

El marco contractual adecuado para las concesiones de servicios urbanos de Metro, Metro ligero, tranvías y trenes ligeros

A contractual framework suitable for Metro, light Metro, tram and light rail urban services

José Luis Villar Ezcurra. Dr. en Derecho

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la UCM. Socio de Ariño y Asociados, Abogados. jlvillar@arinoyasociados.com

Resumen: En el presente artículo se analiza la forma contractual más adecuada para instrumentar operaciones de construcción y explotación de metro, metro ligero, tranvías y trenes ligeros. Todos estos medios de transporte colectivo son acordes con el concepto de "*ciudad sostenible*" que se propugna desde la Unión Europea y no son pocas las ciudades españolas que han implantado o tienen intención de hacerlo estos medios limpios de transporte. Este fenómeno, unido a la posible incertidumbre que puede crear la entrada en vigor de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, hace que este artículo tenga un especial interés en el momento actual.

Palabras Clave: Metro ligero; Tranvías; Concesiones de obra pública; Colaboración público privada

Abstract: The present article considers the most suitable form of contract to implement the construction and operation of metro, light metro, tram and light rail services. All these collective means of transport come under the concept of the "sustainable city" proposed by the European Union and many Spanish cities have already introduced or have the intention to introduce these clean means of transport. This upsurge, together with the potential uncertainty that may be created by the introduction of the new Spanish Public Sector Contract Law, gives this article particular currency at the present time.

Keywords: Light metro; Light rail; Public work concessions; Public-private collaboration

1. Preliminar

El presente Estudio tiene por objeto exponer y analizar algunos de los problemas jurídicos que plantean las concesiones de servicios urbanos de metro, metro ligero, tranvías y trenes ligeros en relación con el marco normativo aplicable a las mismas y los condicionamientos que este marco normativo puede implicar en los correspondientes Pliegos.^[1]

[1] Aunque la terminología no es uniforme ni se encuentra recogida en ningún cuerpo normativo el presente Estudio pretende hacer referencia tanto al Metro como a los tranvías y a esas otras formas "híbridas" de más actualidad que se denominan como metros o trenes ligeros (dependiendo de que su trazado discorra en todo o en parte de forma subterránea o por la superficie). Desde una perspectiva estrictamente jurídica, todas estas modalidades de transporte son encuadrables en el concepto genérico de "ferrocarriles" por contar con un camino de rodadura fijo como se pondrá de manifiesto más adelante.

El tema es de indudable actualidad habida cuenta de que son ya bastantes los municipios españoles que cuentan o tienen intención de contar con este tipo de transporte urbano colectivo, habida cuenta de sus indudables ventajas, tanto desde la perspectiva medioambiental como desde el punto de vista de la seguridad de los viajeros. En este sentido es de tener en cuenta la Comunicación de la Comisión Europea de 11 de febrero de 2004 COM (2004) 60 "*Hacia unas estrategias sobre el medio ambiente urbano*" en donde se pone de manifiesto lo siguiente:

"El tráfico tiene un impacto significativo en el medio ambiente y en la salud de los habitantes de las ciudades, así como en la calidad de vida global en las mismas. El tráfico es una de las principales fuentes de agentes atmosféricos, como el ozono o

el NO₂ y representa cerca del 40% de las emisiones de CO₂ vinculadas al transporte. Por otro lado, las dos terceras partes de los accidentes de tráfico con resultado de lesiones que se produjeron en la Unión Europea (UE) en 2000 se registraron en zonas urbanas. El ruido en las zonas urbanas es también un problema grave y con tendencia al alza; un 80% del mismo procede del tráfico.

La Comisión considera que cada capital o ciudad de más de 100 000 habitantes debería elaborar, adoptar, aplicar y revisar periódicamente un plan de transporte urbano sostenible que contemple objetivos a corto, medio y largo plazo. También deberían impulsarse otras medidas, como por ejemplo las destinadas a fomentar la adquisición de vehículos de bajo nivel de emisiones y consumo o a promover el uso de combustibles alternativos.”

Ya con anterioridad, el Libro Blanco sobre Política Europea de Transportes (2001) ponía de manifiesto que, para lograr el objetivo comunitario global de la movilidad sostenible en Europa, serían necesarios unos sistemas de transporte urbano bien concebidos y con una menor dependencia de los combustibles fósiles. En definitiva, desde la UE se potencia el desarrollo de los transportes públicos urbanos y, muy especialmente, la de aquéllos que sean más respetuosos con el medioambiente, como es el caso del metro, el metro ligero, el tren ligero y los tranvías. El impacto de esta política se ha dejado notar en nuestro país y, como se ha dicho, son cada vez más los municipios que han implantado o tienen pensado hacerlo a corto plazo estos “viejos” y nuevos sistemas de transporte colectivo.

Sin embargo, la implantación de estos sistemas tiene un alto coste económico y, como es sabido, nuestros municipios (salvo muy raras excepciones) no cuentan con medios suficientes para costearlos de forma directa, motivo por el cual se está acudiendo al modelo concesional. Modelo que, por otra parte, es la expresión más antigua y primigenia de lo que ahora se conoce bajo las siglas PPP (Public, Private, Partnership) que tuvo sus orígenes en el mundo anglosajón. La concesión de servicio público o la de obra pública son, desde la vieja Instrucción de Obras Públicas de 1845, sistemas legalmente admitidos para la creación y explotación de las infraestructuras (era la denominada contratación “*por empresa*”). Por otra parte, la reciente Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) –Ley

30/2007, de 30 de octubre- ha venido a introducir un factor de incertidumbre jurídica más al incorporar a la relación de contratos administrativos típicos el denominado de “*colaboración público privada*”. Quiere ello decir, que en el momento actual (en realidad, a partir del próximo 30 de abril, fecha de entrada en vigor de la LCSP) los municipios que pretendan acometer la implantación de las formas de transporte colectivo a que nos referimos (metro, metro ligero, tren ligero o tranvía), se enfrentan a tres posibles marcos contractuales como son los siguientes:

- La concesión de servicio público o las restantes formas contractuales de gestión de los servicios públicos (gestión interesada, concierto o empresa mixta).
- La concesión de obra pública.
- El contrato de Colaboración público privada.

A la vista de este extenso marco normativo la pregunta que surge resulta prácticamente inevitable: ¿son admisibles todos estos tipos de contratos o sólo alguno o algunos de ellos? La cuestión es, a nuestro juicio, de indudable trascendencia habida cuenta de que la elección de un tipo contractual erróneo puede dar al traste con un determinado proyecto y tiene indudable importancia a la hora de redactar y aprobar los correspondientes Pliegos que han de regir la adjudicación del contrato. Por cierto, que al hilo del análisis de esta cuestión se harán algunas consideraciones acerca de los contratos de Colaboración público privada (CPP) absolutamente necesarias para una comprensión cabal del problema.

2. El marco normativo aplicable a los transportes urbanos: la legislación autonómica en materia de transportes urbanos

Cualquier reflexión acerca del tipo contractual adecuado para la implantación de las modalidades que nos ocupan para el transporte colectivo urbano pasa por determinar la “*regla de fondo*” aplicable a los mismos. Hasta la Sentencia 118/1996, de 27 de junio, del Tribunal Constitucional, era indudable que el marco normativo común de referencia se encontraba en la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) de 1987. A partir de la citada Sentencia se declaran inconstitucionales los preceptos de dicha Ley

relativos al transporte urbano de viajeros, lo cual crea, en principio, un claro vacío normativo en las Comunidades Autónomas que paulatinamente va siendo rellenado con las correspondientes leyes autonómicas en materia de transportes urbanos. El contenido de las citadas Leyes viene a ser muy similar en los aspectos fundamentales que interesan para el presente estudio, ya que en todas ellas se califican los servicios de transporte urbano como “servicios públicos” de competencia municipal y se reconduce su gestión a las típicas de esta clase de actividades (esto es, concesión, gestión interesada, concierto y empresa mixta).^[2]

De ello podría desprenderse ya una primera conclusión aunque fuese con carácter provisional y a salvo de lo que se puntualizará más adelante: la forma contractual de implantación de los tipos de transportes urbanos que ahora se analizan (metro, metro ligero, tranvías y trenes ligeros) es la propia de las formas de gestión de los servicios públicos que llevan aparejada la construcción de obra. Por otra parte, es de tener en cuenta que la LOTT sigue rigiendo –en calidad de Derecho supletorio– en casi todas las CC.AA. como consecuencia de lo cual serán de aplicación, también, los artículos 157 a 165 de la misma, relativos a los ferrocarriles que no formen parte de la Red Nacional. Y no será de aplicación, en ningún caso, lo establecido en la Ley 39/2003, de 17 de noviembre (del Sector Ferroviario) precisamente porque los citados preceptos de la LOTT no resultan derogados por la misma (Disposición derogatoria única de la Ley 39/2003).

3. Conclusiones que pueden extraerse del análisis de algunos Pliegos recientes para la construcción y explotación de metros, tranvías, metros ligeros o trenes ligeros

De la lectura de algunos de los Pliegos de Condiciones más recientes relativos a esta clase de contratos se extraen conclusiones muy importantes de cara



al problema relativo a su enmarque contractual. Así, en el caso de los Pliegos del Metro de Málaga y del metro ligero de la Comunidad de Madrid T1 entre Pinar de Chamartín-Sanchinarro-Las Tablas, T2 entre Colonia Jardín y Pozuelo de Alarcón y T3 entre Colonia Jardín y Boadilla del Monte se recoge, de forma explícita que se trata de una concesión de obra pública. Otro tanto sucede en el Pliego para la construcción y explotación del tranvía de Parla, a pesar del reconocimiento de que se trata de la explotación de un servicio público, citándose explícitamente el artículo 161 de la LOTT.^[3]

A nuestro juicio, el problema de todos estos Pliegos es que realizan una “mala lectura” del concepto de

[2] Entre las Leyes autonómicas que han sido analizadas, se encuentran las siguientes: Ley Foral 7/1998, de 1 de junio, reguladora del Transporte Público Urbano por Carretera de la Comunidad Foral de Navarra. Ley 20/1998, de 27 de noviembre, de Ordenación y Coordinación de los Transportes Urbanos de la Comunidad de Madrid. Ley 14/1998, de 30 de diciembre, de los Transportes Urbanos de la Comunidad Autónoma de Aragón. Ley 15/2002, de 28 de noviembre, de transporte urbano y metropolitano de Castilla y León. Ley 2/2003, de 12 de mayo, de Ordenación de los Transportes Urbanos y Metropolitanos de Viajeros en Andalucía. Ley 8/2005, de 30 junio, reguladora del Transporte Urbano por Carretera de La Rioja.

[3] Es de tener en cuenta que la concesión de la línea 1 del Metro de Sevilla, se refería a una línea interurbana y que, asimismo, la concesión licitada en la Comunidad de Madrid para el establecimiento de la línea de metro ligero desde Colonia Jardín a Pozuelo de Alarcón fue licitada como contrato de obras sometido, en lo concerniente a su preparación y adjudicación, a la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, que regula los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, y en cuanto a su ejecución y finalización por las normas de derecho privado.

concesión de obra pública, tal y como ésta se define en el artículo 220.1 del TRLCAP. Veamos el tenor literal del citado precepto:

1. Se entiende por contrato de concesión de obras públicas aquél en cuya virtud la Administración pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, **de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general**, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título.

Con esta definición debería quedar clara la diferencia entre las concesiones de obra y las de servicio público puesto que en las primeras se trata de explotar las obras **que sean necesarias** para la prestación de un servicio público pero no para la prestación directa del servicio. Este aspecto es claramente apreciable en el caso de los ferrocarriles ya que una cosa es la construcción y explotación de la infraestructura (cobrando a los prestadores del transporte mediante peajes) y otra muy diferente la prestación del servicio público de transporte. A nuestro juicio, pues, y bajo el marco del TRLCAP, tan sólo estaremos en presencia de una concesión de obra cuando se construya una infraestructura ferroviaria y no se preste el servicio de transporte sino que el concesionario se limite a explotar la infraestructura cobrando peajes a quienes presten el servicio público de transporte.

Dicho lo anterior, veamos cómo se encuentra el marco normativo a la entrada en vigor de la reciente LCSP tomando en cuenta los tres posibles marcos contractuales que han sido anteriormente expuestos.

4. Una posibilidad coherente: el contrato mixto de concesión de obra y de servicio público

El concepto de concesión de obra pública varía con la LCSP y se acude a una definición casi calcada

de las Directivas 93/37 y 2004/18 que acercan este tipo de contrato a los de ejecución de obra. La definición de las concesiones de obra se encuentra en el artículo 7.1 del citado texto legal:

1. La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto **la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6**, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que **la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio**.

Aquí ya no hay mención alguna a la prestación de servicios públicos, con lo cual la delimitación entre estos contratos y las concesiones de servicio público que requieren la realización de obras queda difuminada.^[4] A ello contribuye, además, el hecho de que en la definición de los contratos de gestión de servicios públicos se omite toda referencia a la realización de obras como puede comprobarse con la simple lectura del artículo 8.1 de la LCSP:

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

Cierto es que este tipo de contratos admiten la realización de obras, como así se deduce de los artículos 254 y 255 de la LCSP pero ello no impide apreciar el hecho de que las diferencias entre la concesión de obra y la de servicio público (con obra) han quedado bastante difuminadas en el momento actual. Con todo, y por lo que se refiere a la implantación de líneas de metro, metro ligero, tranvías y trenes ligeros, entendemos que lo más ortodoxo (teniendo en cuenta la regulación contenida en las normas autonómicas re-

[4] Esta ausencia de mención a los servicios públicos se encuentra en el hecho de que, como es sabido, el Derecho Comunitario en materia de contratos desconoce los de gestión de servicios públicos que no encuentran su reflejo en ninguna de las Directivas que regulan la contratación.



gadoras de los transportes urbanos) consistiría en seguir manteniendo que se trata de contratos de gestión de servicios públicos con realización de obra ya que, de otro modo, este tipo de contratos quedaría vacío de contenido real.^[5] Y es que resulta claro que con la actual definición de las concesiones de obra

[5] En este sentido, véase el Informe 49/97, de 17 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, en donde, con cita en los Informes previos 3/95 y 24/96, afirmó lo que sigue: «Este mismo criterio ha sido sustentado ya por esta Junta Consultiva en sus informes de 22 de marzo de 1995 (expediente 3/95) y de 30 de mayo de 1996 (expediente 24/96), tratándose de aclarar, en este último, la posible contradicción de la tesis sustentada con la dicción literal del artículo 159.2 en cuanto establece que serán de aplicación para las obras en el contrato de gestión de servicios públicos los preceptos establecidos en la Ley para la concesión de obras públicas. En este sentido se afirmaba que debía descartarse la idea de que "todo contrato de gestión de servicios públicos que incluya cualquier género de obra, aunque fuera de ínfima cuantía, habría de regirse por las normas del contrato de concesión de obras y, en definitiva, del contrato de obras" argumentándose para descartar tal idea que "desnaturalizaría la finalidad de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto establece y regula como tipos contractuales distintos los de obras y los de gestión de servicios públicos, quedando este último sin prácticamente campo de aplicación si prevalece la interpretación que se descarta". Idéntica argumentación debe utilizarse para descartar la interpretación del artículo 130.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto establece que el contrato de concesión de obras públicas queda sujeto a las normas generales de los contratos de obras, que excluyera la aplicación total del régimen jurídico del contrato de gestión de servicios públicos pues ello significaría su desnaturalización y eliminación de su campo de aplicación, en contradicción con la prescripción terminante del artículo 6 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas».

pública no existe asidero alguno para sostener (siquiera sea de forma poco ortodoxa como sucedía con el TRLCAP) que este tipo de contrato otorga título habilitante para la gestión de una actividad de servicio público.

A nuestro juicio, la clave para resolver de una forma jurídicamente ortodoxa el problema planteado (sin producir una auténtica *"debacle"* en este tipo de concesiones) se encuentra en un doble orden de consideraciones. Por una parte, el artículo 19 de la LCSP proclama la aplicación preferente de la misma –sobre la legislación sectorial– en todo lo relativo a la *«preparación, adjudicación, efectos y extinción»* de los contratos a que se refiere la misma. Ello quiere decir que la LOTT ha de pasar a un segundo plano y que resulta de preferente aplicación la regulación de las concesiones de obra pública de la LCSP.

Por otro lado, cabría considerar que nos encontramos ante un *«contrato mixto»* y que, por aplicación de la regla establecida en el artículo 6 del antiguo TRLCAP ha de seguirse la regulación del que tenga *«más importancia desde el punto de vista económico»*. Hasta aquí nada novedoso porque podía llegarse a un punto sin salida si se trata de combinar el contrato de obra con el de servicio público, habida cuenta de que en las concesiones de obra esta ecuación (desde el punto de vista económico) no conduce a ninguna solución práctica ya que, por definición la

construcción y la explotación de la obra son económicamente equivalentes [6].

Sin embargo, si la «*mixtura*» de contratos se enfoca desde otra perspectiva diferente el resultado es tremendamente lógico. Si en lugar de «*hibridar*» un contrato de obra con otro de gestión de servicio público se mezcla una concesión de obra con una concesión de servicio público claramente se cae en la cuenta de que el mayor peso económico de esa «*mixtura*» recae en la concesión de obra (que conlleva el coste de las infraestructuras frente a los costes de explotación de la actividad de servicio público). Desde esta óptica puede sostenerse, por tanto, que las concesiones para líneas de metro, tranvías y metros ligeros reposa bajo la cobertura de un contrato mixto entre la concesión de obra y la de servicio público rigiéndose –según la regla del artículo 12 de la LCSP– por las correspondientes al primero de estos contratos en lo concerniente a su adjudicación (advértase, que ya no se impone aplicar el «*régimen jurídico*» del contrato que tenga más prevalencia económica).[7] A su

[6] En este sentido, vid. la «*Concesión administrativa de obra pública como nueva fórmula de gestión de servicios públicos sanitarios*» de FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS que, al respecto, razona lo que sigue: «*Para resolver esta cuestión es frecuente acudir al artículo 6 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: la prestación que tenga más valor desde el punto de vista económico. Pero de poco sirve. En esta modalidad contractual, la gestión debe ser como mínimo de valor equivalente a la obra construida –de otro modo se incurriría en enriquecimiento injusto–, y, si la obra resulta ser accesoria, la prestación del servicio público siempre tendrá más valor, lo que lleva a sus normas especiales. La preferencia del régimen legal del servicio sobre las normas reguladoras de los bienes es indiscutible: la establece el artículo 74 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales ("las normas del reglamento de servicios serán asimismo de preferente aplicación cuando la utilización de bienes de uso público fuere sólo la base necesaria para la prestación de un servicio público municipal o provincial"), el artículo 87 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas ("La utilización de los bienes y derechos destinados a la prestación de un servicio público se supeditará a lo dispuesto en las normas reguladoras del mismo y, subsidiariamente, a lo dispuesto por esta Ley"), y también el artículo 158.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (exigencia de anteproyecto de ejecución y explotación de obras en los contratos de gestión de servicio público que exijan la ejecución de obras, con sujeción a la normativa de la concesión de obras públicas). En suma, el régimen del bien cede ante el régimen jurídico del servicio público al que se encuentra afecto. La clave radica, entonces, en el concepto de servicio público».*

[7] Esto quiere decir que la «*regulación del contenido*» del contrato puede ser una auténtica «*mixtura*» de los tipos de contratos que confluyan en el contrato mixto (en este caso, concesión de obra pública y de servicio público). El texto del artículo 12 de la LCSP es el siguiente: «*Cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá, en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.*»

vez, la concesión de servicio público sirve de título habilitante para la prestación del transporte colectivo de viajeros (que es el elemento que le faltaría a la mera concesión de obra pública).

De hecho, la solución que se propugna (el contrato mixto) no es en absoluto novedosa porque tanto la doctrina como la jurisprudencia habían acudido a ella al tener que enfrentarse a los contratos de construcción y explotación de autopistas en régimen de peaje (que, desde la Ley 13/2003 han quedado subsumidos en las concesiones de obra pública). La única novedad –si es que puede ser calificada como tal– es que lo que ahora se propugna no es la «*hibridación*» de un contrato de obra con otro de gestión de servicio público, sino la de una concesión de obra con una concesión de servicio público. Y es que la «*mixtura*» entre la obra pública y el servicio público no conduce a ningún resultado práctico (según la regla aplicable a los contratos mixtos) porque en una concesión de obra pública –que sería el tipo de contrato adecuado a la implantación de líneas de metro, tranvías o metros ligeros– resultan equivalentes, por definición, las prestaciones correspondientes a la fase de construcción (imputables al contrato de obra) con las correspondientes a la de explotación de la misma (referibles a la gestión de un servicio público). El dilema se resuelve si se combina una concesión de obra pública con otra de servicio público porque, entonces, resulta imputable al primer tipo contractual el coste de toda la infraestructura (e incluso, los elementos fijos móviles) mientras que al segundo tipo contractual (gestión del servicio público) tan sólo le serían imputables los costes de explotación del servicio. Como quiera que, en el caso de la implantación de líneas de metro, tranvías o metros ligeros, el coste de las infraestructuras ha de ser muy superior a los de explotación del servicio, una vez demostrado este extremo en el correspondiente expediente administrativo –según el sistema que se adoptaba en el TRLCAP para los contratos mixtos– nada impediría aplicar las reglas correspondientes a las concesiones de obra pública (que, sin duda alguna, es el modelo contractual más adecuado para este tipo de operaciones).

Queda, no obstante, por aclarar un aspecto importante en relación con el tratamiento de los contratos mixtos en la LCSP. Como ya se ha dicho, el artículo 12 de la misma abandona el criterio consistente en imponer la regla de fondo del contrato que mayor peso económico tenga, y se limita a expresar que se

aplicarán las reglas de adjudicación correspondientes a este último. ¿Qué sucede, entonces, con la regla de fondo? La respuesta se encuentra en los artículos 25.2 y 99.2 de la citada Ley que también tratan del contenido de los contratos mixtos y de sus requisitos. Así, el artículo 25.2 se expresa en los siguientes términos:

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

De ello se deduce que no caben mixturas artificiales sino tan sólo aquellas de las que pueda predicarse la “*unidad funcional*” de la que habla el precepto, cosa que sucede sin lugar a dudas en las concesiones para la construcción y explotación de metros, metro ligero, tranvías y trenes ligeros. Pero mucho más explícito es el artículo 99.2 en el que se dice lo siguiente:

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

Es decir, que hay que reflejar en los Pliegos la regulación correspondiente a cada uno de los contratos que se hibridan quedando, únicamente, sin resolver la cuestión relativa al plazo de esta clase de contratos. Cuestión que no tiene por qué afectar al supuesto que nos ocupa (sí a otro tipo de contratos mixtos) en la medida en que cabe jugar con dos plazos muy amplios, como son los cincuenta años para los servicios públicos con obra y los cuarenta años para las concesiones de obra. Con aplicar, el plazo menor de estos dos –es decir– cuarenta años, el problema desaparece en la práctica.

5. Las concesiones de servicio público con obra

Ya se ha dicho cómo este tipo de contratos podría quedar vacío si la mayor parte de los supuestos se conduce hacia las concesiones de obra (o hacia contratos mixtos entre la concesión de obra y la de servicio público). Sin embargo, también es cierto que en las concesiones de servicio público con realización de obra ésta no puede consistir en la totalidad de la infraestructura que soporta el servicio público porque en tales casos la regulación de las concesiones de obra pública parece mucho más adecuada (en la medida en que existe una regulación de la fase relativa a la construcción de la obra que no existe en la gestión de servicios públicos). ¿Cómo establecer, entonces, la frontera entre una clase y otra de contratos? A nuestro juicio, y a expensas de un análisis mucho más detenido de la cuestión, sería necesario diferenciar los supuestos en los que la obra a realizar por el concesionario implica toda la infraestructura del servicio de aquellos otros en que hay una infraestructura preexistente que sólo tiene que ser completada por el concesionario (como sucede, muy frecuentemente, en el suministro de agua a poblaciones). En este último caso –cuando el peso económico de la obra a realizar no afecta a toda la infraestructura del servicio– sería aplicable el contrato de gestión de servicios públicos, mientras que en los supuestos como el que ahora nos ocupa, la figura adecuada sería el contrato mixto de concesión de obra pública y de servicio público.

6. El mito y el peligro de los contratos de colaboración público-privada

Desde que se conocieron los primeros anteproyectos de la LCSP surgieron críticas hacia la nueva figura contractual que incorpora la misma bajo la denominación de Colaboración público privada. Pretendía pasar por una figura equivalente a los contratos PPP (Public, Private, Partnership) que tienen su origen en EE.UU –década de los 70– bajo la conocida forma BOT (Build, Operate and Transfer) y desde donde pasaron al Reino Unido (década de los 90) bajo la forma DBOT (Design, Build, Operate and Transfer) como parte de la denominada política de la Private Finance Initiative (PFI). En realidad, se trataba de encontrar una vía alternativa a la privatización de servicios que tuvo un

éxito creciente al combinar la iniciativa/gestión pública con la privada en países que nunca habían aceptado el concepto de "*servicio público*". En otros países –como es el caso del nuestro– la finalidad de las PPP se había logrado ya con la fórmula concesional desde mitad del siglo XIX y se utilizaba con frecuencia para la gestión de servicios públicos (al amparo del sistema concesional es como surgieron los grandes servicios públicos, tanto estatales como locales).

La Ley 8/1972 de Autopistas vino a añadir un modelo más al sistema concesional y a mostrar las bondades de lo que, en el mundo anglosajón, se denominaba como colaboración público privada (dando carta de naturaleza a un tipo muy específico de concesiones de obra pública). Ya en nuestros días, la Ley 13/2003 vino a colmar un vacío legal que cada vez se hacía más evidente y dio carta de naturaleza a las concesiones de obra pública. Con ello, el modelo concesional (que, insistimos, obedece a la misma estructura que la PPP anglosajona) quedaba escindido en dos grandes bloques:

- Por un lado, las tradicionales concesiones de servicio público que podían conllevar, o no, la realización de obras e instalaciones fijas.
- Por otro, la aparentemente novedosa concesión de obra pública (con antecedentes en la legislación del siglo XIX) que, también, podía incorporar, o no, la construcción de una obra y en todo caso su explotación.

De hecho, la Unión Europea no fue ajena a este doble camino emprendido por los países anglosajones y los de tradición de "*servicio público*", y así se reconoció en el Libro Verde sobre la Colaboración público privada en donde se diferenciaba entre una fórmula contractual (las concesiones de obra y de servicio público) y una fórmula institucional (que vendría a equivaler a nuestras empresas mixtas que no son más que otra forma de gestión de los servicios públicos). Dicho de otro modo, nuestro país no necesitaba para nada la implantación de los denominados contratos PPP porque esto ya se encontraba reconocido en las formas contractuales existentes en el TRLCAP. En el propio Libro Verde de la Comisión Europea antes citado se dice lo siguiente en su primer apartado:

La expresión «colaboración público-privada» (CPP) carece de definición en el ámbito comuni-

tario. En general, se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio.

Seguidamente, el citado Libro pone de manifiesto que las operaciones de CPP suelen caracterizarse por los siguientes elementos:

- La duración relativamente larga de la relación, que implica la cooperación entre el socio público y el privado en diferentes aspectos del proyecto que se va a realizar.
- El modo de financiación del proyecto, en parte garantizado por el sector privado, en ocasiones a través de una compleja organización entre diversos participantes. No obstante, la financiación privada puede completarse con financiación pública, que puede llegar a ser muy elevada.
- El importante papel del operador económico, que participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación). El socio público se concentra esencialmente en definir los objetivos que han de alcanzarse en materia de interés público, calidad de los servicios propuestos y política de precios, al tiempo que garantiza el control del cumplimiento de dichos objetivos.
- El reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público. No obstante, las operaciones de CPP no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos. El reparto preciso de los riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos.

No parece necesario seguir insistiendo en que todas estas características son las propias de las formas contractuales de gestión de los servicios públicos o las de todas las concesiones de obra pública. La cuestión se centra, pues, en la pregunta siguiente: ¿para qué era preciso incorporar a nuestro Derecho una nueva figura contractual bajo la denominación de Colaboración público privada? La respuesta es



muy simple, no resultaba en absoluto necesario puesto que la figura concesional respondía a todas las características de la CPP y, por otra parte, la Directiva 2004/18 que incorpora a nuestro Derecho la LCSP no menciona en ningún momento la CPP. A nuestro juicio, lo que ha hecho el legislador con esta figura es complicar innecesariamente las cosas puesto que, en realidad, no existe un contrato de Colaboración público privada diferente de los restantes tipos contractuales. En realidad se trata, como mostraremos, de un mero “envoltorio” dentro del cual pueden aparecer contratos de gestión de servicios públicos, concesiones de obra o contratos de suministro.

Para comenzar con el análisis de esta figura es muy ilustrativa la forma en que se define, llena de expresiones jurídicamente indeterminadas y gramaticalmente muy vagas. Así, el artículo 11 de la LCSP contiene la siguiente definición del contrato de CPP:

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 aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.
- d. Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.

2. Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas.

3. 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.

4. **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 puede comprobarse, el elemento sustancial de este tipo de contratos se encuentra en la indeterminación y complejidad de su objeto (lo cual es predicable de cualquier otro tipo contractual). La clave para entender el auténtico significado del contrato de CPP se encuentra en el artículo 289 de la LCSP en donde se revela que su régimen jurídico será el correspondiente al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal de aquél. Dice así el citado artículo:

“Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado se regirán por las normas generales contenidas en el Título I del presente Libro y **por las especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal de aquél**, identificada conforme a lo dispuesto en el artículo 120.a), en lo que no se opongan a su naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar conforme al artículo 11.

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

¿Qué virtualidad tienen, entonces, este tipo de contratos que pueden encerrar el contenido de cualquier otro? Sencillamente la aplicación del procedimiento del Diálogo competitivo como sistema de adjudicación casi exclusivo (también pueden adjudicarse por el procedimiento negociado sin publicidad) según establece el artículo 164 de la LCSP. Dicho en otros términos: los tan traídos y llevados contratos de CPP no son mas que cualquier otro tipo de contrato nominado cuyo objeto resulta especialmente complejo e indeterminado y, por esa razón, han de ser adjudicados mediante el Diálogo competitivo. En suma, y como se decía anteriormente, la CPP no es mas que un mero “envoltorio” para otro tipo de contratos pero, realmente, no estamos en presencia de un nuevo tipo contractual. Hasta aquí queda razonado el “mito” de los nuevos contratos de CPP, pero mucho más importante que esto es el peligro que encierran.

El “peligro” de esta clase de contratos se pone de manifiesto con la simple lectura del artículo 120 de la LCSP en donde se contiene una relación pormenorizada del contenido de los mismos. De ello se deduce que la regla que impone el artículo 289 (consistente en acudir a la regulación prevista para el tipo de contrato que se corresponda con su objeto) es una mera remisión al vacío, en la medida en que los contratos de CPP pueden regular –al socaire de la libertad de pactos– al margen de lo establecido en la LCSP temas tan importantes como la remuneración del contratista o el reparto de riesgos, lo cual conduce a unos niveles de incertidumbre difícilmente asumibles por las Entidades que tendrán que financiar el contrato.

En suma, todo un cúmulo de incertidumbres que no pensamos que favorezcan en nada la «agili-

dad» de la contratación administrativa por esta vía en la que todo parece ser admitido (pero sin llegar a saber con certeza hasta qué punto ello puede ser así). Mas le hubiera valido al legislador regular el Diálogo competitivo para cada uno de los tipos contractuales realmente existentes con lo cual se habrían evitado incertidumbres tales como las que provocan los artículos 118 y 119 en donde se regulan la fase de preparación de los contratos de CPP. En el artículo 118 se establece una «Evaluación previa» cuyo objeto consiste en poner de manifiesto las razones de la indeterminación del objeto del contrato que han conducido a la celebración de la CPP. Por su parte, en el artículo 119 se regula el denominado «Programa funcional» que tiene por finalidad establecer los parámetros técnicos, económicos y jurídicos que informarán el Diálogo competitivo. Lo que no se nos aclara es cómo se engarzan estas fases con las correspondientes a cada tipo de contrato y así, y por lo que se refiere a la concesión de obra pública, no se sabe a ciencia cierta si estos dos trámites son anteriores o posteriores al Estudio de Viabilidad que se regula en el artículo 112 de la LCSP. Es decir, que el legislador ha creado mayores problemas que los que pretende solventar con la figura de la CPP porque no ha sabido reconocer que no estamos en presencia de un nuevo tipo de contrato nominado sino ante una mera modalización de otros contratos (que obedecen al modelo de las PPP o de la CPP tal y como se configura en el Libro Verde de la Comisión Europea antes citado).

A la vista de lo expuesto, parece claro que la CPP plantea demasiados problemas a la hora de determinar el marco contractual aplicable a la implantación de líneas de metro, metro ligero, tranvías o trenes ligeros. La respuesta –básicamente– seguirá siendo la misma que ya ha sido anticipada: la fórmula más ortodoxa consiste en reconducirlos a la figura de los contratos mixtos entre la concesión de obra y la gestión de servicio público en los términos que han sido analizados. ♦

Referencias:

–Villar Rojas, Francisco. “La concesión administrativa de obra pública como nueva fórmula de gestión de servicios sanitarios. Revista Derecho y Salud, vol. 14 nº 1, 2006. pp. 1-16.