

# La participación público privada en el nuevo Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público

## Public-Private Partnerships in the new Public Sector Contract Act

**José Manuel Vassallo Magro.** Dr. Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos

*Profesor Titular. ETSI Caminos, Canales y Puertos (UPM). [jvassallo@caminos.upm.es](mailto:jvassallo@caminos.upm.es)*

**Rafael Izquierdo de Bartolomé.** Dr. Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos

*Profesor Emérito. ETSI Caminos, Canales y Puertos (UPM). [rizquierdo@caminos.upm.es](mailto:rizquierdo@caminos.upm.es)*

**Resumen:** Este artículo aclara el significado del término PPP y explica por qué su definición ha sido tan confusa hasta nuestros días. Asimismo, valora como, a pesar de lo que muchos piensan, España ha tenido desde hace años una extensa tradición en la aplicación de PPPs. En particular se destaca el papel que la concesión de obra pública ha jugado como modo de promover la participación entre el sector público y privado, y como ésta figura no es algo opuesto a las PPPs sino que es una manera de llevar a cabo esa colaboración. El artículo finaliza con un análisis crítico de la regulación de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado en el Proyecto de ley de Contratos del Sector Público, recientemente aprobada por el gobierno de España.

**Palabras Clave:** PPP; Financiación de infraestructuras; Concesión; Obra pública

**Abstract:** This paper clarifies the meaning of the term PPP and explains why its definition has been so controversial to date. The paper assesses how, as opposed to that held by many, Spain has a strong tradition in the implementation of PPPs. In particular, we underline the role the concession contract has played to encourage public-private-partnerships. In addition, we analyse how concession contracts are not opposed to PPPs but are, instead, a means of conducting the same. The paper ends with a critical analysis of the new PPP contract defined by the last draft of the Public Sector Contract Act, recently approved by the government in Spain.

**Keywords:** PPP; Financing of infrastructures; Concession; Public work

### Introducción

En las últimas décadas las PPPs, que responden al término *Public-Private Partnerships*, han ido adquiriendo gran relevancia en el mundo desarrollado debido a la creciente necesidad que muchas administraciones públicas tienen de incorporar los recursos y la experiencia del sector privado para mejorar la provisión de bienes y servicios públicos.

Al igual que le ocurre a otros términos como "sostenibilidad" o "tolerancia", el término "*public-private partnership*" está de moda, lo que provoca que su uso en seminarios y conferencias haya incrementado considerablemente en los últimos años. En consecuencia, al igual que pasa con otros términos de

moda, es común escuchar hablar de PPPs de modo ligero, sin que se haya profundizado o se conozca lo que una PPP es en realidad. Es quizá ese el motivo por el que existe una confusión generalizada sobre el significado del término PPP, lo que viene reforzado por el hecho de que pocas autoridades se han atrevido a dar una definición precisa de dicho término. Esto ha provocado que diferentes personas, instituciones y administraciones entiendan cosas distintas.

A todo ello se une el hecho de que, al ser el término PPP un término acuñado en el Reino Unido, sean los británicos, que tanta habilidad tienen para crear marcas y adueñarse de ellas, los que han asumido ese término como propio. Esta situación ha lle-

vado a que, desde muchos foros se considere que las únicas PPPs son las que tienen su origen en el Reino Unido, como si se tratase de un producto con denominación de origen.

La realidad sin embargo es muy distinta. Países como España llevan promoviendo exitosamente esquemas de participación público-privada desde hace años. De hecho, el modelo concesional, que, como se explicará más adelante, es quizá el modo más importante y comúnmente utilizado de participación público-privada, no sólo ha demostrado su éxito en España, sino que ha sido exportado a Latinoamérica y, actualmente, está siendo adoptado por países con gran poderío económico como los Estados Unidos. Por otra parte, las fórmulas de financiación mixta en las que las administraciones públicas apoyan proyectos socialmente rentables que no llegan al umbral de rentabilidad financiera han sido comunes en España desde hace tiempo. Prueba, del gran desarrollo que las PPPs han tenido en España es el hecho de que las empresas españolas son las primeras del mundo en promoción de proyectos de participación público-privada (Public Works Financing 2005).

El objetivo de este artículo es dar alguna luz sobre el significado del término PPP, mostrar su conexión con las formas clásicas de contratación pública en España, y alertar sobre la nueva figura del "contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado" que, con poco acierto, incluye el recientemente aprobado Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

### Las PPPs en la Unión Europea

Aunque ya en mediados de los años ochenta la Comunidad Europea empezó a plantearse la necesidad de acudir a la financiación privada de infraestructuras, el interés de la Unión Europea por los proyectos de participación público-privada nace en el momento en el que surge la preocupación por promover Redes Transeuropeas que contribuyan a fomentar el mercado interior. Debido a que la política de infraestructuras ha sido considerada desde el principio de competencia exclusiva de los Estados miembros, la Unión Europea se ha visto obligada a buscar medidas no coactivas para animar a los países a acometer proyectos de interés comunitario.

Las dos medidas que adoptó la Unión Europea para lograr ese fin fueron la instauración de ayudas europeas a fondo perdido para cofinanciar con los Estados miembros infraestructuras de interés comunitario, y la promoción de mecanismos para atraer financiación privada a las infraestructuras a través de la participación público-privada. La primera de las medidas ha tenido un importante impacto en la promoción de las Redes Transeuropeas, especialmente en países y regiones menos desarrollados, gracias a los fondos FEDER y Fondos de Cohesión. La promoción de las PPPs, sin embargo, no ha tenido un impacto tan grande en el desarrollo de las Redes Transeuropeas, aunque es cierto que algunos países individualmente, como es el caso de España, Reino Unido, Portugal o Irlanda han incrementado el número de esquemas de financiación privada que han aplicado mayormente a proyectos de índole nacional.

Aunque la Unión Europea ha redactado un buen número de recomendaciones sobre la puesta en práctica de proyectos de participación público-privada, hasta ahora se ha encontrado con serias dificultades para promover un marco general común que sea aceptado por los Estados miembros. Dos son las principales razones que explican dicha situación. En primer lugar, el marco jurídico es diferente en cada país, lo que se acentúa especialmente entre los países en los que predomina un marco legal fundado en el derecho romano frente a los países, de corte sajón, en los que el derecho administrativo es prácticamente inexistente. En segundo lugar, algunos países cuentan ya con un estilo personal de promover proyectos de participación público-privada, lo que ha generado importantes reticencias a la puesta en marcha de un marco común que pueda limitar la utilización de los esquemas que funcionan correctamente desde hace años.

El único marco jurídico comunitario existente que hace cierta referencia a proyectos de participación público-privada viene dado por la regulación de la Concesión de Obra Pública que se sustenta básicamente en dos normas: la Comunicación Interpretativa sobre Concesiones en el Derecho Comunitario que fue aprobada en el año 2000, y el Título III de la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y servicios, que establece un conjunto de normas sobre concesiones de obras públicas.

La Comunicación Interpretativa sobre Concesiones nace de la necesidad de establecer la interpretación general de los principios generales del derecho comunitario para la concesión de obra pública, debido al auge experimentado por esta figura en la Unión Europea. La regulación que lleva a cabo dicha Comunicación Interpretativa es muy general, ya que se limita a aplicar los principios generales del tratado a la concesión de obra pública. Por su parte, el Título III de la Directiva 2004/18/CE establece algunas normas adicionales relativas al ámbito de aplicación del contrato de concesión, la publicación del anuncio, el establecimiento de un plazo mínimo para la presentación de las ofertas, las normas de subcontratación, y las relaciones del concesionario con sus subcontratistas.

Esta normativa, que surge como una extensión de la regulación comunitaria de las normas de contratación pública, se circunscribe de modo específico a concesiones de obra pública, por lo que otros proyectos de participación público-privada que no se incluyan dentro del concepto de concesión quedarían fuera de dicha norma. Este es el motivo por el que la Unión Europea ha intentado relanzar la posibilidad de establecer un marco común que regule las PPPs. Para ello, en el año 2004, la Comisión publicó un "Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones" cuyo objetivo fue lanzar al aire una serie de reflexiones sobre la conveniencia de poner en marcha una legislación comunitaria en materia de PPPs.

El Libro Verde comienza por establecer que no existe una correcta definición de las PPPs en el ámbito comunitario, aunque menciona una serie de elementos que normalmente las caracterizan: la relativa larga duración de la relación entre el sector público y el sector privado, la necesidad de que el sector privado participe de alguna manera en la financiación del proyecto, el papel fundamental que el operador privado debe tener en la gestión del proyecto, y finalmente la necesidad de que se establezca una adecuada distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado.

El Libro Verde clasifica las PPPs en contractuales e institucionales. Las primeras son aquellas en las que el vínculo entre el sector público y el sector privado se produce esencialmente a través de un contrato, mientras que las segundas implican la partici-

pación conjunta del sector público y privado dentro de una misma entidad institucional. En el primer grupo se encuentran por ejemplo las concesiones en España o los contratos DBFO en el Reino Unido. En el segundo grupo se incluyen las sociedades con participación tanto pública como privada, como es el caso de algunas autopistas de peaje en Francia.

Dentro de las PPPs contractuales, el Libro Verde incorpora el "modelo de concesión" que se caracteriza por el vínculo directo entre el socio privado y el usuario final, y por que los usuarios contribuyen a través de una tarifa a sufragar los gastos de mantenimiento y gestión de la obra pública. Esta definición que hace el Libro Verde resulta controvertida y, en cierta medida, contradictoria con la definición que adopta la Directiva 2004/18/CE en su artículo 1, que literalmente establece que *"la concesión de obras públicas es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio"*. Como se ve, en este caso no se establece como condición distintiva del contrato de concesión el hecho de que los usuarios contribuyan a través de una tarifa.

Con la definición que el Libro Verde hace del contrato de concesión de obra pública, éste se aleja en cierta medida de la realidad del contrato de concesión de obra pública en España donde el que paga por el uso (la Administración o el usuario) no afecta a la naturaleza del contrato de concesión de obra pública. De hecho, de acuerdo con la legislación española, el empleo del peaje sombra como medio para financiar una infraestructura no es un elemento sustancial del contrato de concesión, como si lo son la transferencia de riesgo al sector privado, o la obligación de que éste lleve a cabo el mantenimiento y la explotación de la obra pública.

Esta definición parece provenir, una vez más, de la confusión entre el contrato de concesión de obra pública y las PPPs, que es en gran medida consecuencia de la desafortunada asociación que se da entre el término PPP y los proyectos de participación público-privada en el Reino Unido. Prueba de ello es que el Libro Verde distingue como otro tipo de contrato, distinto de la concesión, el modelo en que la remuneración del socio privado no adopta la forma de cánones abonados por los usuarios de la

obra o del servicio, sino de pagos periódicos realizados por el socio público.

En cuanto a los mecanismos de licitación de PPPs contractuales, el Libro Verde aboga por emplear el procedimiento abierto o restringido y excepcionalmente el procedimiento negociado. La Comisión apoya también la utilización del "diálogo competitivo" a la luz de la Directiva 2004/18/CE. Este nuevo mecanismo, que se justifica en los contratos especialmente complejos, pretende que el ente concedente entable un diálogo con los candidatos al objeto de encontrar soluciones adecuadas para responder a sus necesidades.

El Libro Verde valora positivamente que los gobiernos promuevan proyectos de iniciativa privada siempre y cuando se de la adecuada publicidad a la invitación para formular un proyecto. En cuanto a la posibilidad de conceder ventajas en la licitación al proponente de la idea, el Libro Verde menciona que dichas ventajas deberán ser estudiadas cuidadosamente a fin de evitar discriminación en el trato y falta de competencia.

A finales del año 2005, se publicó una Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones sobre colaboración público privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones que, en esencia, recoge la reacción de los diferentes Estados y agentes público y privados ante la fase de consultas a la que fue sometido el Libro Verde. Como ocurre con frecuencia con las políticas que propone la Unión Europea, la realidad demostró que tanto los Estados miembros como las empresas implicadas mantienen una postura conservadora frente a la posibilidad de que la Unión Europea instaure un nuevo marco legal comunitario sobre PPPs, aunque reconocen la importancia de promover esta figura para el correcto desarrollo del mercado interior.

La mayoría de los agentes que respondieron al proceso de consultas del Libro Verde consideraron que de momento la Unión Europea no debía tomar iniciativa alguna para crear una legislación que regule las PPPs contractuales, a excepción de los aspectos relativos a los principios generales de adjudicación para concesiones a fin de incrementar la seguridad legal y facilitar la competencia. El motivo de esa oposición es la enorme diversidad de esquemas de PPP aplicados en los diferentes países de la

Unión Europea y, en consecuencia, la resistencia de los Estados miembros a renunciar a lo que ya tienen.

En cuanto a las PPPs institucionales, la mayoría de los agentes que respondieron a las preguntas que planteaba el Libro Verde se mostraron a favor de que la Unión Europea llevara a cabo una clarificación sobre las mismas, por lo que se propuso que se elaborara una Comunicación Interpretativa que aplique los principios generales del Tratado a este tipo de relaciones entre el sector público y el privado, de modo que los Estados miembros que decidan aplicar estas figuras tengan una mayor certeza de que cumplen desde el principio la legislación comunitaria, especialmente en lo relativo a la necesidad de convocar una licitación pública para seleccionar al ente privado específico que participará con el sector privado en este tipo de relación.

#### **las PPPs en el proyecto de ley de contratos del sector público**

---

Recientemente se acaba de aprobar por el Gobierno el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público que viene a reformar la actual Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. La redacción de dicho texto ha sido motivada por la necesidad de transponer a la legislación española la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios. No obstante, como señala la exposición de motivos del proyecto de Ley, la norma no se ha limitado a transponer la Directiva comunitaria, sino que ha acometido una reforma global de la contratación pública en España.

No es el objetivo de este artículo hacer una valoración del proyecto de Ley. A este respecto, López Contreras y Mestre (2006) hacen un interesante análisis crítico de dicho proyecto, en el que mencionan que el texto es "*inusualmente extenso en la regulación de esta materia, con un resultado posiblemente innecesario y, con seguridad, excesivamente prolijo, largo y complejo*". Este apartado se centra valorar el modo en que la nueva legislación aborda los contratos de participación público-privada.

Respecto a este punto, cabe destacar que el Proyecto de Ley, al margen de modificar algunos de los aspectos de la legislación anterior, incorpora dos



Islas de peaje en la M-12.

figuras nuevas de gran relevancia para los contratos de PPP en España. La primera figura, que procede de la trasposición casi literal de la Directiva 2004/18, es el mecanismo de adjudicación basado en el "diálogo competitivo". La segunda novedad, que a diferencia de la anterior, no procede de ninguna transposición de la legislación comunitaria es un nuevo tipo de contrato que ha sido bautizado como "contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado". Además, el Proyecto de Ley mantiene la figura del contrato de concesión de obra pública con sólo leves modificaciones respecto al texto aprobado por la Ley 13/2003 de 23 de mayo.

El "diálogo competitivo" se encuentra regulado en el Capítulo V de la Directiva 2004/18. Allí se establece que los contratos públicos objeto de la Directiva se adjudicarán por procedimiento abierto o restringido y, para los casos y circunstancias específi-

cas definidos por la propia Directiva, haciendo uso del "diálogo competitivo" o del procedimiento negociado. El artículo 29 de dicha directiva en su punto 1 establece que la entidad concedente podrá usar el "diálogo competitivo" en contratos particularmente complejos, en los que el uso del procedimiento abierto o restringido no permita la adjudicación del contrato.

Los candidatos al diálogo competitivo serán seleccionados por la administración adjudicadora, quién, en todo caso, deberá respetar los criterios de transparencia y objetividad en dicho proceso de selección. Con cada uno de ellos, se llevará a cabo un diálogo que sirva para definir los medios adecuados para satisfacer las necesidades del mejor modo posible. El adjudicador no podrá revelar a los demás participantes las soluciones propuestas o datos confidenciales proporcionados por un participante sin

previo acuerdo entre dicho participante y la entidad adjudicadora.

Tras haber decidido la solución más conveniente, la entidad adjudicadora invitará a los participantes a que presenten una oferta final basada en la solución especificada durante la fase de diálogo. El contrato se adjudicará únicamente sobre la base de los criterios fijados de tal manera que la oferta adjudicataria sea la más ventajosa de acuerdo a dichos criterios. El licitador cuya oferta se considere más ventajosa se podrá ver obligado a aclarar determinados aspectos de la oferta, o a confirmar los compromisos que en ella figuran.

El objetivo primordial que tiene el "diálogo competitivo" es que la entidad adjudicadora se beneficie de las posibles ventajas que pueda obtener de la experiencia de las entidades privadas invitadas a participar en el diálogo, lo que, al menos sobre el papel, puede resultar muy enriquecedor en contratos complejos tanto técnica como financieramente. No obstante, a pesar de sus aparentes ventajas, el "diálogo competitivo" tropieza con importantes problemas que pueden llevar a que su aplicación sea un fracaso. De hecho, el sector privado ha manifestado ciertas reticencias a la participación en este procedimiento derivadas, por una parte, de los elevados costes en los que tendría que incurrir, sin ninguna garantía de que el proyecto sea finalmente adjudicado, y, por otra, de la dificultad de proteger la propiedad intelectual en este tipo de contratos.

Tal y como está definido este mecanismo de licitación, el proponente de la idea puede encontrarse con que, después de haber propuesto una solución ingeniosa y adecuada, es otro licitante el que al final hace una oferta económicamente mejor y gana el concurso, con lo que el proponente de la idea se encuentra sin ninguna compensación ni siquiera por los gastos incurridos en dicho proceso. Esta situación puede llevar a que se de una fuerte oposición de las entidades privadas a participar en este procedimiento.

Los problemas anteriormente mencionados se podrían mitigar considerablemente en la medida en que se ponga en práctica de modo efectivo el punto 8 del artículo 9 de la directiva que establece que los poderes públicos adjudicadores podrán prever premios y pagos para los participantes en el diálogo.

El Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público incluye la figura del "diálogo competitivo" en los

artículos 163 a 167. En líneas generales mantiene la regulación establecida por la Directiva, aunque añade algunas precisiones. Por ejemplo, lleva a cabo una definición de lo que se entiende por "contrato particularmente complejo", que es lo que, de acuerdo a la Directiva Comunitaria, justifica la puesta en marcha de este mecanismo. El artículo 164.2 del Proyecto de Ley establece que un contrato será "particularmente complejo" cuando el órgano de contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto.

El segundo aspecto que incluye el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público es una nueva modalidad de contratación que recibe el nombre de "contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado". En su artículo 5, se define este contrato como una de las modalidades de contratos del sector público. El artículo 11 establece las características de dicho contrato. Debido a la importancia del mismo se transcribe literalmente:

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



Hospital de La Ribera.

*tar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.*

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

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

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

Como se aprecia, dicho artículo deja poco claro el espacio que esta nueva figura viene a cubrir en el marco jurídico español de contratación pública. El ámbito de aplicación de este contrato es tan amplio y tan ambiguo que parece solaparse con el resto de fórmulas contractuales que se incluyen en el

Proyecto de Ley. La exposición de motivos tampoco aclara el objetivo primordial que el legislador se ha propuesto cubrir con dicha figura. Simplemente menciona que esta modalidad de contratación podrá utilizarse para la obtención de prestaciones complejas o afectadas de una cierta indeterminación inicial, y cuya financiación puede ser asumida en un principio por el operador privado, mientras que el precio a pagar por la Administración podrá acompañarse a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyen su objeto.

Escudriñando en el contenido del Proyecto de Ley, parece adivinarse que el objetivo del legislador es elaborar una figura que permita una mayor participación del sector privado en el proceso de concepción del proyecto, en aquellos casos en que el proyecto a acometer sea excepcionalmente complejo. Es este el motivo por el que, tal y como menciona el artículo 164.3 del Proyecto de Ley, su adjudicación debe llevarse a cabo siempre bajo la modalidad de “diálogo competitivo” sin perjuicio de que pueda seguirse el procedimiento negociado con publicidad en los casos legalmente previstos.

Ahora bien, ¿no es posible que un contrato de concesión de obra pública o de gestión de servicio público se licite bajo la modalidad de “diálogo

### CARACTERÍSTICAS DE LAS PPPs

- La relación entre el sector público y el privado debe tener larga duración
- El sector privado debe participar, al menos en parte, en la financiación del proyecto
- El sector privado debe tener un papel fundamental en el mantenimiento y explotación del proyecto
- Se debe establecer una adecuada distribución de riesgos entre el sector público y el privado

### APLICACIÓN DE LAS PPPs

- Obras públicas
- Grandes equipamientos: hospitales, cárceles, juzgados, etc.

### LAS PPPs EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

- Impulso de la UE para el desarrollo de las PPPs como instrumento de financiación de la Red Transeuropea de Transporte
- El intento de la UE por llegar a una definición y a un marco común de referencia de las PPPs no avanza a buen ritmo ya que los Estados miembros son reticentes debido a que cada país tiene su propio esquema

### LAS PPPs EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Se incorporan dos nuevas figuras:

- El Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado (CPP)
- El "diálogo competitivo" como mecanismo de adjudicación

Características de los CPPs

- Se aplican a proyectos muy complejos o indeterminados inicialmente
- La financiación inicialmente es asumida por el sector privado
- El sector privado gestiona todo el proyecto desde el inicio
- El sector privado percibe un precio de la Administración dependiendo del grado de utilización y el nivel de calidad prestado
- El contrato se adjudica bajo la modalidad de "diálogo competitivo"

competitivo" o "procedimiento negociado" en caso de que dicho contrato sea excepcionalmente complejo? ¿Qué aporta por tanto esta nueva modalidad de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado a la legislación?

Otro de los aspectos distintivos del contrato de colaboración entre el sector público y privado es su carácter integrador de diferentes contratos para la provisión de un servicio complejo a la administración pública. Sin embargo, esta situación parece estar cubierta por la figura de los contratos mixtos que regula el artículo 12 de dicho Proyecto de Ley. De nuevo, no queda clara la necesidad de utilizar el

contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para este fin.

El artículo 118 establece que 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 prefijados, o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato. Asimismo, se observa que la propia Ley establece la necesidad de llevar a cabo en dicho documento un análisis comparativo con otras formas de contratación que justifiquen en términos de "mayor valor por precio" las decisiones que se hayan tomado. Esta medida se encuentra inspirada en la evaluación del *value for money* aplicada por los proyectos de iniciativa privada en el Reino Unido. El proyecto de Ley aclara que dicha evaluación será realizada por un órgano colegiado donde se integren expertos con cualificación suficiente en la materia sobre la que verse el contrato.

El término "*value for money*" se refiere a la obligación que los poderes públicos tienen de que las obras y servicios públicos se presenten del modo en que den lugar a un coste mínimo para el mismo nivel de calidad. Este principio es fundamental en la gestión pública, ya que las administraciones son responsables de gestionar los recursos públicos de la mejor manera posible. No obstante, para aplicar este tipo de evaluación, no es necesario crear una nueva figura contractual. Las administraciones públicas pueden llevar perfectamente a cabo, antes de decidir el modelo contractual que van a aplicar, un análisis del modo más adecuado de prestación sin necesidad de crear un contrato específico como es el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

El artículo 289 del Proyecto de Ley describe el régimen jurídico de este contrato. Específicamente establece que dicho contrato se regirá por las normas generales contenidas en el Proyecto de Ley y por las normas especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal de aquél y que condicione el régimen sustantivo del contrato. Son por tanto las normas espe-



Puerto marítimo de contenedores.

cíficas del contrato de obras, de concesión de obra pública, de gestión de servicio público, de suministro, o de servicio, las que delimitan los deberes y derechos de las partes y las prerrogativas de la Administración. De nuevo se observa que este contrato carece de personalidad propia, ya que se trata de un contrato de contratos que debe aplicarse en caso de que la obra o servicio plantee una especial complejidad, y que debe licitarse siempre usando la figura del "diálogo competitivo".

El artículo 290 establece que la duración máxima de los contratos de colaboración entre el sector público y el privado no podrá exceder de 20 años, excepto en el caso de que la prestación principal sea el contrato de concesión de obras públicas, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el artículo 244 sobre la duración de este contrato.

En resumen, la sensación que da este Proyecto de Ley es que el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado se ha incluido básicamente por motivos estéticos, probablemente derivados de que el término PPP se encuentra de moda. De la redacción actual del Proyecto de Ley es difícil deducir que este contrato añada algo importante a lo que actualmente existe. La falta de sustancia con la que está definido actualmente este contrato es quizá la causa por la cual el Proyecto de Ley incluye una disposición final en la que menciona el mandato de que, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley, se someta al Congreso un proyecto de ley sobre el régimen de financiación de las concesiones de obras públicas y de los contratos de colaboración entre el sector público y el privado.

### PPPs: verdades y confusiones

De lo descrito con anterioridad se puede obtener una conclusión principal: aunque todo el mundo habla de las PPPs, pocos son los que han profundizado de verdad en el significado de este término. El concepto de participación público-privada no debe tener bandera ni color, ni régimen jurídico, ya que es algo que está sustentado en los principios fundamentales de la regulación de bienes y servicios públicos.

Sobre esta base, se puede afirmar que las PPPs se fundamentan en cuatro principios. En primer lugar, en la idea de que hay una serie de bienes y servicios de interés general, no todos, que debido a fallos de mercado (como monopolios naturales, bienes públicos, o presencia de externalidades) deben ser supervisados por el sector público. En segundo lugar, en la idea de que el sector privado puede contribuir enormemente a una mayor eficiencia y calidad en la asignación de recursos públicos. En tercer lugar, en la necesidad de definir una adecuada distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado para que la relación funcione lo mejor posible. Y, en cuarto lugar, en la idea de que la participación del sector privado en todas las fases del ciclo de proyecto (diseño, construcción, financiación, mantenimiento y operación) puede ser beneficiosa para la provisión de bienes y servicios públicos. Los principios anteriores se pueden sintetizar en cuatro términos: regulación, competencia, integración de la gestión y adecuado reparto de riesgos.

Estas ideas son en esencia las que aparecen en los criterios que establece el Libro Verde sobre PPPs de la Unión Europea para distinguir las PPPs de otro tipo de relaciones entre el sector público y privado. En adelante se enumeran dichos criterios:

1. La duración relativamente larga de la relación entre el sector público y el privado. En consecuencia, el contrato de obra no puede ser considerado como una PPP por el corto período.
2. La financiación del proyecto debe proceder al menos en parte del sector privado.
3. El operador privado debe participar en diferentes etapas del proyecto (diseño, construcción, mantenimiento, operación, etc.). En consecuencia, el contrato de obras bajo la modalidad de

abono total de precio, no puede ser considerado como una PPP, ya que el sector privado no se encarga de gestionar el activo que ha construido previamente.

4. Debe existir un adecuado reparto de riesgos entre el sector público y el sector privado.

Otro aspecto preocupante es la constante confusión entre los términos concesión y PPP que procede fundamentalmente del Reino Unido, de tal manera que es frecuente encontrar quién piensa que el concepto de PPP es distinto y contrapuesto al de concesión.

Sin embargo, en opinión de los autores de este artículo, el concepto de concesión y de PPP no son ni mucho menos conceptos contrapuestos o incompatibles. Son conceptos en dos niveles horizontales distintos que se solapan constantemente en la práctica. Mientras el término "concesión" acentúa la propiedad pública del bien o servicio que se quiere prestar, y la consiguiente relación contractual entre el sector público y privado; el término PPP acentúa la necesidad de que esa relación sea justa y eficiente para la sociedad. Este es el motivo por el que toda concesión de obra o de servicio público que establezca una distribución del riesgo entre el sector público y el sector privado debe ser considerada como un proyecto de participación público-privada; lo que, visto desde el otro lado, implica que casi todas las PPPs contractuales tendrán las características jurídicas de una concesión. De hecho, la legislación de concesiones española regula, sobre la base de la figura del contrato de concesión, innumerables maneras de entender la relación entre el sector público y privado en cuanto al diseño del proyecto, mecanismos de licitación, o contribución del usuario a la financiación de la infraestructura o servicio.

La contradicción a la que se ha hecho referencia, se puede observar, por ejemplo, en la percepción que muchos tienen de los contratos DBFO (*Design, Build, Operate, Transfer*) que se emplean en el Reino Unido. Aunque muchos quieren ver en estos contratos el paradigma de las PPPs como algo opuesto a la concesión; los contratos DBFO son en la práctica concesiones de obras o de servicios públicos en los que la única diferencia con las concesiones españolas se encuentra en aspectos que no son substanciales a la concesión como tal, como son el



Autopista de peaje  
al Aeropuerto de  
Barajas M-12.

modo de pago (por disponibilidad y peaje sombra) o el mecanismo de licitación (procedimiento negociado). De hecho, bajo la regulación actual de la concesión de obra pública en España, es perfectamente posible licitar una concesión igual a los contratos DBFO utilizando el procedimiento negociado, y estableciendo un sistema de pago al concesionario bajo la modalidad de peaje sombra. Prueba de la similitud entre los contratos DBFO en el Reino Unido y las concesiones en España, es el hecho de que muchas empresas españolas están ganando contratos en el Reino Unido, después de llevar años gestionando concesiones en nuestro país.

Del mismo modo, desde que la Ley de Concesiones fue aprobada, muchas Comunidades Autónomas en España han comenzado a fomentar proyectos de participación público-privada para la construcción, mantenimiento y gestión de hospitales,

centros judiciales y prisiones. Dichos contratos guardan una enorme similitud con los proyectos que, llevados a cabo en el Reino Unido bajo la figura del PFI (*Private Finance Initiative*), han promovido la gestión público-privada de estas instalaciones de equipamiento público.

Este aspecto es sin embargo confundido constantemente. Afortunadamente, el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones menciona a la concesión como una de las formas más importantes de PPP, con lo que se evita en cierta medida esa confusión. No obstante, el Libro Verde crea de nuevo confusión al mencionar como uno de los elementos fundamentales de la concesión el modo en que se remunera al contratista, con lo que de nuevo vuelve a crear un enfrentamiento inexistente entre el concepto de concesión y

el de PPP. El elemento fundamental de una concesión es el tipo de relación contractual entre el sector público y privado, y los principios generales de distribución de riesgos, lo que tiene poco que ver con que la tarifa la pague el usuario directamente o la subvencione la administración pública.

Una confusión mucho mayor se observa, no obstante, en el nuevo Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Al leer su texto, se obtiene la impresión de que el equipo redactor parece haberse visto obligado a introducir el término "colaboración público-privada" a toda costa, sin tener en cuenta que, la actual Ley de Contratos de las Administraciones Públicas incluye numerosas fórmulas que han promovido con éxito una correcta participación entre el sector público y el sector privado a lo largo de los tiempos; y, además, no existe ninguna normativa de

la Unión Europea que obligue a introducir ese contrato.

El proyecto de Ley parece partir de la base de que España no ha aplicado hasta ahora mecanismos de participación público-privada, cuando la propia legislación española lleva aplicando ya desde hace años muchos mecanismos innovadores en esa línea. Eso no quiere decir que no haya nada que mejorar, o que la aplicación de conceptos importados de otros países como el de *value for money* no se deban de ponerse en práctica en España. Lo que si quiere decir es que lo que se innove, si es que realmente aporta algo, se lleve a cabo desde el marco de los mecanismos contractuales que ya existen, y que han demostrado ser no sólo eficaces, sino además innovadores y potenciadores de la industria española. ♦

#### Referencias:

-Comisión de las Comunidades Europeas (2000). *Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre las Concesiones en el Derecho Comunitario*. DOCE, Bruselas.  
-Comisión de las Comunidades Europeas (2004). *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*. COM (2004) 327. Bruselas.  
-Comisión de las Comunidades Europeas (2005). *Communication from the Commission*

*to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Public-Private-Partnerships and Community Law in Public Procurement and Concessions*. COM (2005) 569. Bruselas.  
-IZQUIERDO, R. y VASSALLO, J.M. (2004). *Nuevos sistemas de gestión y financiación de infraestructuras de transportes*. Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos. Colección SEINOR nº 35, Madrid.  
-LÓPEZ CONTRERAS, M. y MESTRE, J.F. (2006). *Contratos públicos: Análisis de la regulación*

*de España y discusión de las principales líneas de mejora*. Cátedra Jurídica del Centro PwC & IE del Sector Público, Madrid.  
-Ministerio de Economía y Hacienda (2006). *Proyecto de ley de contratos del sector público*. Madrid.  
-Parlamento y Consejo Europeo (2004). *Directiva 2004/18/CE de 31 de marzo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro, y de servicios*. DOCE, Bruselas.  
-Public Works Financing (2005). *2005 International Major Projects Survey*.