonomía de la voluntad de las partes), esa exclusión no es en modo alguno una imposición del Derecho de la Unión Europea y empobrecería el conjunto de mecanismos contractuales que han servido en España para canalizar la colaboración público-privada en el ámbito de las infraestructuras.

En tercer lugar, sería un error que el Proyecto de LCSP no se enmendara para intentar dar respuesta a algunos de los problemas y deficiencias que se han puesto de manifiesto en el modelo español. Cuando los niveles de inversión pública han caído preocupantemente en los últimos años como consecuencia de las restricciones presupuestarias destinadas a conseguir cumplir los objetivos de déficit y endeudamiento públicos impuestos a España como miembro de la zona euro por la Unión Europea, resolver esos problemas debería ser una prioridad acuciante en la inminente reforma del TRLCSP. Cerraré esta colaboración con la brevísima enunciación de estos problemas.

Buena parte de ellos se refieren más a la práctica contractual de las Administraciones españolas que al marco normativo propiamente dicho, por lo que su solución no exige

<sup>13</sup> Cfr. artículo 5.1 de la Directiva 2014/23.

<sup>14</sup> Cfr. artículos 7.2, 242, 258, 277 a) y 282 del TRLCSP.

necesariamente reformas legislativas. Aunque este tipo de reformas son a veces un buen acicate para dirigir o incentivar prácticas administrativas que, si bien son posibles con el marco legal previo a la reforma, no son habituales.

Uno de estos problemas es que los contratos a los que me he venido refiriendo se celebran en ocasiones con un escaso grado de maduración. Con períodos de preparación y adjudicación breves, y configurados, salvo en las condiciones económicas y en ocasiones técnicas del proyecto, ya en el Pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación y contiene la práctica totalidad del contrato. En proyectos tan complejos como en un buen número de ocasiones son los de colaboración público-privada, donde el papel de los terceros financiadores (bancos, fondos de inversión, etc.) es casi tan fundamental como el de las partes contractuales, esta falta de maduración determina en ocasiones ineficiencias, la necesidad de proceder a posteriores ajustes y modificaciones de los contratos y la falta de seguridad jurídica que es el elemento fundamental para atraer la inversión privada a estos proyectos, y con ello fomentar en última instancia el interés público al que están dirigidos. Por ofrecer casi más un slogan que una conclusión, el Derecho español de la colaboración público-privada necesita “menos ley y más contrato”.

Para que los contratos sean buenos contratos, deben estar sujetos a adecuados controles públicos, por supuesto, y las entidades que los adjudiquen deben poder tener guías o directrices elaboradas por entidades suficientemente especializadas que orienten a las Administraciones con menos medios pero importantes competencias en la elaboración y negociación de los contratos; en España, por ejemplo, se echa de menos una verdadera entidad de colaboración público-privada, presente en muchos países, con esa labor de orientación. Y hacen falta procedimientos más flexibles de adjudicación, que garantizando la publicidad, la igualdad y no discriminación de los contratistas, así como una efectiva concurrencia, permitan una adecuada negociación y definición de los contratos ajustada a las necesidades de cada proyecto.

Esta falta de precisión y adaptación al proyecto de los contratos complica la prevención y resolución de conflictos en su ejecución. Más aún cuando el sistema de resolución de conflictos en relación con su ejecución es lento y no alcanza en ocasiones a afrontar adecuadamente las cuestiones más complejas desde el punto de vista técnico, económico o financiero. En efecto, con carácter general, en España la Administración decide con carácter ejecutivo sobre esos conflictos, y aunque sus decisiones están sujetas al control judicial y pueden ser objeto de medidas cautelares en esa sede, los jueces y tribunales pueden tardar años en adoptar una decisión firme que, siendo normalmente fiable en cuanto a sus apreciaciones jurídicas, no entra en muchas ocasiones a valorar los aspectos técnicos, económicos o financieros que están en la raíz del conflicto.

Por último, la salud de un contrato depende también en buena medida de lo bien regulada que esté su terminación, y principalmente aquella terminación anticipada por la razón que sea (el incumplimiento de una de las partes o un caso de fuerza mayor). Una adecuada regulación legal y contractual de estos supuestos es esencial, muy principalmente, para atraer la necesaria financiación privada: los financiadores han de poder anticipar las consecuencias económicas de esa eventual terminación anticipada para poder constituir las garantías adecuadas de su financiación. No es este el lugar para entrar en detalles sobre la regulación española en este punto, pero sí cabe señalar que la reforma operada en el TRLCSP por la Disposición Final 9ª de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen

del Sector Público ha modificado un sistema que, en general, conciliaba adecuadamente el riesgo del concesionario con la posibilidad de establecer unas garantías adecuadas para los financiadores en los supuestos de resolución anticipada del contrato por un régimen mucho menos previsible, inseguro, que despierta dudas importantes para algunos supuestos y supone un desincentivo para la inversión.

Estos son algunos de los retos, entre otros, que deberá afrontar en breve el Derecho español para mantener un adecuado nivel de inversión en materia de infraestructuras, que solo puede garantizarse en las actuales condiciones económicas con un intensivo empleo de los mecanismos de colaboración público-privada.