



TESIS DOCTORAL

LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA Y

LA REFORMA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Doctorando: Miguel Ángel Campos Sánchez

Director: Prof. Dr. D. Federico Castillo Blanco

Granada

Julio, 2017

Programa de Doctorado: Ciencias Jurídicas

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: Miguel Ángel Campos Sánchez
ISBN: 978-84-9163-889-6
URI: <http://hdl.handle.net/10481/51892>

**LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN
PÚBLICO-PRIVADA Y LA REFORMA DEL
DERECHO ADMINISTRATIVO**

Doctorando: Miguel Ángel Campos Sánchez.

Director: Prof. Dr. D. Federico Castillo Blanco.

Catedrático de Universidad.

Introducción.

I. Las relaciones Administración-individuo: una perspectiva histórica.

I.1. Caracterización de las relaciones entre Administración e individuo en el D. Administrativo Originario.

I.1.1. La eclosión liberal/libertaria.

I.1.2. El fundamento ideológico-filosófico.

I.1.3. Recapitulación.

I.2. Crisis del modelo relacional originario.

II. Modelo relacional vigente. Complejidad del actual marco de relaciones.

II.1. La aparición del Derecho administrativo cooperativo.

II.2. Recapitulando: Convivencia de tres modelos.

III. La colaboración público-privada (CPP): génesis y exégesis.

III.1. Concepto.

III.2. Génesis: las fórmulas de financiación privada de obras y servicios en el Reino Unido.

III.3. Caracteres de la CPP.

III.4. Razones para el desarrollo y auge de las fórmulas de CPP.

III.5. La estabilidad presupuestaria: demandas crecientes, recursos menguantes.

III.5.1. Demandas crecientes.

III.5.2. Recursos menguantes

III.6. Inconvenientes y cautelas frente a la CPP.

IV. Justificación de nuestra propuesta metodológica.

V. El Contrato de Colaboración Público-Privada (CCPP) *strictu sensu*:

V.1. El Marco Legal original: la Ley de Contratos del Sector Público.

V.2. Concepto legal de Contrato de Colaboración Público-Privada.

V.3. Distinción de figuras afines: la concesión.

V.4. Régimen Jurídico.

V.5. Caracteres.

VI. El diálogo competitivo.

VI.1. Un procedimiento novedoso (que lo fue).

VI.2. Régimen funcional.

VI.3. Toma de posición (preliminar): el diálogo competitivo como especie de discrecionalidad. Discrecionalidad *no es* arbitrariedad.

VII. Casuística (nefasta) y remedios cosméticos, contingentes (tópicos).

VII.1. Esbozo de casuística comparada.

VII.2. La experiencia española: los errores.

VII.3. Análisis telegráfico de las causas (tópicas).

VII.4. Propuestas fragmentadas (tópicas).

VII.5. Nuestra propuesta (tópica): las Agencias de CPP.

VII.5.1. Definición y caracteres.

VII.5.2. Funciones.

VIII. Derogación de los contratos de Colaboración Público-Privada.

IX. TESIS.

X. A modo de falsación.

X.1. Sobre si el actual paradigma puede enfrentar las carencias descritas.

X.2. Las aportaciones doctrinales.

XI. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

«**Teetetes.**- ¿Qué entiendes por pensar?»

Sócrates.- Un discurso que el alma se dirige a sí misma sobre los objetos que considera. Me explico como un hombre que no sabe muy bien aquello de que habla, pero me parece que el alma, cuando piensa, no hace otra cosa que conversar consigo misma, interrogando y respondiendo, afirmando y negando, y que cuando se ha resuelto, sea más o menos pronto y ha dicho su pensamiento sobre un objeto sin permanecer más en duda, en esto consiste el juicio. Así pues, juzgar, en mi concepto, es hablar, y la opinión es un discurso pronunciado, no a otro, ni de viva voz, sino en silencio y a sí mismo. ¿Qué dices tú?».

No es otra la pretensión de este trabajo. Pensar. Como nos enseña Platón en su diálogo *De la Ciencia* o *Teetes*, estas letras no nacen sino del continuo interrogante y la respuesta sincera, errada o no.

La presente labor de investigación es consecuencia de una intuición en estado de latencia conveniente estimulada por el Prof. Castillo Blanco, a quien debo agradecer y agradezco que me lanzara con el equipaje preciso hacia una labor, la investigación, que es tan lejana a mi frenético día a día. Siguiendo su consejo, y tras no pocos momentos de flaqueza sólo superados con tesón a falta de genio, puedo alzar la voz y decir con orgullo que he disfrutado con la redacción de este trabajo.

La irrupción de los Contratos de Colaboración Público-Privada en la legislación nacional y su final por laminación, se nos plantea como un magnífico observatorio desde el que atisbar el estado de la construcción dogmática tradicional del Derecho Administrativo. Si este tipo de contratos (y su defenestración) inauguran, avanzan o advierten sobre la necesidad de una reforma global del Derecho Administrativo, es cuestión central de este trabajo, y equivale a reflexionar acerca del contenido de las actuales relaciones Estado-individuo y la capacidad de la construcción tradicional del Derecho Administrativo para darles cobijo.

No cabe duda de que el estudio de las relaciones entre el Estado y el individuo a lo largo de la Historia, así como el contenido relacional que configuró la concepción inicial de la dogmática del Derecho Administrativo, difieren en mucho del complejo marco de conexiones y enlaces que se aprecian hoy entre lo privado y lo público.

La metodología seguida en la reflexión propuesta, ha tenido como objetivo la aprehensión del marco de relaciones estudiado en toda su dimensión histórica. Así, partiendo del estudio del Derecho Administrativo Originario, se realiza una aproximación a los modos, formas y maneras en que se han producido —cuando se han producido— relaciones entre lo público y lo privado y, más concretamente, relaciones de tipo cooperativo.

Seguidamente, y una vez que la cooperación Estado-individuo se ha impuesto con normalidad en los países de nuestro entorno cultural, se ha realizado

un análisis de las causas de la expansión del modelo cooperativo, con expresión pormenorizada de las virtudes y defectos que su generalizada práctica ha puesto de manifiesto.

Con el estudio de la regulación de la Colaboración Público-Privada en general, y de los contratos así nominados, así como su derogación con atisbo de sus causas, intentamos esbozar la vigencia intelectual del actual paradigma.

I. Las relaciones Administración-individuo: una perspectiva histórica.

La labor de aproximación primaria y posterior análisis de la colaboración público-privada, y los contratos así nominados que constituyen nuestro objeto de estudio –con carácter instrumental, ya veremos- puede realizarse desde una doble perspectiva: por un lado, mediante el aislamiento de toda aquella actividad administrativa en la que exista una base cooperativa, procediendo así a su estudio particularizado; o, por otro lado, partiendo de una necesaria –adelantamos ya- inclusión de la actividad cooperativa en el marco general de las relaciones entre la administración y el individuo.

El estudio de las concretas relaciones entre poder e individuo, no es más que el estudio mismo de los caracteres que configuran, en cada momento histórico, el D. Administrativo mismo. Entre la vieja frase de O. MAYER «*el Estado no pacta con el súbdito*» y la fallida por novísima¹ regulación de los CCPP -resulta evidente-, han sucedido muchas cosas; tantas que no pueden ser analizadas de manera aislada o fragmentaria, sino que forman parte de la evolución/transformación que ha sufrido el D. Administrativo. Por tanto, y en aras de la pureza metodológica, resulta lo más adecuado realizar un somero análisis de los caracteres con que nació esta rama del Derecho, para advertir después el estado en que se encuentran a día de hoy dichos caracteres, la variaciones sufridas y su incidencia en el marco de las relaciones entre la administracaión y el individuo.

¹ «Fallida por novísima»: término que, con mayor o menor fortuna, adelanta y condensa el objeto central de esta tesis.

Y ello porque partimos de una premisa: la certeza en la evolución del D. Administrativo; es decir, nuestro punto de partida es la concepción de esta rama del Derecho como un objeto de estudio cambiante, cuyas mutaciones se producen de forma mancomunada con las que afectan a la propia administración pública y, más aún, a evolución misma de la sociedad o, por mejor decir, de los procesos de cooperación social, en los que la Administración en sentido amplio es actor principal, pero sólo actor. «La organización de la administración pública influencia al Derecho que la afecta. Del mismo modo, la ciencia jurídica reutiliza toda la batería de conquistas anteriores, usándolas ante el nuevo material jurídico como criterios ordenadores»².

A este respecto, recordamos la antigua disputa entre L. DUGUIT y O. MAYER. El primero, advertía ya en el segundo decenio del siglo XX de la profunda transformación a que se estaba viendo sometido Derecho Administrativo, mientras que el fundador del Derecho Administrativo alemán afirmaba su continuidad y permanencia frente a la contingencia del Derecho Constitucional; o la gráfica sentencia de A. DE TOCQUEVILLE, que advertía la pervivencia de la construcción administrativa aún sin constitución «*como un cuerpo que camina después de separarse de la cabeza*»³.

Muchas instituciones, claro está, permanecen, pero muchos han sido también los cambios de tal forma que resulta innegable la idea de evolución; cuestión distinta es si esos cambios son de suyo tan profundos que exigen una nueva dogmática del Derecho Administrativo -cuestión que trataremos con cierta

² Cassese, S. *La Globalización Jurídica*, Marcial Pons, 2006. Pág. 175.

³ A este respecto, Muñoz Machado, S. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo I. Thomson-Civitas, 2004. Pág. 82 y ss.

profundidad más adelante- si bien adelantamos la necesidad de escuchar las voces que claman por un movimiento de reforma profundo, si quiera sea a los fines de reflexionar sobre su oportunidad o no⁴.

I.1. Caracterización de las relaciones entre Administración e individuo en el D. Administrativo Originario.

A efectos de mero orden en la exposición, seguiremos la doctrina tradicional o clásica en lo que a la cronología del Derecho Administrativo se refiere, si bien hacemos constar la existencia de posturas doctrinales que difieren de la línea aquí seguida⁵.

⁴ En este sentido, resulta fundamental: Schmidt-Assmann, E. (Javier Barnés, Coord.), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, 2006. Pág. 37: «El postulado reduccionista del que parte el modelo tradicional y la distorsión de la realidad que ello provoca hacen necesario un profundo análisis de la dogmática del Derecho Administrativo. Baste un examen de la legislación para comprobar por ejemplo que el modelo explicativo de la dirección a través de la ley no resulta suficiente. Por eso, si la doctrina del Derecho Administrativo se quedara anclada en las premisas de ese modelo, se situaría, no a la cabeza de la innovación de la ciencia, sino en el furgón de cola, por detrás de las demás fuerzas motrices que promueven el desarrollo del Derecho Administrativo».

⁵ Tal disensión tiene puntos en común que son notorios, como el hecho de considerar construido el Derecho Administrativo sobre una base precedente; en realidad, la discrepancia únicamente surge en la identificación del momento histórico de nacimiento del D. Administrativo, dependiendo de si se considera ese precedente como Derecho Administrativo propiamente dicho o como simple basamento del que surgirá más adelante. Siguiendo el primer criterio: Desdentado Daroca, E. *La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: Privatización, Huida de la regulación Pública y Administraciones Independientes*. Tirant lo Blanch alternativa. 1999. Nota a Pág. 13: «Ello, en mi opinión, no debe llevar, sin embargo, a afirmar que el Derecho Administrativo nazca en el seno del constitucionalismo moderno y, concretamente, en la Revolución Francesa, como mantiene la teoría clásica sobre los orígenes del Derecho Administrativo. Diversos estudios, entre los que destacan los de Villar Palasí y Nieto, han puesto de relieve que en el Antiguo Régimen existía un conjunto de normas aplicables al Príncipe y a otras autoridades, como los Concejos, que eran sustancialmente distintas a las que regulaban la actuación de los particulares, y ello en atención a las especiales exigencias de la actividad que habían de desarrollar para la consecución de los fines públicos.

Este conjunto de normas configuraban ya un sector diferenciado del ordenamiento jurídico debido a que poseían una especificidad o sustantividad propia frente a los restantes sectores del ordenamiento jurídico y, concretamente, frente al Derecho Privado. Y este sector diferenciado del ordenamiento jurídico no puede calificarse sino como Derecho Administrativo, pues reúne el rasgo característico del mismo: la exorbitancia frente al Derecho Privado como medio necesario para que las autoridades públicas encargadas de la gestión administrativa puedan lograr una adecuada satisfacción de determinados fines públicos. Puede concluirse, pues, que había ya un Derecho Administrativo en el Antiguo Régimen, que a su vez se basó en las instituciones que el Derecho canónico recibió del Derecho Romano, así como en el Derecho regio del período intermedio creado por las curias regias también a partir del Derecho Romano. Sobre la base de ese Derecho Administrativo del Antiguo Régimen y sin una ruptura completa con el mismo, pero moldeándolo con los nuevos principios ideológicos y políticos, el constitucionalismo

Así pues, y realizada la anterior salvedad, decimos que el Derecho Administrativo es un derecho moderno, pues su alumbramiento tiene lugar con los periodos revolucionarios que tuvieron lugar a finales del siglo XVIII, si bien advertimos ya del antecedente de la Revolución Gloriosa Inglesa. Por tanto, ha de fijarse temporalmente lo que deba entenderse por Derecho Administrativo originario. Siguiendo la tradicional clasificación de HAURIOU, el periodo comprendido entre el estallido revolucionario de 1789 y 1870 es la fase de gestación del Derecho Administrativo. Así, si bien haremos necesariamente referencia a la fase de gestación, y partiendo de que la precisión temporal en términos históricos es una quimera, fijamos el *dies a quo* de nuestro particular estudio a partir de 1870, iniciado el crecimiento de los Estados, finalizado el *laisser-faire* y esbozados los primeros desarrollos del estado de bienestar⁶.

I.1.1. La eclosión liberal/libertaria.

La aproximación histórica al nacimiento del Derecho Administrativo, suele iniciarse con el estallido revolucionario francés de 1789; no puede obviarse, sin embargo, que los postulados con que influyó en la posteridad la Revolución

moderno y, sobre todo, la Revolución Francesa y la obra napoleónica, dieron nacimiento a un nuevo Derecho Administrativo: el Derecho Administrativo propio de un Estado de Derecho. Pero el hecho de que antes de ese momento no existiera el Derecho Administrativo propio de un Estado de Derecho no puede llevarnos a afirmar la ausencia de todo Derecho Administrativo. Cada etapa histórica imprime la huella de los principios ideológicos y políticos predominantes sobre las normas, instituciones y técnicas administrativas, pero la sustantividad o especificidad del Derecho Administrativo no desaparece».

⁶ Cassese, S. *Op. Cit.* Pág. 179: «Para establecer con precisión el punto inicial, es preciso recordar que, si bien es verdad que en 1819 fue por primera vez impartido un curso de Derecho Administrativo en una universidad francesa, el periodo que va del 1789 a 1870 se define como fase de gestación [...] fijada la fecha de referencia inicial, la final se coloca entre los últimos decenios del siglo XX y el inicio del siguiente cuando en el área cultural francesa se desarrolla la idea de una “*crise du droit administratif*” provocada por la lentitud de la justicia administrativa, por la crisis de la noción de servicio público, por la separación entre ciencia y jurisprudencia, y por el hecho de que en el ámbito cultural alemán empieza a hablarse de “*neues Verwaltungsrecht*”».

Francesa, tuvieron su antecedente en la Revolución Gloriosa de Inglaterra, acaecida casi un siglo antes.

Ya en el siglo XVII, en Inglaterra se habían planteado dos cuestiones de primordial importancia, no ya para su devenir histórico propio, sino para la Historia de la Humanidad. Tales cuestiones pueden ser resumidas de la siguiente forma: se trataba de dilucidar si la Ley estaba por encima de los reyes o si la voluntad de estos prevalecía sobre la Ley; y la segunda cuestión, tampoco baladí, se debatía en torno a si el Parlamento estaba por encima del *Common Law* o el *Common Law* por encima de las leyes⁷.

Los acontecimientos acaecidos en Inglaterra supusieron la victoria sin paliativos del Parlamento sobre el rey. Ello supone que el Parlamento se consolida como el único poder verdaderamente ilimitado. Al Poder Judicial, al que la Revolución procuró independencia, se adjudica la labor de aplicación y creación del Derecho, pero con sometimiento a Ley. El Poder Ejecutivo aparece limitado por una doble vía: su sometimiento a la Ley y su general dependencia respecto del Parlamento.

Por tanto, la Revolución Gloriosa había dado lugar a los principios básicos del constitucionalismo moderno, tales como la división de poderes, el sometimiento del poder a la Ley, el Principio de Soberanía o el Principio de Legalidad. Postulados que fueron importados por la Revolución Francesa de manera literal, si bien su irrupción en el terreno continental difirió sustancialmente del largo proceso desarrollado en Inglaterra. De tal forma, «los principios establecidos suave y

⁷ Desdentado Daroca, E. *La Crisis de... Op. Cit.* Págs. 15 y ss.

sutilmente por la Revolución Inglesa reaparecen con especial fuerza y contundencia en la Revolución Francesa [...] En Inglaterra, la transformación constitucional tuvo lugar como consecuencia de un movimiento incesante y casi invisible, mientras que en Francia fue consecuencia de unas rupturas violentas y creaciones rápidas, que hacen que el cambio operado se aprecie con mayor claridad y rapidez en la historia de Francia que en la de Inglaterra»⁸.

El régimen nacido de los citados movimientos revolucionarios es a menudo objeto de análisis que pecan –a nuestro modo de ver- de una visión excesivamente global, generalista, en bien entendido que de pura generalidad se desdibuja la realidad de lo acaecido. Por tanto, nos proponemos pretenciosamente esbozar un somero análisis sobre cuál sea la naturaleza del régimen nacido en la última década del siglo XVIII en Francia y cuyos postulados fueron profusamente exportados, si quiera porque su comprensión nos acerca a aprehender la verdadera *ratio* de régimen administrativo que genera.

El fenómeno que nos proponemos analizar, y nos referimos, claro está, a la Revolución Francesa, suele ser contemplado desde una absoluta confianza de la humana naturaleza, amplificando hasta lo irracional el cariz libertario –pero no sólo- que dicho movimiento revolucionario presentó. Su razón de ser, su honda realidad como obra humana que fue, es más compleja y menos romántica de lo que la superficialidad de un apresurado análisis nos puede llevar a creer.

Entendemos, como otros, que la óptica desde la que acometer su estudio, no puede ser –o, al menos, no únicamente- la del afán libertario, pues la visión así obtenida ha de ser por fuerza fragmentaria; vale citar aquí al escritor checo Milan

⁸ De Jouvenel, B. *El Poder*. Editorial Nacional. 1974. Pág. 302. Citado por Desdentado Daroca, E. *La*

Kundera, y su conocido *adagio* «la visión desaparece, por igual, ante la luz cegadora, y en la oscuridad total». Esta visión (la deslumbrante) aun siendo tremendamente atractiva, ha de ser tamizada por el través de otra perspectiva –menos romántica, más prosaica- pero que a menudo se nos presenta como motor de multitud de cambios y avances en la Historia Universal. Nos referimos a la naturaleza omnívora, expansiva y totalizadora del poder.

Convenimos que «la historia política de los Estados Occidentales, convulsa y contradictoria, parece cobrar sentido si se contempla desde la óptica de la tendencia del poder a crecer de modo ilimitado, tanto en extensión como en intensidad. La historia de la Administración, pues, es la historia de un poder cuya directriz profunda de evolución ha sido la de un constante crecimiento y de una permanente sofisticación»⁹.

Y no desmerece ni pierde valor lo así logrado; y es que la Historia no es evolución, sino progreso, y éste exige la toma efectiva de decisiones por los seres humanos, a diferencia de aquella que tiene lugar por el mero paso del tiempo¹⁰; lo que sucede es que estas decisiones –reiteramos, humanas- no están las más de las veces guiadas por el amor fraternal, sino por otro tipo de móviles entre los que tienen especial cabida tanto el *afán de poder*, como el *afán de poder más*.

Puede afirmarse sin temor al envanecimiento, que «la soberanía sale intacta de la tormenta y el absolutismo democrático toma el relevo del absolutismo

Crisis de... Op. Cit. Pág. 21

⁹ Santamaría Pastor, J.A. *Principios de Derecho Administrativo General I*. Iustel. 1ª Edición. Pág. 27.

¹⁰ Magnífica reflexión sobre la Historia, Pérez Victoria de Benavides, Manuel. *Una Historia del Derecho a través de sus textos*. Comares. 1993.

monárquico, pues es cierto que una revolución no cuestionando el poder en sí mismo, cuanto al que lo ostenta»¹¹.

Por tanto, consideramos ciertas, pero incompletas, las visiones más amables de este tan estudiado pasaje histórico, y que definen la Revolución Francesa como «un glorioso movimiento que con un ímpetu avasallador se impuso por todo el área occidental, consiguiendo instaurar en este Viejo Mundo aquellos esquemas más racionales de la organización del poder experimentados con éxito en el ámbito anglosajón»¹².

Ante tan dispar comprensión del suceso histórico que analizamos –lo que nos obliga a tomar partido- ¡cómo resuenan las palabras pronunciadas a principio de los años sesenta del siglo XX por EDWARD H. CARR!...: «cuando los maestros se contradicen de modo tan flagrante, es lícito intentar averiguar qué sucede. Espero hallarme lo bastante al día como para darme cuenta de que algo escrito en la última década del siglo pasado tiene que ser un disparate. Pero no estoy lo suficientemente adelantado como para compartir la opinión que cualquier cosa escrita estos últimos diez años forzosamente tiene que ser verdad»¹³.

Partiendo de esta humildad epistemológica advertida por Carr, desde una perspectiva netamente jurídica, cierto es que los movimientos revolucionarios de finales del XVIII y su corolario en términos normativos, el Derecho Administrativo, nacen como contestación a una necesidad de racionalizar el poder, configurándose esta rama jurídica como una suerte de instrumento para amarrarlo, domarlo y someterlo.

¹¹ Parejo Alfonso, L. (Coord.). *Manual de Derecho Administrativo (Parte General)*. Ariel, 5ª edición. Pág. 8.

¹² Martín Mateo, R. *Manual de Derecho Administrativo*. Thomson-Aranzadi. 26ª Edición. Pág. 36.

Ahora bien, la ruptura que supone el estallido revolucionario, no incluye la destrucción del edificio absolutista anterior; el régimen nacido se edifica sobre la firme roca del basamento jurídico anterior, pues tal es la naturaleza de las cosas que afirmara ORTEGA Y GASSET: «todo lo que es se mueve dentro de las condiciones de lo que ha sido», lo que vale para cualquier campo del saber social.

Como se ha afirmado, una consideración superficial de los principios de soberanía nacional, división de poderes, derechos innatos e inviolables y de legalidad, unida a la concepción tópica del Estado liberal como un Estado preocupado exclusivamente por la libertad, observador riguroso del *laissez faire*, *laissez passer*, lleva a la creencia de que estos movimientos realizaron un sistemático desmontaje de las estructuras administrativas del Antiguo Régimen; de acuerdo con esta hipótesis, la Administración habría quedado minimizada al máximo en su organización y constreñido al máximo su contenido funcional¹⁴. Cosa que, evidentemente, no sucedió.

La modificación radical de las estructuras administrativas del Antiguo Régimen es innegable, pero también lo es el aumento en cantidad y calidad de los instrumentos de actuación desde el poder. No puede hablarse con propiedad –como a menudo se hace– de un estado abstencionista cuando el incremento de las funciones administrativas –educativa, asistencial, de fomento...– es esta época exponencial¹⁵. La abstención propugnada no impregna la total función pública, sino que es abstencionista, fundamentalmente, en lo económico; se propugna la libertad, pero una libertad que es, más concretamente, la comercial, al tiempo que se requiere

¹³ *¿Qué es la Historia?* Planeta-Agostini. 1993. Pág. 10.

¹⁴ Santamaría Pastor J.A. *Principios de Derecho...* Op. Cit. Pág. 45.

¹⁵ En el mismo sentido, Santamaría Pastor. *Principios de Derecho...* Op. Cit. Pág. 46.

un Estado fuerte, fácilmente identificable que, desde el principio de legalidad, propicie la tranquilidad y seguridad que el desenvolvimiento de la vida económica necesita. Pero, al tiempo, es un estado hacedor, que intensifica vívidamente su actividad de fomento –carreteras, canales...-. Ahora bien, esta expansión hacedora, prestadora y generadora de la Administración no supondrá gran avance –en términos gruesos- en el marco relacional Estado-individuo, que vendrá determinado –seguirá determinado, por mejor decir- por la supremacía de lo público, situando al individuo en una situación de infraordenación.

El Derecho Público reconoce el orden social inmanente como un orden justo, por lo que se limita a la adopción de medidas que garanticen ese orden, que es tanto como garantizar la libertad –económica, sobre todo- y la propiedad; pero, a la vez, intensifica su labor de policía y de fomento, responsabilizándose igualmente servicios públicos considerados esenciales como enseñanza, correos, transporte sanidad y obras de infraestructura.

Tenemos, por tanto, y siguiendo a PARADA VÁZQUEZ, una aparente contradicción entre un poder público abstencionista al tiempo que hacedor. Esta contradicción entre la filosofía liberal abstencionista y el intervencionismo estatal fue solventada en muchos casos mediante la técnica de las concesiones, que permite la organización de dichos servicios sin gestionarlos directamente¹⁶.

I.1.2. El fundamento ideológico-filosófico.

¹⁶ Parada Vázquez, R. *Derecho Administrativo I*. Marcial Pons, 1997. Pág. 484.

De los tres teóricos de los movimientos revolucionarios, Voltaire, Montesquieu y Rousseau, es de este último del que obtenemos el basamento filosófico configurador del modelo relacional originario Estado-individuo.

De su amplia obra –no toda de naturaleza política, sino también mística, cabe decir- es en el *Contrato Social*, publicado en 1762, donde expone su concepción de la política. El *Contrato Social* puede ser expuesto en las siguientes palabras: «cada uno de nosotros pone su persona y todo su poder en común, bajo la suprema dirección de la voluntad general y, en nuestro estado social, recibimos a cada miembro como una parte indivisible del todo»¹⁷.

Ya hemos adelantado que, si bien en los primeros momentos de este Estado *paleoliberal* se incrementan notablemente las funciones de lo público, también hemos advertido acerca de la asimetría de partida entre éste y el individuo. Filosóficamente, podemos afirmar que dicha asimetría nace directamente del *Contrato Social*. Para ello, bebiendo de la propia fuente, nos detenemos en un concepto crucial esbozado con toda nitidez por Rousseau:

«Ahora bien, como el soberano está formado únicamente por los particulares que lo componen, no tiene ni puede tener interés contrario al de estos; por consiguiente, el poder soberano no tiene ninguna necesidad de garantía ante los súbditos, porque es imposible que el cuerpo quiera perjudicar a todos sus miembros; y luego veremos que no puede perjudicar a

¹⁷ Russell, B. *Historia de la Filosofía*. RBA, 2005. Pág. 751.

ninguno en particular. El soberano, por el simple hecho de serlo, es siempre todo lo que debe ser»¹⁸.

Para la comprensión en toda su hondura de lo parcialmente transcrito, hemos de conectar lo anterior con dos conceptos clave en Rousseau: la noción de soberano y la de voluntad general. Con el término soberano, no se refiere el filósofo al monarca, sino que es un ente de naturaleza más o menos metafísica, no incorporado del todo en ninguno de los órganos visibles del Estado. Por otro lado, la voluntad del soberano es siempre la voluntad general. Cada ciudadano participa en la voluntad general, pero puede también, como individuo, tener un voluntad particular contraria a la voluntad general. El contrato social implica que cualquiera que se niegue a obedecer la voluntad general debe ser forzado a hacerlo¹⁹.

Esta situación de supremacía, deriva en una idea de igualdad que es ciertamente *sui generis* –no por leve o poco utilizada, sino por lo original de su configuración misma- y adquiere tal importancia en la obra de Rousseau que ha llevado a afirmar que «la libertad es la meta nominal de su pensamiento, pero, de hecho, es la igualdad lo que él estima que se trata de asegurar, incluso a expensas de la libertad»²⁰.

Abonando esta tesis, transcribimos parcialmente la noción de igualdad que Rousseau anuda a la de competencia²¹: «de aquí resulta que el poder soberano, con

¹⁸ Rousseau, J.J. *Discurso Sobre el Origen de la Desigualdad Entre los Hombres/El Contrato Social*. RBA, 2005. Pág. 144.

¹⁹ Russell, B. *Historia... Op. Cit.* Pág. 751.

²⁰ Russell, B. *Historia... Op. Cit.* Pág. 750.

²¹ En realidad, de lo que estaba tratando Rousseau, como nos ha enseñado la posterior doctrina, no era de competencia, sino de potestad, en el sentido de que en el ejercicio de sus potestades la Administración gestiona sus competencias; la potestad tiene, por tanto, un carácter dinámico, mientras que la competencia se configura de manera estática.

lo absoluto, con todo lo sagrado, con todo lo inviolable que es, no rebasa ni puede rebasar los límites de los convenios generales [...] de suerte que el soberano nunca tiene el derecho a cargar a un súbdito más que a otro, porque entonces, pasando el asunto a ser particular, el poder del soberano deja de ser competente»²².

Por tanto, estamos en disposición de extraer las consecuencias que para la relación Estado-individuo se derivan del pensamiento rousseauiano: de un lado, el Estado, lo público, es ubicado en un estadio de superioridad respecto de lo privado/particular, por cuanto lo público, por definición, está compuesto por la adición de lo particular; por otro, esta superioridad es sagrada en tanto que respete la igualdad en la inferioridad de los individuos o intereses particulares; más aún, es tal su potencia que puede obligar al particular, nada menos, que a ser libre²³.

De ello, casi por ósmosis, se deriva una cuestión crucial en lo que a nuestro estudio se refiere: ¿por qué ha de cooperar el Estado con el individuo, si el hecho de «ser Estado» supone ya la más alta, íntima y perfecta colaboración...?

I.1.3. Recapitulación.

Seguimos en este apartado el esquema trazado por S. CASSESE²⁴, que advierte la existencia de cinco caracteres originarios en Derecho Administrativo: primero, **nacionalidad**, como elemento centralizador, vertebrador y garante de la

²² Rousseau, J.J. *Discurso...* Op. Cit. Pág. 156.

²³ Russell, B. *Historia...* Op. Cit. Pág. 751.

²⁴ *La Globalización...* Op. Cit. Pág. 180.

identidad nacional; segundo, **supremacía** de la administración, a la que ha de unirse **el principio de legalidad** –que se erige para corregir los excesos de aquélla- y **poder discrecional**; tercero, prerrogativa de **ejecutoriedad**; cuarto, carácter eminentemente **gubernamental**; quinto, **especialidad de juez**.

De este esquema apenas esbozado, y del análisis del fundamento ideológico que lo sustenta, extraemos –casi por decantación- una conclusión en lo que a las relaciones de ese régimen administrativo primario mantenía con el individuo: se concibe Estado y sociedad civil como dos compartimentos estancos, para los que no rige la teoría de vasos comunicantes, sin que exista más interrelación que la necesaria para protegerse el uno del otro.

En palabras de G. JELLINEK, «de la naturaleza del ser humano se infiere, tanto desde un punto de vista histórico como lógico, que sólo existe el deber, y no el derecho, frente al Estado». En términos similares, O. MAYER: «de este modo, el Derecho Administrativo está determinado por los sujetos jurídicos cuyas relaciones ha de regular. Por una parte, el Estado, que es el que ejerce la actividad administrativa, esto es, el que administra. Y frente al Estado administrador se halla la masa de los seres humanos que a él están sometidos, y la multitud de las corporaciones humanas y de las personas jurídicas todos ellos constituyen el otro sujeto de Derecho, individual o colectivamente, en función de cuál sea la forma en que aquéllos se ven afectados por la actuación estatal».

Así, en los albores del Derecho Administrativo, no puede hablarse, ni siquiera de manera tangencial, de una idea de cooperación o colaboración entre la organización administrativa y el individuo, sino que la relación se articula entorno a

la idea de supra/infraordenación, en el que el Derecho Administrativo es el vehículo mediante el que actúa el *imperium* la Administración/poder.

I.2. Crisis del modelo relacional originario.

No hablamos de otra cosa que de la crisis del Estado Liberal (*paleoliberal*). «A finales del siglo XIX y principios del XX, el Estado alcanza el cenit de su evolución: sus principios se encuentran firmemente instalados en la conciencia política y jurídica colectiva. Su gran conquista, junto con la fundamentación democrática del poder, es sin duda la reducción de éste –en su acción interior cara al ciudadano- al Derecho el poder público es fuerte y vigoroso y puede actuar, investido de *imperium*, imponiendo y ejecutando sus decisiones unilateralmente, sin necesidad de impetrar para ello el auxilio judicial, pero su acción es siempre jurídica o en términos de Derecho, lo que significa sujeta, aunque sea *ex post*, al control judicial»²⁵.

Es un Estado separado de la sociedad, en la medida en que aquél y ésta se conciben como sistemas distintos, dotados ambos de una lógica propia y contruidos de manera racional, si bien cada uno con límites bien definidos y con relaciones o puntos de contacto escasos y bien determinados²⁶.

Pero una vez alcanzada la casi perfección del modelo nacido de los movimientos revolucionarios de finales del XVIII, y tras el periodo de asentamiento y depuración acaecido durante la totalidad del siglo XIX²⁷, este Estado amplio y

²⁵ Parejo Alfonso, L. (Coord.) *Manual... Op. Cit.* Pág. 12.

²⁶ Parejo Alfonso, L. (Coord.) *Manual... Op. Cit.* Pág. 12.

²⁷ Ahora sí, Estado Liberal, atrás ya el seminal Estado Paleoliberal, en la denominación que hemos adoptado.

vigoroso, superior y potente pero separado de la sociedad, tal modelo relaciones entra en crisis por la aparición de una serie de fenómenos²⁸:

- El auge urbano y demográfico nacido de la propia dinámica capitalista-industrial, que genera ingentes bolsas de población que demanda participación política y acción efectiva del poder estatal para la superación de la desigualdad material entre individuos.
- Como consecuencia de las dos Guerras Mundiales, el Estado pasa de ser mero prestador de servicios a ser empresario²⁹. Citas de este Estado Empresario
- El progreso científico y tecnológico, hace avanzar desde una sociedad de la producción hacia sociedad de los servicios, la información y comunicación, creando una creciente dependencia del individuo de la entera sociedad.

En definitiva, la crisis del Estado Liberal finaliza con el nacimiento del Estado Social, que no es más que la adaptación de aquél a la era postindustrial. Esta nueva concepción de estado nace como respuesta a la necesidad de tender puentes entre la realidad social y la configuración política formal. Al Estado ya no se le va a

²⁸ También seguimos aquí, por su claridad a Parejo Alfonso, L. (Coord.) *Manual. Op. Cit.* Págs. 13 y ss.

²⁹ La Sociedad Española de Participaciones Industriales es aún hoy accionista mayoritario en: AGENCIA EFE - ALIMENTOS Y ACEITES - CETARSA - CORPORACION RTVE - DEFEX - ENSA - GRUPO COFIVACASA - GRUPO CORREOS - GRUPO ENUSA - GRUPO HUNOSA - GRUPO MERCASA - GRUPO NAVANTIA - GRUPO SEPIDES - GRUPO TRAGSA - HIPÓDROMO DE LA ZARZUELA - IZAR CONSTRUCCIONES NAVALES EN LIQUIDACIÓN - MAYASA – SAECA.

<http://www.sepi.es/default.aspx?cmd=0001&IdContainer=90>

exigir una actividad meramente prestacional, sino que ha de implicarse en la corrección de las desigualdades sociales imputadas al mecanismo capitalista.

La primera formulación a nivel constitucional de este nuevo Estado Social tiene lugar en 1949 con la Ley Fundamental de Bonn. Se trata, por tanto, de superar la tradicional separación entre Estado y sociedad, que pasa a convertirse en responsable de las condiciones de vida de la sociedad.

La ingente tarea que supone asumir tan pesada carga, requiere una profunda modificación por extensión de las estructuras organizativas públicas preexistentes. Se produce así un aumento cuantitativo y cualitativo de la Administración Pública sin parangón en la Historia Universal. El afianzamiento de este modelo, obliga a la utilización de nuevas técnicas organizativas y funcionales, entre las que podemos destacar las siguientes:

- el Estado centralizado ya no puede hacerse cargo de la totalidad de lo que se le exige, por lo que ha de crear organizaciones especializadas que, aun con un alto grado de dependencia respecto de la Administración central, están formalmente separadas y gozan de autonomía en el ejercicio de sus funciones.
- Igualmente, ante la necesidad de descargarse de funciones, el Estado encarga funciones administrativas al colectivo destinatario de las mismas. Un ejemplo paradigmático son los Colegios Profesionales o las Cámaras de Comercio, siendo sus funciones propias las de defender los ámbitos competenciales de las respectivas profesiones, y aun procurar extenderlos,

luchar contra el ejercicio indebido y las competencias desleales de las mismas, perfeccionar las condiciones del ejercicio profesional, promover la cooperación y ayuda entre sus miembros, la protección mutua y la asistencia social de los mismos y de sus familiares, desarrollar su formación o promoción³⁰...; es clara aquí la fusión de intereses privados y públicos.

- El Estado abandona la tradicional creencia en cuanto a su incapacidad para operar en el tráfico mercantil, lanzándose de lleno a la producción directa de bienes y servicio como un empresario más, utilizando para ello la creación de fórmulas jurídico públicas.
- Lo anterior desemboca inevitablemente en un reforzamiento relativo del papel de la Administración, reforzamiento o expansión que si bien alcanza diversidad de ámbitos, es especialmente intenso y significativo en el plano normativo³¹. Esta potenciación del papel de la Administración pública en el seno de las estructuras estatales, con el consiguiente desplazamiento hacia la misma de gran cantidad de decisiones adoptadas por el poder legislativo, ha provocado un último fenómeno digno de mención: la utilización y demanda de participación.

Tendremos tiempo de volver sobre este aspecto, si bien retengamos ahora lo siguiente: tal frenesí normativo carente de una más directa

³⁰ García de Enterría E. y Fernández T-R. *Curso de Derecho Administrativo I*. Thomson-Civitas. 13ª Edición. Págs. 395 y 396.

³¹ Santamaría Pastor J.A. *Principios... Op. Cit.* Pág. 61.

legitimación democrática, ha generado el nacimiento de nuevas exigencias a fin de legitimar de una manera más frontal la actividad normativa de la Administración.

Así las cosas, el modelo relacional nacido con el Estado Social, difiere enormemente del que le precedió. La relación Estado-individuo viene ahora marcada por la heterogeneidad; no puede hablarse de una clase o tipo de relación, sino que son multitud las situaciones en que existirán puntos de contacto entre ambos, variando en su extensión e intensidad. No cabe duda del decaimiento de una concepción de la relación entre ambos basada en la notas de supra/infraordenación, basada en la disposición unilateral e incondicionada de ésta por la Administración. Más aún: este modelo de relación, es incompatible con el ordenamiento constitucional alemán (Ley Fundamental de Bonn), como muy pronto puso de manifiesto el Tribunal Federal en el orden Contencioso-Administrativo. Así, en una de sus primeras sentencias enfatizó que “una de las ideas-fuerza es la relativa al hombre con el Estado: aun cuando el individuo se halle sometido al poder público, no lo hace en calidad de súbdito sino de ciudadano³²”.

Se complica, por tanto, el esquema de relaciones entre lo público y lo privado, que se ve ampliado tanto cuantitativa como cualitativamente, haciendo tambalearse el seguro edificio del Régimen Administrativo sobre el que fue construido, mas como siempre, la modificación del modelo precedente no supone la completa defunción del anterior, pues la Administración-poder o de intervención

³² Sentencia de 26 de Junio de 1954 (caso Fürsorgepflicht).

continúa subsistiendo, sólo que este tipo de relación ya no monopoliza el actuar administrativo³³.

II. Modelo relacional vigente. Complejidad del actual marco de relaciones.

Es SCHMIDT-ASSMANN quien más certeramente ha señalado la cuestión: «la más alta misión sistematizadora que al Derecho Constitucional le cabe cumplir en el plano de la construcción del Derecho Administrativo, reside justamente en sentar los postulados sobre las relaciones básicas entre el ciudadano y la Administración. La posición subjetiva de la persona que la Constitución reconoce precede o es anterior a todos los poderes públicos e impregna y recorre el entero ordenamiento jurídico»³⁴.

Si se afirma la existencia de una relación en pie de igualdad entre sujeto individual y administración, evidentemente, se pierde la necesaria capacidad de actuación de la comunidad estatalmente constituida; además, no podría explicarse la especial justificación que requiere la actividad administrativa. Sin embargo, tampoco puede obviarse un hecho, y es que la actividad administrativa cotidiana nos demuestra el carácter cooperativo o de consenso que presiden en multitud de ocasiones las relaciones Estado-individuo; baste recordar al efecto la legislación de

³³ En este sentido, Parejo Alfonso, L. (Coord.). *Manual...Op. Cit.* Págs. 16 y 17.

³⁴ Citando a Häberle, Schmidt-Assmann, E. *La Teoría General del Derecho Administrativo Como Sistema.* Marcial Pons. Pág. 18.

protección medioambiental en la que cobra un especial papel la colaboración del particular³⁵.

La comprensión del complejo marco de relaciones vigente ha de venir de la definición previa del título que habilita las actuaciones de Estado e individuo. Así, el individuo actúa en el marco de una libertad jurídicamente constituida, mientras que la administración actúa en el ámbito de una competencia jurídicamente atribuida. Dogmas tan relevantes como la necesidad de legitimación de la acción administrativa, o los que se refieren a la de los principios de racionalidad, moderación (o de justa proporción) y eficacia, entre otros, encuentran aquí su epicentro³⁶.

Por de pronto, existe una asimetría de partida entre particular y administración, correlato de su diferente marco de actuación: libertad o competencia. Ahora bien, este sencillo esquema de contornos precisos, en el que la administración se mueve dentro de su ámbito competencial y el individuo según la extensión de marco de libertad, está siendo desdibujado por la realidad.

Es un hecho la existencia y proliferación de un sinfín de fórmulas de actuación administrativa que requieren la participación efectiva, voluntaria y libre del

³⁵ Bassols Coma, M., citando a Martín Mateo en *Sobre los orígenes y evolución del derecho ambiental*. Revista Aranzadi de Derecho Ambiental num. 32/2015. «Esta función de pedagogía extrajurídica que Martín Mateo pretendía con su obra respondía a revertir al perfeccionamiento jurídico, pues sostenía que «el Derecho no es ni un saber abstracto ni una técnica cerrada al servicio del su propio progreso. Parte de la realidad social, íntimamente vinculada en nuestro caso con los fenómenos naturales, que se intentan mejorar y ordenar positivamente. De aquí que sea imprescindible el conocimiento de los mecanismos en los que van a incidir las leyes para entender y valorar, en términos de eficacia, su contenido» (Tratado de Derecho Ambiental, Vol. I, 1991, pág. 2). Y esta colaboración la consideraba esencial por cuanto la solución de los problemas ecológicos y ambientales solo «puede venir por el Derecho que genere una sociedad concienciada, bien informada por los expertos en ciencias de la naturaleza, pero que conoce a través de los juristas especializados las claves de la reforma social» (Manual de Derecho Ambiental, 1ª Ed. 1995).»

³⁶ Schmidt-Assmann, E. *La Teoría ... Op. Cit.* Pág. 22.

individuo. Son muchos los ejemplos: así, el Reglamento (CEE) N.º 1836/93 del Consejo de 29 de Junio de 1993, ya estableció en su artículo primero la voluntariedad del sistema de ecoauditoría que regulaba: “1. Se establece un sistema comunitario, denominado en lo sucesivo «sistema comunitario de ecogestión y ecoauditoría» o «sistema», que permite la participación voluntaria de las empresas que desarrollen actividades industriales, para la evaluación y mejora de los resultados de las actividades industriales en relación con el medio ambiente y la facilitación de la correspondiente información al público”. Igual senda prosigue Reglamento (CE) N.º 761/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de marzo de 2001, por el que se permitió que las organizaciones se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), sistema que se ha mantenido hasta el hoy vigente Reglamento (CE) 1221/2009, de 25 de noviembre, Participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), deroga Reglamento (CE) núm. 761/2001, de 19-3-2001 y las Decisiones 2001/681/CE, de 7-9-2001 y 2006/193/CE, de 1-3-2006.

Y ello por descender a la literalidad de los textos legales, pero son muchos los ejemplos de la actividad que el Estado de manera más o menos evidente concierta con los particulares o, al menos, en las que existe un fuerte componente de pacto. Otro ejemplo lo encontramos en el auge de las privatizaciones, que no hacen sino ampliar el ámbito de la cooperación, pues la privatización no supone una retirada de la administración que abandona a su suerte lo privatizado, sino que «surge para la administración una responsabilidad de seguimiento de la

transformación de las estructuras del mercado y de cobertura de las carencias transitorias de aprovisionamiento de bienes y servicios»³⁷.

Las empresas mixtas son otro ejemplo de ello, pues la Administración entra como socio de accionistas privados en el seno de una sociedad de capital que adopta la posición de contratista o concesionaria de la propia Administración o de otra distinta³⁸, con lo que, *ad intra*, la relación de lo público con el socio particular es tan vívida, continua e incesante como si de entre particulares se tratase; las diferencias únicamente aparecen –y serán determinantes- en su dimensión *ad extra* respecto de la sociedad, si bien esa cuestión excede nuestro objeto de estudio.

Será con los Contratos de Colaboración Público-Privada, cuando la cooperación *sin tapujos* se vea reflejada en la legislación de contratación administrativa –ya veremos con qué éxito-. Estableció la E.M. de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, que son “nuevas figuras contractuales que podrán 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”.

Ahora bien: «la legitimidad, expansión y eficacia de las fórmulas cooperativas es tan evidente como irrenunciable resulta la responsabilidad u obligación del Estado en lo que hace a la iniciativa, organización, moderación y garantía de las

³⁷ Schmidt-Assmann, E. *La Teoría ... Op. Cit.* Pág. 188.

prestaciones, y a las técnicas que le son inherentes entre las que se encuentran la producción unilateral de normas y la ejecución forzosa»³⁹. Es más: aun cuando el Estado actúe como socio, no será un socio más. Y ello porque el resto de sus competencias le colocan, *per se*, en un situación especial. No puede el Estado socio aislarle del Estado dictador de normas, ejecutor de sus decisiones o del Estado atribuido de potestad sancionadora. Simplemente, el socio público no es un socio más, y como tal habrá de ser comprendido.

II.1. La aparición del Derecho administrativo cooperativo.

Resulta mercedamente imprescindible seguir en este epígrafe a J. BARNÉS⁴⁰, que ha acuñado la “Derecho Administrativo del trabajo en común”, si bien nosotros preferimos utilizar la menos novedosa de “cooperativo” y ello por:

- a) Trabajo *en común* refiere inconscientemente una idea de absoluta igualdad entre los que ponen en común su esfuerzo, lo cual no se acomoda –si quiera de manera exacta- a las relaciones Estado-individuo que describen, donde el primero siempre estará en una situación diferente –no decimos superior-. Consideramos más acertado reservar este término para la colaboración entre Derechos estatales, donde rige en toda su extensión el pie de igualdad.
- b) El término cooperativo denota el esfuerzo común en pos de la realización de una obra o la consecución de un fin, sin las notas de

³⁸ García de Enterría E. y Fernández T-R. *Curso de ...* Thomson-Civitas. 13ª Edición. Pág. 420.

³⁹ Schmidt-Assmann, E. *La Teoría ... Op. Cit.* Pág. 40.

⁴⁰ *Transformaciones (científicas) del Derecho Administrativo. Historia y retos del Derecho Administrativo contemporáneo.* Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo. Serie Roja. Global Law Press/Editorial Derecho Global.

igualdad en la contribución que la expresión *trabajo en común* –quizá- sí contenga.

El surgimiento del Derecho administrativo así nominado, surge «por necesidades del guión», y como consecuencia ineludible de la interdependencia social, económica, ambiental. En definitiva, y según el mentado autor, en última instancia todos estos fenómenos son – a su vez- consecuencia de otro superior, esto es la globalización, que «reclama la colaboración de todos, de autoridades nacionales y supranacionales, de organizaciones públicas, privadas y mixtas, dentro y fuera de las fronteras».

La globalización⁴¹ es concebida «como un fenómeno o situación de mutua dependencia, la cual, a su vez, puede ser fruto, bien de una opción política largamente esperada (por ejemplo, la apertura del comercio internacional); bien de una forzosa coordinación por razones técnicas para el funcionamiento mismo del sistema (como sucede con la gobernanza de Internet)⁴², o porque la naturaleza de las cosas así lo reclama (la lucha contra el cambio climático, contra una pandemia); bien consecuencia de una deseada cooperación internacional entre agencias regulatorias nacionales, por razones de economía de medios (como propugnan los EE.UU. o la Unión Europea); o bien de la necesaria aportación de los conocimientos científicos

<http://es.globallawpress.org/wp-content/uploads/Transformaciones-cient%C3%ADficas-del-Derecho-Administrativo.-Historia-y-retos-del-Derecho-Administrativo-contempor%C3%A1neo.pdf>

⁴¹ Sobre los efectos jurídicos de la globalización, Auby, J.-B. *La Globalización, el Derecho y el Estado*. Global Law Press, 2012. En concreto, pág. 146: «No hay duda alguna acerca del hecho de que la globalización conlleva una regresión del poder económico y político de los Estados. Sus decisiones están cada vez más limitadas por obligaciones internacionales -mundiales o regionales-. Su peso económico compite con el de las grandes empresas. En términos de legitimidad, compiten con otras entidades diversas que se consagran a la búsqueda del interés público: desde las ONG hasta las colectividades locales. Las situaciones, mecanismos y entidades transnacionales se desarrollan y tienden a escapar cada vez más a su control.

⁴² Vid. Epíg. X.

y técnicos del sector privado para la adecuada toma de decisiones (en materia de seguridad alimentaria, salud pública, medicamentos...)).

La autarquía y la autosuficiencia pertenecen al pasado. La Administración nacional con sus típicas instituciones únicas y todopoderosas -«un banco central, un organismo regulador de las telecomunicaciones, una agencia de protección del medio ambiente, una agencia del medicamento»-, son cosa del pasado, pues la propia complejidad de la realidad, y lo vertiginosos -y profundo- que los cambios en las modernas sociedades acaecen, han llevado a la inoperatividad -al menos, en los estándares de calidad exigidos- de estas primigenias estructuras de control y dirección social. .

Como afirma BARNÉS, este fenómeno también puede ser explicado o comprendido desde otras ópticas o teorías, «como los que expresa la “sociedad del riesgo”, y de acuerdo con la cual la vida y la supervivencia en el horizonte del riesgo global exigen superar la lógica del “nosotros-ellos” y reconocer en el otro a un socio con el que cooperar, un socio al que se necesita (aunque sea ante la amenaza del riesgo), y no como un competidor o un enemigo, sea ello a nivel interestatal o interadministrativo, o sea en el plano vertical entre la esfera estatal y la supraestatal».

Sí utiliza nuestro autor el término cooperación al referirse a ésta como “necesaria” cuando el motor que la mueve es el desconocimiento, la incertidumbre, el riesgo como amenaza de evento dañoso previsible -o, al menos su subjetiva percepción- y la mayor escala -cara “b” de la globalización- «de numerosos problemas económicos, sociales, medioambientales o tecnológicos. Y ello en un contexto de una sociedad mucho más ambiciosa, compleja y exigente que la que viviera la industrialización del siglo XIX, en términos de calidad de vida: salud

pública y educación, alimentación y vivienda, medio ambiente y patrimonio histórico, transporte y comunicaciones», tal y como hemos tenido oportunidad de analizar con algún detenimiento en el epíg. I.2.

Ahora, la propia globalización de los problemas, y la amplificación que la globalización de la comunicación conlleva –realzando, agudizando o, acaso, expandiendo los problemas-, hace que no valga con la adopción de medidas en la dirección correcta, o que *no hagan mal*, o que permitan la actuación espontánea de los procesos de cooperación social, sino que a la labor de dirección administrativa «no basta con cumplir. No basta con respetar los derechos individuales. Es necesario conseguir los resultados deseados, acertar».

En nuestro parecer, resulta más acertado –o mejor, preferimos- adoptar la creencia o la postura primera, entendiendo que todos estos procesos de cooperación social no están fundado en el miedo sino que se corresponden con la natural tendencia –y necesidad- de los procesos de cooperación social, ya sea racional o intuitiva, que crearon instituciones tan importante como el lenguaje, el dinero o la norma misma.

«El símbolo aquí lo constituye el trabajo en red, una malla de actores públicos, privados y mixtos, que se insertan en complejas cadenas regulatorias. Cada actor aporta una pieza al conjunto. Esa es la imagen que representan hoy, por ejemplo, la regulación de los mercados financieros, de los servicios económicos, del medicamento, o de los alimentos, de la industria aeronáutica».

Desde la perspectiva del “Derecho Administrativo del trabajo en común”, dirá BARNÉS, «la cuestión no se agota en la acción exterior de las Administraciones

nacionales, cualesquiera que sean los foros o sistemas en que se asienten o traben sus relaciones». La corresponsabilidad regulada –muy certera expresión que aprehende el significado entero de la naturaleza relacional- del sector privado con el público constituye un elemento consustancial, a un lado y a otro de las fronteras nacionales. «En otras palabras: no es ya que las agencias u organismos reguladores se necesiten mutuamente en tantos ámbitos a nivel nacional, supranacional e internacional, sino que la relación de dependencia recíproca se da igualmente entre la esfera pública y la privada (como se acredita, por ejemplo, en los mercados financieros). A su disciplina y racionalización habrá de contribuir el Derecho Administrativo de este tercer período»

El Derecho Administrativo cooperativo –o del trabajo en común- deja de ser fruto de la voluntad de un poder normativo con distintos grados de legitimación democrática, cuya norma emanada tiene su justificación y amparo en la mentada legitimación democrática misma, agotándose en sí su rendimiento de cuentas ante la sociedad. Ahora, se «hará uso de procedimientos compuestos, en los que participan autoridades nacionales en las distintas fases; de principios o componentes procedimentales de última generación que guíen la acción de los sujetos privados que participan en tareas regulatorias; de evaluaciones de impacto regulatorio; de mecanismos de medición, control y seguimiento de los efectos que producen las resoluciones adoptadas; de organizaciones más abiertas y ágiles, que trabajan en red...»; un derecho abierto a otras ramas del saber, con efectos que han de ser medidos y cuya legitimación en términos laxos no proviene ya de “ser” sino de los resultados que obtiene.

Por tanto, es un Derecho «que no se preocupa sólo del límite –de la prohibición de exceso⁴³- para ocuparse también de la prohibición de defecto, que prohíbe “quedarse corto”», por cuanto que lo que importa no es tanto “domar” a la administración como salvaguarda y tutela de los valores y bienes jurídicos que se le tienen encomendados, «porque le interesa también el acto administrativo transnacional, pactado, provisional y fuente del Derecho».

⁴³ No se piense que tal prohibición de exceso es cuestión meramente de obras de pensamiento, sino que es aplicada con profusión por los tribunales en todos los órdenes jurisdiccionales, con especial incidencia en el Penal y el Contencioso-administrativo. V.gr.: Sentencia núm. 332/2017 de 2 junio, de la Sala Tercera de la Audiencia Nacional: “[e]sta Sala tiene establecido, en multitud de sentencias, que dicho precepto, que no es sino una manifestación del llamado principio de proporcionalidad (art. 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, vigente a la sazón -actualmente el art. 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), incluido en el más general de prohibición de exceso, y reconocido por la Jurisprudencia como Principio General del Derecho, debe aplicarse con exquisita ponderación, y sólo en los casos en los que la culpabilidad y la antijuridicidad resulten sustancialmente atenuadas atendidas las circunstancias del caso concreto.

El criterio, por tanto, debe ser de aplicación restrictiva e individualizada, en atención a las circunstancias concretas que resulten de cada caso, y tomando en consideración, siempre, que debe exigirse a los recurrentes que acrediten circunstancias de las que resulte una disminución de la culpabilidad o de la antijuridicidad; por lo que no es posible establecer criterios generales para la aplicación del citado art. 45.5 de la LOPD.

En la resolución recurrida se señala en relación con el art. 455 de la LOPD lo siguiente: <<En el presente caso no se han acreditado circunstancias que permiten la aplicación del citado precepto, por cuanto ha de reiterarse que a fecha 28/05/2014 (fecha de inspección en ORANGE) el DNI del denunciante continuaba erróneamente asociado a otra persona y línea que no era de su titularidad, a pesar que en fecha 19/07/2013 ORANGE había respondido a la reclamación formulada por éste ante la OMIC de la Comunidad de Madrid en el sentido de reconocer la existencia de un error en sus sistemas al asociar a su DNI los datos de otra persona y proceder a la anulación de facturas de una línea que no le correspondía. Por todo ello, procede imponer, la infracción cometida, una multa cuyo importe se encuentre entre 40.001 € y 300.000 €, en aplicación de lo previsto en el apartado 2 del citado artículo 45. En cuanto a los criterios de graduación de las sanciones contemplados en el artículo 45.4 de la LOPD, consideramos que concurren diversas circunstancias que operan como agravantes de la conducta que ahora se enjuicia. Entre ellas cabe citar, el importante volumen de negocio de ORANGE (apartado d, del artículo 45.4), dado que estamos ante uno de los operadores del país con una importante cuota de mercado, hecho notorio sobre el que no es necesaria prueba. Están presentes también las circunstancias recogidas en los apartados siguientes del artículo 45.4 ya citado: apartado c), que versa sobre la vinculación de la actividad de ORANGE con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, pues el desarrollo de su actividad empresarial exige un constante tratamiento de datos personales tanto de clientes como de terceros. En el presente caso, valorados los criterios de graduación de las sanciones previstos en el artículo 45.4, cuya presencia ha quedado acreditada, se propone sancionar a ORANGE con una multa de 50.000 € (cincuenta mil euros) por la infracción del artículo 4.3 de la LOPD>>”.

La Sala en línea con la resolución recurrida, no aprecia la concurrencia significativa de circunstancias que permitan aplicar la citada atenuación privilegiada, ni en definitiva aprecia la existencia de una cualificada disminución de la culpabilidad o antijuridicidad en la entidad recurrente.

Cuestión distinta será que el panorama esquemáticamente dibujado, dada su complejidad, pueda no ser aprehendido por los tradicionales esquemas del Derecho Administrativo pues, como veremos, el edificio jurídico-administrativo no se construyó para un Estado negociador, sino que dicha construcción es necesariamente tributaria de las relaciones de poder/sometimiento, supra/infraordenación que han regido tradicionalmente las relaciones Estado/individuo, y que hemos tenido ocasión de enunciar anteriormente.

II.2. Recapitulando: Convivencia de tres modelos.

Siguiendo la clasificación de BARNÉS, no puede afirmarse que un modelo haya nacido en un determinado momento histórico y haya sustituido al anterior, sino que son tres modelos que coexisten así:

- a. «El Derecho Administrativo de la defensa individual se inscribe en el esquema más clásico, esto es, en el doble escalón que representa el binomio “legislación (parlamentaria) - ejecución (administrativa)”, en el que a la Administración le corresponde un papel esencialmente de mera aplicación, y situado en el segundo escalón.

- b. El Derecho Administrativo de la defensa colectiva supone, sin embargo, un masivo desplazamiento de la legislación material, antes en el Parlamento, hacia la Administración, que conquista así una parte del primer escalón. [...] El Derecho Administrativo es desde entonces

el Derecho que tiene por objeto a la Administración, pero también es el Derecho que la Administración establece.

- c. El Derecho Administrativo del “trabajo en común” se sitúa en una cadena regulatoria más compleja [...]: determinación de prioridades y agendas, elaboración de borradores o anteproyectos, aprobación, implementación, ejecución o aplicación, evaluación y supervisión, revisión y reforma...»⁴⁴

Cuestión primordial será –entonces- que el paradigma *ofrezca amparo* al trío de modelos que conviven, y que hayan de removerse los obstáculos para que el edificio dogmático disponga de unos cimientos –símil que ya hemos utilizado- acorde con la tríada de *derechos administrativos* que por fuerza han de convivir dada la paulatina complejización de los procesos de cooperación social, sin que pueda afirmarse con base alguna que estas tres –y sólo estas tres- serán las manifestaciones que habrán de verse en décadas venideras.

III. La colaboración público-privada (CPP): génesis y exégesis.

III.1. Concepto.

El Contrato de Colaboración Público-Privada, pese a su denominación, es la especie del *genus* “Colaboración Público-Privada (CPP)”. Por CPP entendemos las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo

⁴⁴ Barnés, J. *Op. Cit. Transformaciones (científicas) del Derecho...* Págs. 50 y 51.

empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio⁴⁵.

En un sentido amplio, podemos hablar de CPP desde una doble perspectiva: la puramente contractual y la institucional.

La primera, puede ser definida como colaboración basada únicamente en vínculos contractuales entre las diferentes partes. Engloba combinaciones diversas que atribuyen una o varias tareas, de mayor o menor importancia, al socio privado y que incluyen el proyecto, la financiación, la realización, la renovación o la explotación de una obra o de un servicio. A su vez, la CPP puramente contractual puede tomar la forma de contrato público o bien de concesiones de obra pública, el más habitual hasta ahora. El primero, simplemente sería un contrato a título oneroso, celebrado por escrito entre un organismo adjudicador y un operador, siempre y cuando tenga por objeto la ejecución de obras o la prestación de un servicio.

Ahora bien, y para centrar con precisión nuestro objeto de estudio, hemos de dejar sentado lo siguiente: ha de distinguirse meridianamente las fórmulas de CPP, de otras figuras contractuales cuya función es la de canalizar –con o mayor o menor intensidad- la financiación privada hacia la obra pública. Con carácter nada exhaustivo, y con el fin de determinar nuestro objeto de estudio por grado comparativo, de entre estas figuras destacamos las siguientes:

⁴⁵ *Libro Verde Sobre la Colaboración Público Privada y el Derecho Comunitario en Materia de*

a) El “modelo alemán” o de “llave en mano”.

Este modelo fue incorporado al Ordenamiento español mediante la ley 13/1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, desarrolla mediante R.D. de 704/1997 de 16 de Mayo.

Su característica fundamental radica en la modificación que efectúa respecto del sistema tradicional de realización de pagos al contratista. En lugar de la sucesión de abonos parciales con base en sucesivas certificaciones de obra, el modelo alemán, cuya expresiva rúbrica “Contrato de Obra bajo la modalidad de abono total del precio”, prevé un único pago en el momento de la finalización de la obra contratada. Con ello, el contratista se obliga a la financiación de la obra adelantando el importe necesario para la construcción.

A este tipo de contrato se vertieron, fundamentalmente, dos críticas: por un lado, no ser más que un contrato de obras ordinario con una especialidad en modelo de abono lo cual no era suficiente para darle carácter diferenciado, residual y excepcional respecto del contrato de obra⁴⁶; por otro, y según ARIÑO ORTIZ y VILLAR EZCURRA⁴⁷, más que una modalidad contractual, no se trataría más que de una operación de ingeniería presupuestaria que, en un momento determinado y con

Contratación Pública y Concesiones, presentado por la Comisión (2004).

⁴⁶ Valcárcel Fernández, P *Las Obras Públicas: su Ejecución y Financiación. Perspectivas Actuales*. CDP, núm. 14, septiembre-diciembre 2001 Pág. 239.

validez transitoria, sirvió para diferir pagos y poder cumplir los requisitos de déficit público exigido para el ingreso en la Unión Monetaria, no debiendo perpetuarse su uso.

b) El “modelo español”.

El modelo que se conoce como “sistema español” viene definido por la creación de una empresa pública participada mayoritaria o totalmente por la Administración estatal, autonómica o local, que recibe la encomienda de acometer la ejecución y gestión de la obra pública de que se trate. «Se trata de sociedades o entidades de carácter instrumental en la medida en que no son generadoras de ingresos y con capacidad de endeudamiento. Así, actuando en nombre propio y por cuenta y mandato de su Administración, se ocupan de La construcción y gestión de determinadas infraestructuras. En nuestro país, este Tipo de entidades ha proliferado en las Comunidades Autónomas»^{48 49}.

c) El sistema británico o de “peaje sombra”.

Es ante todo un modelo corte concesional, mediante el que la Administración encarga a una empresa la construcción y financiación de

⁴⁷ *Las Infraestructuras en España, un Reto para el Nuevo Milenio*. R.O.P., nº 3400. Pág. 118. Citado por Valcárcel Fernández en *Las Obras Públicas... Op. Cit.* Pág. 240, nota 32.

⁴⁸ Juan Lozano, A. M. y Rodríguez Márquez, J. *La Colaboración Público-Privada en la Financiación de las Infraestructuras y Servicios Públicos. Una Aproximación desde los Principios Jurídico-Financieros*. Instituto de Estudios Fiscales. 2006. Págs. 39 y ss.

⁴⁹ Citamos como ejemplo de estas empresas públicas de carácter instrumental: En el caso de Andalucía, Gestión de Infraestructuras de Andalucía, S.A. (GIASA); en Cataluña, Gestió d'Infraestructures, S.A. (GISA).

una infraestructura pública, otorgándole también su explotación. Es, por tanto, el agente privado quien financia la obra recuperando lo invertido y obteniendo los previsibles beneficios que la explotación de la infraestructura genere. Ahora bien, el abono no viene realizado por los usuarios, que son usuarios a título gratuito, sino que el pago es realizado por la Administración con base, principalmente, en dos criterios: el nivel de utilización de la infraestructura y los niveles de calidad y servicio que ofrezca.

Esta fórmula admite variantes, como la garantía del abono de un mínimo o el establecimiento de un techo de abono. En cualquier caso, este sistema permite acometer de forma inmediata la construcción de infraestructuras públicas, con un fraccionamiento en un plazo muy dilatado.

- d) Por su parte, la concesión tradicional, es también un contrato con todas las características que posee un contrato público de corte cooperativo, con la salvedad de que la contrapartida de las obras efectuadas o los servicios prestados consiste únicamente en el derecho a explotar en exclusiva la obra o el servicio o, alternativamente, en ese mismo derecho acompañado de un precio⁵⁰.

Su principal atractivo, reside en que «en su versión más pura, no genera déficit ni deuda, ya que la obra se financia por el concesionario y éste obtiene la correspondiente retribución mediante los “retornos” que produce la explotación de la obra»⁵¹.

En la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero⁵², relativa a la adjudicación de contratos de concesión, en su artículo 5 (definiciones), establece:

1) «Concesiones»: las concesiones de obras o de servicios, con arreglo a las definiciones contempladas en las letras a) y b):

a) «concesión de obras»: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago;

⁵⁰ Fernández LLera, R. *Financiación mediante colaboración público-privada: el caso del Hospital Universitario Central de Asturias*. Jornadas sobre la iniciativa privada en la financiación de proyectos públicos. Burgos, 2007.

⁵¹ Gómez-Ferrer Morant, R. *El problema de la financiación de las obras públicas: las sucesivas modificaciones de la LCAP 13/1995, de 18 de mayo, con especial referencia a la financiación mediante concesión de dominio público, Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Civitas, 2004. Citado por Juan Lozano, A. M. y Rodríguez Márquez, J. en *La Colaboración...Op. Cit.* Pág. 54. Nota 39.

⁵² El plazo de transposición de las mismas se fijó en el 18 de abril de 2016, fecha en la que los Estados miembros debían tener en vigor sus normas internas de incorporación de las Directivas. En el caso de España, no ha resultado posible la completa transposición de las mismas en el plazo previsto, por cuanto, a pesar de haberse iniciado los trabajos de transposición incluso antes de la aprobación final de las directivas, la disolución de las Cortes Generales en octubre de 2015 debido a la celebración de elecciones generales el 20 de diciembre del mismo año, imposibilitó el realizar la tramitación parlamentaria de las nuevas leyes que incorporaban las Directivas, tras haberse completado su compleja elaboración y tramitación administrativa.

b) «concesión de servicios»: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente , o este mismo derecho en conjunción con un pago.

La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

La regulación del reparto de riesgos en la nueva Directiva, ha sido criticada por su indefinición, dejando para el legislador nacional aclaraciones cruciales que pueden no ser homogéneas entre estados y,

por tanto, comprometer debida homologación de los regímenes jurídicos⁵³.

En cuanto a la CPP a nivel institucional, es claro que nos referimos a las sociedades mixtas, creadas para gestionar la prestación de un servicio público y que se han convertido, especialmente en ámbito local, en punto de encuentro entre el sector público y el privado. Los supuestos de sociedades de economía mixta reúnen capital público y capital privado constituyendo uno de los típicos entes instrumentales que atienden a la necesidad de las administraciones de trasladar a otros sujetos el ejercicio de competencias que satisfagan adecuadamente las necesidades colectivas de interés general⁵⁴.

⁵³ En este sentido, Hernando Rydings, M. *El nuevo marco jurídico aplicable a los contratos de concesión*. Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo. Pág. 103:«[d]icho lo cual, conviene precisar que lo anterior, resulta clave a efectos de transposición en nuestro Derecho interno, por cuanto, la norma no exige una aplicación rigurosa del principio de que el concesionario es el que asume todos los riesgos inherentes a la construcción y explotación de la obra. Y la aplicación del principio de riesgo y ventura no debe ser rigurosa, a mi juicio, en un doble sentido.

La Directiva entiende que se transfiere el riesgo operacional cuando se transfiere el riesgo de demanda o de uso o ambos. Al no ser acumulativos, parece que podría tomarse en consideración, a efectos de la distribución de riesgos, el principio general de quién es el más capacitado para asumirlos ya que de ello va a depender, en buena medida, el éxito de este tipo de contratos y que la operación represente value for money.

Pero por otro lado, el concepto de riesgo operacional debería permitir la aplicación de reglas del reequilibrio financiero del contrato por actuaciones no controladas por el concesionario, ajenas a su correcta gestión o a la debida diligencia en la planificación de la concesión, tal y como ha venido reconociendo nuestra propia jurisprudencia. Y es al legislador interno al que le corresponderá arrojar luz sobre esta cuestión que, aunque suavizada respecto de versiones anteriores, no queda del todo resuelta en la normativa comunitaria. Más aún, si tenemos en cuenta la regulación que se incluye en la citada norma sobre las modificaciones contractuales».

⁵⁴ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 22 abril 2005.

En definitiva, hablamos de CPP cuando se trata de «implicar al sector privado en la consecución de objetivos públicos, respetando la libertad de empresa y el legítimo ánimo de lucro, pero siempre bajo propósitos de interés general y colectivo»⁵⁵, si bien y en lo referente a la concreta figura del Contrato de Colaboración Público-Privada, se dan una serie de características exclusivas; únicamente retener, y a la espera del posterior análisis que realizaremos de sus caracteres concretos, que la irrupción de los CCPP supuso una evolución más en las distintas fórmulas ensayadas por los poderes públicos para la realización obras y servicios públicos en pos de aligerar la carga presupuestaria necesaria con que hacerles frente; si bien, como también veremos, su génesis no responde únicamente a motivos presupuestarios, sino que de su correcta aplicación pueden derivarse beneficios con efecto multiplicador; y son beneficios públicos y privados.

III.2. Génesis: las fórmulas de financiación privada de obras y servicios en el Reino Unido.

En el caso español, pueden citarse figuras jurídicas o antecedentes normativos más o menos remotos –y más o menos cercanos- al concepto de CPP. Incluso en nuestra legislación patria, podemos citar la Ley General de Obras Públicas de 1877, la cual en su artículo 7º disponía que “pueden correr a cargo de particulares o Compañías [...] las carreteras y los ferrocarriles en general, los puertos, los canales de riego y navegación, la desecación de lagunas y pantanos, el saneamiento de terrenos insalubres”; su artículo 52 explicitaba que “los particulares y Compañías podrán ejecutar [...] cualquiera obra de interés privado que no ocupe ni

⁵⁵ Fernández LLera, R. *Financiación mediante... Op. Cit.* Pág. 6.

afecte al dominio público o del Estado, ni exija expropiación forzosa de dominio privado”. Asimismo, en su artículo 53, “los particulares y Compañías podrán también construir y 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”. Finalmente, se dejaba claro que “las concesiones que soliciten los particulares [...] se harán en todo caso por el Ministerio de Fomento [...]” (artículo 94).

También la Ley de Carreteras de 1877, establecía en su artículo 46 que “las carreteras de servicio público, que constituyen el objeto de esta ley, podrán ser construidas y explotadas por particulares o Compañías, mediante concesiones para reintegro de los capitales invertidos y sin subvención alguna por parte del Estado, provincias ni Ayuntamientos [...]”.

Advertida a modo de anécdota la existencia de estos antecedentes legislativos, tratamos a continuación el proceso de nacimiento de la CPP moderna, cuyo alumbramiento tiene lugar en el Reino Unido a principios de los ochenta. Nos referimos al antecedente inmediato de la Colaboración Público Privada que genera el antecedente inmediato del contrato así nominado.

Con los primeros gobiernos conservadores de la Señora Thatcher se empezó a plantear la posibilidad de realizar obras públicas con financiación privada⁵⁶. El Treasury Department constituyó un Comité para la elaboración de un estudio, que culminó en un informe de 1981 en el que se destacaban dos directrices principales:

⁵⁶ Por su claridad y brillantez, hemos seguido: Nieto Garrido, E. *La Financiación Privada de Obras y Servicios Públicos en el Reino Unido*. Revista de Administración Pública, 164. Mayo/Agosto 2004. Págs. 389 y ss.

- Necesidad de adoptar criterios de *the best value for money*, es decir, la realización previa de estudios comparativos que garantizaran la mejor relación coste-eficiencia respecto de las fórmulas de financiación pública.
- Como regla general, se establecía que los proyectos financiados por privados no debían obtener financiación pública adicional.

El modelo de financiación privada de la obra pública escogido fue el sistema concesional con transferencia de los riesgos al sector privado, que explotaría el negocio en el mercado a su riesgo y ventura. Según se fue asentando este modelo, la transferencia de riesgos al sector privado se fue matizando, surgiendo la fórmula denominada “óptima asignación de riesgos”, es decir, que los riesgos debían ser asumidos por aquél que mejor pudiera gestionarlos. Así, la Administración pública co-asumía riesgos junto al socio privado, riesgos para cuya asunción la Administración se consideraba mejor preparada. Así, «en los años ochenta la participación privada en infraestructuras públicas permitió realizar, entre otras, la construcción del Charznel Tunnel, que une Francia con Inglaterra; el Dartford River Crossing, puente construido sobre el río Dartford que une los condados de Kent y Essex y descongestiona el tráfico de dos túneles ya existentes, y el Second Severn River Crossing, puente sobre el estuario del río Severn destinado a unir el sur de Gales (zona industrial y minera de Swansea y Cardiff) con Inglaterra»⁵⁷.

⁵⁷ Nieto Garrido, E. *La Financiación Privada...* Págs. 391 y 392.

Con posterioridad, en 1992 y mediante la Declaración de Octubre del Ministro de Hacienda del Gobierno conservador en el poder, se instó formalmente al capital privado a colaborar con la Administración. Esta propuesta fue bien acogida y, tras la redacción de varios documentos precedentes, a finales de 1995 vio la luz el documento denominado *Oportunidad Privada, Beneficio Público*. Dicho documento establece un listado de sectores donde se han utilizado estas fórmulas cooperativas, tales como el transporte (puentes, túneles...), la salud (incineradores de residuos sólidos urbanos, servicio de diálisis, hospitales), la defensa o los edificios públicos.

Con el gobierno laborista, cuya llegada al poder se produjo en 1997, no se eliminaron estas fórmulas de financiación privada de obras y servicios, sino que fueron acogidas por el nuevo ejecutivo con entusiasmo, lo que dio lugar a un nuevo documento titulado *Socios para la Prosperidad*. Los gobiernos laboristas del Sr. Blair, percibieron que estas figuras habían sido infrautilizadas por razones achacables a la propia Administración, concretamente debido a la escasez de personal especializado en la gestión de este tipo de relaciones cooperativas. Por ello, el gobierno británico encargó la elaboración de un nuevo informe, a cuyas resultas se recomendó la creación de un equipo de trabajo dentro del Treasury Department para que asesorase a los Departamentos en las transacciones a realizar con el sector privado. «Con la introducción de los citados cambios se han incrementado considerablemente los contratos de PFT en los últimos años: de unos cuarenta contabilizados entre 1997 y 1998 pasaron a ser más de cien entre 1998 y 1999. Estos

contratos determinaron una inversión privada de unos once billones de libras esterlinas entre 1999 y 2002».

Tan espectacular incremento fue posible porque, en noviembre de 1998, el Gobierno había encargado la revisión del modelo anterior. En este nuevo informe se recomendó la creación de un organismo asesor de los entes públicos para la realización de este tipo de contratos. Así fue como en julio de 1999 se creó la empresa Partnerships UK, «definida como compañía del sector privado gestionada conforme a criterios comerciales pero con un fin u objetivo de interés público. Sus clientes son entes públicos que precisan asesoramiento para la consecución del mejor acuerdo posible de financiación privada»⁵⁸.

Por tanto, y ya produzcan ilusión o recelo las fórmulas CPP, lo cierto es que estos modelos cooperativos entre lo privado y lo público están siendo asimilados por nuestros derechos continentales de manera mucho más lenta que en los países del *Common Law*.

III.3. Caracteres de la CPP.

Si bien la doctrina ha caracterizado de manera clara las relaciones de CPP, seguiremos a la propia Comisión Europea que ha establecido una serie de ítems

⁵⁸ Nieto Garrido, E. *La Financiación Privada...* Pág. 394. Prosigue: La experiencia de Partnerships UK hace posible que cada proyecto esté bien estructurado y muy detallado. lo que permite reducir costes de ejecución del mismo, evitando los reformados en los contratos de obras públicas. En realidad, los contratos de obra pública en el Reino Unido no admiten los reformados. En Derecho anglosajón no existen los principios que en Derecho continental permiten a la Administración introducir variaciones en el contrato en función del interés público; me refiero al *ius variandi*, el factor principios y la doctrina del riesgo imprevisible. En Gran Bretaña, cualquier cambio sustancial del contrato exige la apertura de una

comunes a dichas operaciones colaborativas y que constan de 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

nueva licitación, por lo que resulta esencial para la economía del contrato la determinación ad initio de todos los elementos del mismo.

caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos⁵⁹.

A este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación⁶⁰ económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la Sentencia Eurawasser apartados 66 y 67), que declara que «puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el

⁵⁹ Sobre el análisis del reparto de riesgos, en inglés: Sánchez Soliño, A. *Análisis del Reparto Óptimo del Riesgo de Construcción en la Contratación Pública*. Revista de la Construcción, nº 13. 2014.

⁶⁰ Sobre el reparto de riesgos en contratos de concesión de servicios, Carlón Ruiz, M. *La gestión de los servicios públicos: sus condicionantes desde el derecho europeo en el contexto de la transposición de las directivas sobre contratación pública*. Revista de Derecho Europeo núm. 59/2016. Concluye: «El tradicional contrato de gestión de servicio público, particularmente en su modalidad concesional, si bien ha estado desde su origen vinculado a la idea de la transferencia del riesgo al concesionario, se ha venido consolidando bajo la lógica de la mejor garantía de determinadas prestaciones a los ciudadanos. En esa lógica se incardinan técnicas tan incisivas como la intervención y el rescate y en ella misma se acomoda el principio de equilibrio económico-financiero del contrato o, más propiamente, de su mantenimiento durante el contrato, obligando a su restablecimiento. Es en este último aspecto en el que la incidencia del Derecho europeo es más intensa, aunque sutil, más desde la perspectiva del control de las ayudas de Estado, que el del régimen de la contratación pública, por cuanto las fórmulas de restablecimiento del equilibrio del contrato que no respondan a los restrictivos criterios Altmark —y que, en definitiva, suplan las ineficiencias del concesionario— pueden ser consideradas ayudas de Estado.

Esta lógica se predica, desde la perspectiva europea, tanto frente a contratos públicos, como frente a concesiones, puesto que, si bien respecto de los primeros uno de los objetivos de la Directiva que los regula es mejorar la eficiencia en el gasto público, en las concesiones la transferencia del riesgo al concesionario no excluye radicalmente la concesión de compensaciones —y, en su caso, ayudas— si el concesionario sigue asumiendo el riesgo operativo sustancial que supone la prestación del servicio⁷⁷. No olvidemos, en todo caso, que, en último término, las exigencias europeas de contención del déficit que han determinado la reforma del art. 135 CE (RCL 1978, 2836) tienen una amplísima proyección, lo que encuentra traducción, en el seno de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril (RCL 2012, 607) , de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, también por lo que a los contratos se refiere, en la obligación de ponderar, «en su fase de elaboración y aprobación», «sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera», en los términos de su art. 7.3.

A la vista de todo lo cual, sólo queda por advertir que la superposición mecánica de la distinción europea entre concesión y contrato público sobre las categorías típicas del Derecho español produce serias dificultades que no permiten atender debidamente a las peculiaridades contractuales que exige la gestión indirecta de los servicios públicos, sobre las que el Derecho europeo proyecta exigencias que, sin derivar

riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, antes citada, apartado 74).

III.4. Razones para el desarrollo y auge de las fórmulas de CPP.

Con carácter previo e independientemente de las razones en favor de estas fórmulas que a continuación se exponen, ha de partirse de una virtud originaria que presentan -por definición- las fórmulas de CPP. Se trata, como ya hemos apuntado, de implicar al sector privado en objetivos públicos, con lo que, además de los beneficios obvios de confluencia de intereses y reparto de riesgos financieros, a menudo se logran unos resultados superiores a la suma de ambos esfuerzos, público y privado. Cuestión distinta será el resultado individual de operaciones concretas o, incluso, de fórmulas profusamente aplicadas que, como nos ha enseñado la historia recentísima, pueden concluir con estrepitoso fracaso. Mas el análisis de tal cuestión no ha de ser -no debe ser- una negación de las CPP en cuanto *genus*, sino la determinación de los errores concretos de las fórmulas aplicadas, su modo de aplicación, preparación de los actores, idoneidad de los procesos o del objeto contractual mismo.

Sentado lo anterior, no pretendemos afirmar que esta sinergia sea común a la totalidad de fórmulas cooperativas, sino que en su aplicación ha de aspirarse a la retroalimentación mutua entre sector público y privado; no siendo compartimentos

única y exclusivamente de la perspectiva contractual, pueden favorecer la mayor eficiencia en el gasto

estancos, la comunicación fluida entre sector público y privado es sin duda beneficiosa en términos productivos necesitando de espacios escénicos donde llevarse a término, entre los que las fórmulas CPP, especialmente las de naturaleza puramente contractual, han de resultar fundamentales. En definitiva, los sistemas CPP «fomentan la aparición de nuevas oportunidades de negocio para un sector privado especialmente dinámico y preparado, en el que destacan las empresas concesionarias españolas como líderes mundiales»⁶¹.

Además, son varias las razones esgrimidas en defensa de la profusión de las fórmulas cooperativas. Para justificar el recurso a estos procedimientos «se proporcionan por parte de sus defensores razones que son en ocasiones de carácter técnico y en otras ideológicas, aunque dispongan de cobertura técnica en apoyo de ellas»⁶². Sin ánimo de agotar la totalidad del argumentario existente en pro de estas fórmulas, han sido propugnados con base en los siguientes razonamientos:

- **Mejora de la eficacia y eficiencia de la inversión pública.**

Y ello porque la Administración consigue más y mejor a través de una más intensa colaboración con los empresarios, en la que estos aportan su mayor capacidad comercial, de gestión e innovación y de conocimiento y sus métodos de trabajo y aceptan mayores riesgos⁶³.

público y la mayor garantía de los principios de libre competencia.»

⁶¹ García Capdepon, Pedro M. *Los Contratos de Colaboración Público-Privada*. Revista Española de la Función Consultiva, núm. 3. (enero - junio 2005). Pág. 96.

⁶² González García, Julio V. *Contrato de Colaboración Público-Privada*. Revista de Administración Pública. Núm. 170. 2006

⁶³ García Capdeón, Pedro M. *Los Contratos de... Op. Cit.*

A este respecto ha de tenerse en cuenta el mayor rendimiento que se obtendrá de la obra, infraestructura o instalación si es el propio socio privado el encargado de su mantenimiento, dado que el control de costes es mucho más estricto en el sector privado que en el público.

El empresario, retribuido en función del uso del equipamiento o de la prestación del servicio, buscará intensificar la utilización de las infraestructuras y mejorar el “value for money” del proyecto, en cantidad y calidad, con lo cual precisarán menor financiación pública y liberarán recursos públicos para proyectos económicamente menos rentables.

- **Solidaridad intergeneracional.**

Con ello quiere expresarse la mayor “justicia” existente cuando la realización de una gran infraestructura se realiza mediante CPP, por cuanto que se trata de vincular el periodo de abono de la infraestructura con su periodo vida útil. Si partimos de la base de que normalmente la obra o instalación en cuestión *sobrevivirá* a los ciudadanos que la vieron construir, se colige la mayor justicia de que sean todas las generaciones que la disfruten las que coparticipen en su abono.

- **Superioridad técnica de los socios privados.**

Se plantea por sus defensores que en la CPP el sector público hace suyo –al menos parcialmente- la mayor superioridad técnica del sector privado. Esta cuestión se plantea –quizá demasiadas veces- con excesivo dogmatismo. Y ello porque esta superioridad técnica ha de ser atemperada con la mayor

complejidad que representan las fórmulas de CPP en comparación con las figuras tradicionales de contratación. Cuestión esta que no ha sido ajena al legislador que ha establecido que “sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto [...] que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas”⁶⁴.

Por ello la propia Comisión, en el Libro Verde Sobre la Colaboración Público Privada y el Derecho Comunitario en Materia de Contratación Pública y Concesiones (2004) , advertía que “si bien es cierto que la cooperación entre los sectores público y privado puede ofrecer ventajas microeconómicas, al permitir realizar un proyecto con la mejor relación calidad/precio y preservar al mismo tiempo los objetivos de interés público, no es posible, sin embargo, presentar dicha cooperación como una solución milagrosa para el sector público, que tiene que hacer frente a restricciones presupuestarias. La experiencia demuestra que es conveniente determinar para cada proyecto si la opción de colaboración ofrece una plusvalía real en relación con las demás posibilidades, como la adjudicación más clásica de un contrato”.

Ello ha de ser coonestado con el mayor coste que, por lo general, suponen los proyectos financiados vía CPP, por lo que resulta necesario realizar una ponderación ajustada entre lo que *aporta* el socio privado y lo que *cuesta*.

- **Impulso del sector de la construcción.**

⁶⁴ Así lo establecía el artículo 11.2 del R.D.Leg. 3/2011, de 14 de Noviembre, de aprobación del Texto

Cuando la amenaza de crisis se cierne sobre las economías nacionales, los gobiernos suelen proponer, como primera receta –acaso de urgencia- el aumento de la inversión pública, a fin de compensar –si quiera parcialmente- la ausencia de carga de trabajo de las empresas proveniente de encargos privados, lo que supone el aumento de la realización de obra pública. Más aún, cuando la crisis económica incide muy especialmente en el concreto sector de la construcción, se plantean de manera inmediata desde los poderes públicos dos tipos de medidas: de una parte, la puesta en marcha de nuevos programas de infraestructuras y, de otra, la aceleración de los marcos programáticos preexistentes^{65 66}.

No siendo objeto central de este trabajo, únicamente dejamos constancia de la necesidad de realizar una valoración minuciosa del impacto de este tipo de medidas, no ya por su ineficacia, sino por su eficacia comparativa respecto de otras menos directas, tales como la bajada de impuestos o la contención del gasto público.

- **Ideológicas.**

El estudio de la CPP y de los contratos así nominados –aun periclitados en nuestros Ordenamiento Jurídico- constituye una sin par atalaya desde la que

Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁶⁵ EFE, 10 de Septiembre de 2008: “Así lo aseguró hoy el secretario de Estado de Hacienda, Carlos Ocaña, tras reunirse por primera vez con las patronales CEOE y CEPYME y con los sindicatos UGT y CCOO para informarles sobre la orientación de los Presupuestos Generales del Estado del año que viene. Ocaña apuntó que el objetivo es fomentar las inversiones en infraestructuras porque la situación económica "lo demanda" y que ésta crecerá por encima del techo de gasto del 3,5 por ciento anunciado hoy por el presidente del Gobierno, José Luis Rodríguez Zapatero, en el pleno extraordinario del Congreso de los Diputados.

Explicó que el resto de partidas será "austero", lo que hará que el total de la inversión en 2009 "no crezca tanto”.

advertir los turbulentos tiempos que vive el Derecho Administrativo y las relaciones Estado-individuo. Así, se plantean en defensa de la CPP razones de corte liberal, como parte de un todo en el que se pretende reasignar los papeles propios de lo público y lo privado, lo que es tanto como decir que se trata de reordenar las relaciones Estado-individuo, sobre el basamento común de la retirada de lo público⁶⁷.

Las formulas CPP expresan, sobre todo, una nueva forma de entender el rol de las Administraciones públicas en el ámbito económico: de ser prestadoras de servicios pasan a ser reguladoras de las actividades de los privados. Más todavía: se defiende que la Administración moderna debe replegarse a hacer lo que sabe hacer, es decir, regular, controlar y ocuparse de incrementar la eficiencia del gasto público mediante contratos con terceros dado que no se ha demostrado que pueda conseguir con sus propios medios la misma eficiencia que alcanza el Sector privado en la provisión de servicios y bienes⁶⁸.

⁶⁶ EUROPAPRESS, 21 de Septiembre de 2008: “Zapatero anuncia un aumento de 6% en las inversiones en infraestructura de transporte en los PGE y del 15% en CyL”.

⁶⁷ En este sentido, Boaz, D. *Liberalismo, Una Aproximación*. Gota a Gota, 2007. «Muchos piensan que la finalidad del gobierno es reemplazar al mercado ante la incapacidad de este para suministrar determinados servicios. Aunque esto fuera cierto, habría que preguntarse por qué los ciudadanos deben someterse a impuestos para recibir servicios que no desean pagar. Aunque se pudiera demostrar el carácter público de un bien o servicio, lo cual no resulta nada fácil según acabamos de ver, el argumento a favor del gobierno proveedor no hace sino anteponer las preferencias de algunos individuos a las decisiones que millones de consumidores toman cuando invierten su dinero.

El gobierno no suele suministrar bienes o servicios distintos de los que proporciona el mercado. Por el contrario, el Estado se compromete a sufragar con fondos públicos servicios que los ciudadanos no desean pagar. La figura gubernamental como proveedor de servicios no abarata el coste de los mismos, pero sí consigue ocultarlo. Desaparece entonces la relación directa entre la prestación de un servicio y el pago del mismo, y se tiende a pensar que dicha prestación se está ofreciendo a título gratuito, a pesar del descontento que provoca la subida de impuestos. El interés político de obtener beneficios al ofrecer un nuevo servicio se materializa cuando este es sufragado por un número suficiente de ciudadanos».

Como señala VALCÁRCEL FERNÁNDEZ⁶⁹, es innegable el carácter ideológico de la discusión subyacente⁷⁰. En concreto, afirma el autor la revitalización de lo que se conoce como “principio de subsidiariedad horizontal”, que no es más que la preferencia de la actuación de los particulares en la vida económica siempre que sea posible, en detrimento del actuar público que quedará relegado por norma.

El renovado impulso que estas concepciones ideológicas presentan en Europa, y que han alcanzado gran predicamento en la actualidad, es fruto de los mensajes que llegan desde el otro lado del Atlántico, en la eterna disputa entre dos modelos económicos y dos modelos de lo público: el europeo y estadounidense. Ya en 1982, ante el Parlamento Británico, Ronald Reagan puso negro sobre blanco las citadas diferencias: «Pues bien, soy consciente de que aquí, entre nosotros y en toda Europa existe una divergencia legítima en cuanto a la importancia que el sector público debe tener en la economía y la vida nacional. Pero en una cuestión estamos todos unidos: nuestro aborrecimiento de la dictadura en todas sus formas»⁷¹.

En definitiva: desde determinados ámbitos se defiende que el rol del Estado (de la Administración) se limite a actividades de regulación y a la provisión de

⁶⁸ García Capdepón, Pedro M. *Los Contratos de...* Op Cit.

⁶⁹ *Las Obras Públicas...Op. Cit.* Pág. 232.

⁷⁰ Sobre al particular, en inglés Freeman J. *Extending Public Law Norms through Privatization*. Harvard Law Review. 2002-2003. Págs. 1291 y ss.

⁷¹ Para contextualizar el sentido del párrafo referido, transcribimos el inmediatamente anterior: «El enorme poder del Estado moderno presenta una amenaza para la libertad humana. La historia nos enseña los peligros de un Gobierno con exceso de poder: el control político adquiere prioridad sobre el libre

aquellos servicios que, por no proporcionar beneficios, no pueden ser prestados por los particulares. Con ello, se argumenta, se podrían destinar fondos para proveer servicios que, de otra manera, no llegarán jamás a los ciudadanos porque se están destinando los recursos a otras actuaciones que podrían asumir los particulares dado que tendencialmente pueden proporcionar beneficios económicos. Papel del Estado que, desde luego, está en el centro de los debates políticos de este momento y que, en consecuencia, no resulta todo lo monolítico que se quiere hacer ver y que hay que adaptar a la configuración constitucional del Estado como Estado social⁷².

Con todo, y siendo enjundiosas las razones esgrimidas en favor de la proliferación de modelos de CPP, todas han de decaer en favor de una circunstancia que ha sido decisiva la expansión de estos modelos, y no es otra que la siguiente: evitar que aflore el déficit público. Tal es su importancia, que merece epígrafe propio.

III.5. La estabilidad presupuestaria: demandas crecientes, recursos menguantes.

El Pacto de Estabilidad y Crecimiento, adoptado por Resolución del Consejo Europeo de Ámsterdam de 17 de junio de 1997, impuso –partiendo del contenido del art. 104 del Tratado, que dispone que «los Estados miembros evitarán déficit

crecimiento económico; la policía secreta, una burocracia indiferente: todo se une para ahogar la excelencia individual y la libertad personal».

⁷² González García, Julio V. *Contrato de Colaboración... Op. Cit.*

públicos excesivos»- límites en los niveles de endeudamiento de las Administraciones públicas, cuya superación da lugar a una serie de sanciones; cuestión distinta es la distinta intensidad con que dichas sanciones han sido aplicadas –o no- dependiendo de quién fuese el justiciable.

La exigencia de estabilidad presupuestaria ha sido constante para la integración europea. Decía en su E.M. la derogada Ley 12/2001, de Estabilidad Presupuestaria, que «la experiencia observada en los años ochenta en algunos países de la OCDE, en los que la aplicación de programas estrictos de consolidación fiscal ha tenido efectos expansivos sobre el crecimiento económico, pone de manifiesto que es posible la coexistencia de un robusto crecimiento económico durante períodos de consolidación fiscal. Los mecanismos que permiten explicar este hecho son los menores costes del crédito, los efectos riqueza favorables al consumo y la generación de expectativas de reducción de impuestos futuros y de una mayor estabilidad. [...] En definitiva, el equilibrio presupuestario va a ser la gran contribución de la política presupuestaria a la estabilidad macroeconómica que posibilita seguir desarrollando el verdadero potencial de crecimiento y de generación de empleo de la economía española y con ello avanzar en el proceso de convergencia real con los países más desarrollados».

Algo han ido cambiado las cosas, pero no tanto. El contenido del articulado del Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 diciembre, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, mantenía la filosofía anterior, si bien introduciendo determinadas modificaciones a fin de adaptarlas a la realidad de un Estado descentralizado en el que concurren varias

Administraciones públicas y a las exigencias de la política económica. Todo ello concluyó en una efectiva –aunque tenue- relajación de la exigencia de estabilidad presupuestaria.

Ahora bien: «[l]a crisis económica, que empezó en 2007 y se manifestó con claridad en 2008 y todavía permanece, ha puesto de actualidad la relevancia de la regulación. Originada en la crisis del mercado financiero en EE.UU. como consecuencia de las llamadas hipotecas *subprime* y en un clima peligrosamente especulativo de los activos financieros, con productos cada vez más sofisticados, que provocó el desplome de la Bolsa y la significativa quiebra del banco *Lehman Brothers*, se ha identificado su causa en los fallos de la supervisión por parte de la Reserva Federal.

La dimensión global de la actual crisis ha puesto en evidencia que los instrumentos y mecanismos estatales de supervisión son insuficientes. A superar esa insuficiencia responden las recomendaciones de “Basilea II y III o del Foro de Estabilidad Financiera (FSF)” convertido en Consejo del mismo nombre (FSB) por acuerdo del G-20, que propuso un marco regulador más fuerte y globalmente más coherente, en el marco de un sistema financiero mundial. La interdependencia supranacional requiere fórmulas de la misma naturaleza⁷³». Esas mismas instancias supranacionales confían/imponen a la contratación pública en general y en la colaboración público-privada en particular, un papel principal en la recuperación económica. Por ejemplo, en las financiaciones que brinda el Banco Mundial suelen existir paquetes de inversión condicionados a las llamadas figuras de partenariado,

⁷³ Melián Gil, J.L. Una aproximación al Derecho Administrativo Global. Global Law Press, 2011. Pág. 24.

esto es, de colaboración público-privada, exigiendo o, al menos, promoviendo la asociación de gobiernos con socios privados⁷⁴.

La reforma constitucional acordada en Septiembre de 2011 entre los principales partidos nacionales, implica un cambio fundamental en la gestión de las cuentas públicas y en la forma de actuar de los poderes públicos; cambio que ya estaba latente en las normas anteriores de rango legislativo –que hemos señalado– «como la propia exposición de motivos de la reforma advierte, sentando que estas normas fueron necesarias “para lograr la consolidación fiscal que nos permitió acceder a la Unión Económica y Monetaria”. La redacción del nuevo artículo 135 CE establece que los principios a que hace referencia serán desarrollados por una ley orgánica, que en todo caso regulará la distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas; la metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural y la responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria. Nace así, la LOEPSF⁷⁵, que desarrolla estos principios constitucionales por imposición expresa de la Constitución al legislador. El principio de estabilidad presupuestaria, fundamento de la reforma y que afecta de lleno a la contratación pública, tiene su origen en las instituciones del Derecho comunitario, y en concreto, en el artículo 126 del TFUE, que impone la prohibición a los Estados miembros de incurrir en déficits públicos excesivos»⁷⁶.

⁷⁴ Auby, J.-B. *Op. Cit. La Globalización, el Derecho ...* págs. 146 y ss.

⁷⁵ Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

El 11 de febrero de 2004, Eurostat, la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas⁷⁷ adoptó una decisión a fin de que el tratamiento contable en las cuentas nacionales fuese inequívoco cuando se tratase de contratos firmados por entidades públicas en el marco de operaciones de colaboración con entidades privadas. Como principio general, establece el de que “en contabilidad nacional, los activos implicados en un contrato a largo plazo entre el gobierno y un socio no gubernamental pueden ser considerados como activos no gubernamentales sólo si hay una evidencia importante de que el socio no gubernamental está soportando la mayor parte del riesgo que lleva consigo la ejecución del contrato”⁷⁸.

Según el criterio adoptado por Eurostat, para no consolidar en el balance de las administraciones públicas, han de darse dos condiciones:

- 1. que el socio privado soporte el riesgo de construcción.**

El riesgo de construcción ha sido definido por Eurostat como aquel que “se refiere a hechos tales como retraso en la entrega, no respeto a los estándares especificados, costes adicionales, deficiencias técnicas, y efectos externos negativos como el riesgo medioambiental. Esto supone pagos a terceros”.

- 2. Que el socio privado soporte al menos uno de los dos riesgos siguientes: el de disponibilidad o el vinculado a la demanda.**

⁷⁶ Machín Viñuela, P. *La colaboración público privada contractual: el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privada en el T.R.L.C.S.P.* Alternativas de financiación en época de crisis. Lex Nova.

⁷⁷ (véase el comunicado de prensa STAT/04/18).

⁷⁸ Long term contracts between government units and nongovernment partners (Public-privatepartnerships).

El denominado riesgo de disponibilidad está compuesto por aquellas posibilidades de daño que “hacen referencia a los casos en los que, durante la explotación del activo, se reclama la responsabilidad del socio porque a causa de una gestión deficiente, el volumen de servicios es inferior al contractualmente convenido o su nivel de calidad no satisface la convenida en el contrato”.

La tercera modalidad de riesgo es la relativa a los riesgos de demanda, definidos por Eurostat de la siguientes manera: “la demanda varía (se incrementa o decrece desde el momento en que el acuerdo se firmó) independientemente de la actuación del socio. Esto resulta de otros factores tales como el ciclo económico, nuevas tendencias del mercado, cambio en las preferencias de los consumidores u obsolescencia tecnológica. Esto es parte del riesgo económico que asumen las entidades privadas en una economía de mercado”.

Por tanto, en la desconsolidación de la inversión en las cuentas públicas, lo verdaderamente importante es el reparto/asunción de riesgos.

La cuestión central, en términos contables y financieros, estriba en determinar si el endeudamiento de las entidades instrumentales y de las diferentes fórmulas de CPP debe consolidar con el de las Administraciones Públicas, de acuerdo con los criterios que ya establecía del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales (SEC-95) y con independencia de la forma jurídica que

adopten⁷⁹. Dicho sistema fue revisado mediante Reglamento (UE) 549/2013, de 21 de mayo, cuyo objeto declarado es establecer un “Sistema Europeo de Cuentas revisado, establecido por el presente Reglamento, [que] constituya una versión del SCN 2008 que esté adaptada a las estructuras de las economías de los Estados miembros, y de modo que los datos de la Unión sean comparables a los recopilados por sus principales socios internacionales”.

Como bien ha hecho notar la doctrina⁸⁰, estas fórmulas de desconsolidación presupuestaria son complejas porque han de ser necesariamente complejas, pues se quiere evitar con ellas el cómputo de la inversión en las cuentas públicas pero, al tiempo, con pleno mantenimiento de un buen número de facultades de control sobre el contrato. En términos castizos, podría afirmarse que ello se parece en exceso a la pueril costumbre de hacerse trampas en el solitario.

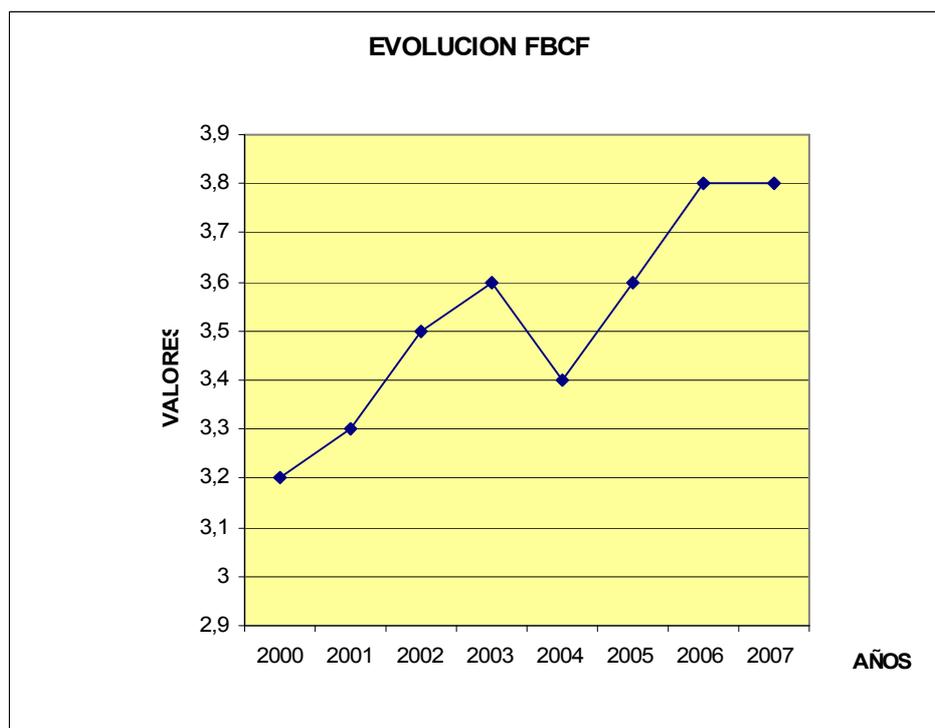
Algunas instancias europeas han alentado estas soluciones, «pero tengamos claro que la “huída” de la contabilización del déficit y del endeudamiento (o la contabilidad creativa) no puede ser un objetivo lícito a perseguir porque de ser así, estaríamos reconociendo que la finalidad del Pacto Europeo de Convergencia no es benefactora cuando pretende aumentar la competitividad y la solidez de la economía. Es muy peligroso que los Estados jueguen al incumplimiento de las normas que ellos mismos se han dado. Pero es que, además, existe una regla de oro en las finanzas públicas: el endeudamiento debe destinarse a inversiones de capital»⁸¹.

⁷⁹ Fernández LLera, R. *Financiación mediante... Op. Cit.*

⁸⁰ González García, Julio V. *Contrato de Colaboración... Op. Cit.*

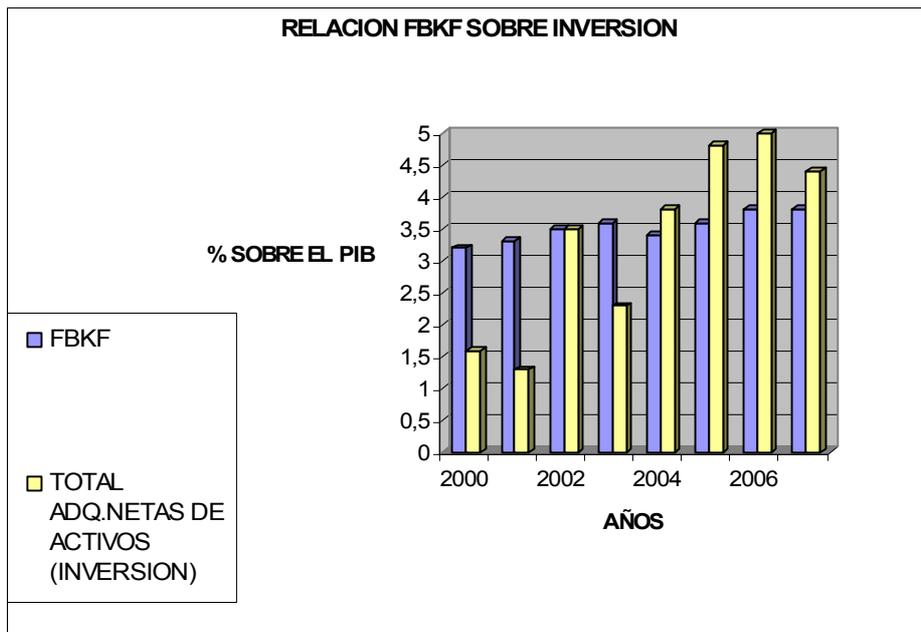
⁸¹ García Capdepón, Pedro M. *Los Contratos... Op Cit.* Pág. 98.

Con anterioridad a la crisis, las Administraciones Públicas habían mantenido un alto nivel de Formación Bruta de Capital Fijo⁸², y ello con una política de contención del gasto público que año tras año había mantenido las cuentas públicas en situación de superávit.



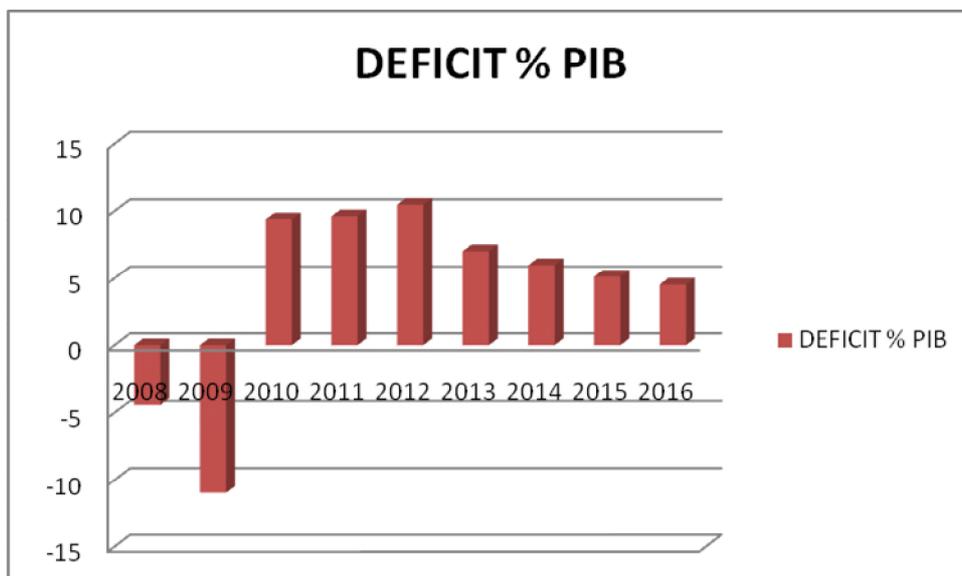
Fuente: elaboración propia. Datos I.N.E.

⁸² Gráfica 1: FBKF respecto del P.I.B.



Fuente: elaboración propia. Datos I.N.E.

Pero la situación cambió radicalmente: la crisis económica está haciendo mella en las cuentas del Estado. Las arcas estatales registraron hasta Marzo de 2017 un déficit de 5.659 Millones de Euros, lo que supone un 0,49 del PIB⁸³.



Fuente: elaboración propia. Datos del Banco de España.

III.5.1. Demandas crecientes.

Las Administraciones Públicas, inmersas en la vorágine continúa y expansiva de nuestra economía y la de nuestro entorno, iniciaron hace unos lustros e intensificaron hace unos años, unas políticas de gasto e inversión cuyo mantenimiento se haría hartamente difícil, tal y como se comprobó con la crisis de 2008 que venía llamando a la puerta de Europa desde 2007. En este punto, cobran singular importancia las Comunidades Autónomas, cuyo nivel de competencias, aun no viéndose siempre acompañado de su correlato por el lado de la financiación, son el principal actor del gasto público.

Por ello, merece la pena describir, si quiera someramente, las razones que nos llevan a describir las especiales dificultades a que se enfrentan en orden a mantener un nivel de gasto e inversión que resulte aceptable en el nuevo marco de la economía global marcado –como hemos dicho– por una crisis financiera cuya sombra será alargada.

Las Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA) gestionan un volumen de gasto agregado que supera ya al de la Administración General del Estado, sin incluir, claro está, el cómputo a las Administraciones de la Seguridad Social. En cuanto a inversiones productivas, también las CCAA destacan por haberse convertido en el nivel de gobierno que, en la era pre-crisis, destinaba un mayor volumen de recursos a la formación bruta de capital. Ha de hacerse notar que las CCAA son las encargadas de gestionar la mayoría de los servicios públicos más íntimamente ligados al Estado del Bienestar, (sanidad, educación, dependencia...) y

⁸³ www.Expansión.com (01/072017).

que, por tanto, su mantenimiento, ampliación y mejora es cuestión vívidamente sentida por los ciudadanos, con lo que el planteamiento de políticas de reducción o contención de gasto resultan siempre impopulares.

Más aún, en la mentada etapa pre-crítica, ya que se advirtió «las reformas en curso de los Estatutos de Autonomía, previsiblemente trasladarán mayores obligaciones de gasto a las CCAA. Gastos de capital vinculados a nuevas competencias, pero también a nuevas necesidades sociales en ámbitos como la mejora de la movilidad, el fomento del turismo, el incremento del parque de viviendas protegidas o la profundización, extensión y descentralización de los sistemas de bienestar social»⁸⁴. Así fue predicho y así sucedió: las autonomías, en este nuevo proceso estatutario, se dotaron de tal nivel competencial a fuerza de declarar derechos ciudadanos, que no resulta fácil hallar un área de la vida personal a la que no corresponda un derecho de nuevo cuño y la competencia autonómica que lo embride. A este respecto, TUDELA ARANDA afirma que «[l]a verdadera naturaleza de aquello que se enunciaba solemnemente como derecho, es una cuestión esencial. Una rápida lectura de esos textos hace fácilmente comprensibles las dudas que se plantean. Diversos datos apuntan en dirección a las mismas. Así, su estructura, mayoritariamente construida sobre la remisión a una ley de desarrollo; la confusa relación que en ocasiones se produce no sólo de los derechos con los principios rectores sino incluso de unos y otros con los objetivos de las políticas públicas; o las obligadas limitaciones en cuanto al régimen de garantías de los mismos, son algunos de ellos. Con facilidad pudo señalar el Tribunal Constitucional

⁸⁴ Fernández Llera, R. *Financiación mediante... Op. Cit.*

que bajo la denominación derecho «se puede hacer referencia a cuestiones muy diferentes (Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, F.J. 16)⁸⁵».

Todo ello sin menoscabo del marco asistencial declarado por la Ley 39/2006, de 14 diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. No se trata de una ley al uso ni, tampoco, de una *Ley barata*. Desde su E.M. se advierte su carácter remodelador del papel del Estado asistencial: «Se trata ahora de configurar un nuevo desarrollo de los servicios sociales del país que amplíe y complemente la acción protectora de este sistema, potenciando el avance del modelo de Estado social que consagra la Constitución Española, potenciando el compromiso de todos los poderes públicos en promover y dotar los recursos necesarios para hacer efectivo un sistema de servicios sociales de calidad, garantistas y plenamente universales. En este sentido, el Sistema de Atención de la Dependencia es uno de los instrumentos fundamentales para mejorar la situación de los servicios sociales en nuestro país, respondiendo a la necesidad de la atención a las situaciones de dependencia y a la promoción de la autonomía personal, la calidad de vida y la igualdad de oportunidades».

En cuanto a la amplísima financiación que el alto fin perseguido por la norma requiere, la E.M. de la Ley no ofrece el criterio de techo de gasto: vendrá determinado en función de las necesidades, no de las disponibilidades. Así, «la financiación vendrá determinada por el número de personas en situación de

⁸⁵ Tudela Aranda, J. *Las nuevas declaraciones de derechos en los estatutos de autonomía y en la Unión Europea*. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional. Universidad de Oviedo. 2017, nº 9.

dependencia y de los servicios y prestaciones previstos en esta Ley, por lo que la misma será estable, suficiente, sostenida en el tiempo y garantizada mediante la corresponsabilidad de las Administraciones Públicas. En todo caso, la Administración General del Estado garantizará la financiación a las Comunidades Autónomas para el desarrollo del nivel mínimo de protección para las personas en situación de dependencia recogidas en esta Ley.»

Quiere decirse, por tanto, que los problemas financieros de los servicios públicos no vendrán únicamente determinados por el lado del ingreso, sino que durante el ciclo expansivo de la economía se han asumido compromisos de gasto que han de mantenerse durante los periodos de contracción de la economía nacional.

III.5.2. Recursos menguantes.

El problema con que habrán de lidiar las CCAA se advierte en todo su esplendor a poco que se realice un juicio crítico de sus tradicionales fuentes de financiación⁸⁶. *Grosso modo*, las CCAA se financian por tres vías: ahorro corriente, transferencias de capital y endeudamiento⁸⁷.

https://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/noveno/pdfs/06_josetudela.pdf

⁸⁶ El régimen de financiación autonómico ha sufrido muchas críticas. Por su concreción, Menendez Moreno, A. *La financiación de las comunidades autónomas: pasado, presente y ¿futuro?* Revista Quincenal Fiscal 6/2017. Aranzadi. «Es fácil, a la vista de lo argumentado, hacer una breve recapitulación: el actual sistema de financiación de las CCAA genera inseguridad jurídica y desigualdad entre los españoles y las regiones, es por tanto insolidario, a la vez que insuficiente y descoordinado. Es evidente, además, que esos defectos se han acrecentado en las sucesivas reformas de la LOFCA, desde su aprobación en 1980 hasta la última de 2009. Ello quiere decir que el sistema de financiación de las CCAA era más respetuoso con los principios constitucionales cuando se sustentaba en las transferencias del Estado, y que lo es mucho menos ahora por la territorialización de los tributos cedidos y las mayores competencias normativas de las CCAA para regular tanto los tributos cedidos como los propios. Otro efecto inevitable de esa territorialización ha sido la consiguiente pérdida de recursos del Estado, motivo, tal vez, por el que

- **Ahorro corriente:** Atendiendo a los ingresos corrientes, todavía persisten restricciones muy severas para el establecimiento de tributos propios por parte de las CCAA, frenando así el crecimiento de esta vía recaudatoria. Por lo que se refiere a los tributos cedidos, las CCAA disponen de una capacidad normativa limitada, que es casi inexistente en el caso de la imposición indirecta. Por si fuese poco, el único uso que han hecho las CCAA de esta capacidad ha sido para rebajar ligeramente los tipos impositivos autonómicos, eso sí, con honrosas excepciones territoriales y sólo en algunos tributos. Con todo, salvo que medie un importante cambio en el comportamiento presupuestario de las CCAA o que las mejoras en la gestión se traduzcan en importantes ganancias de eficiencia, parece difícil que el ahorro corriente pueda tener un amplio recorrido a corto y medio plazo.

la «vistosa» proliferación de Fondos de compensación no ha logrado la «anhelada» suficiencia financiera de las CCAA.

Parece, pues, a primera vista, que un futuro mejor pasaría, paradójicamente, por la vuelta al pasado, y que, como en sus inicios, las CCAA prestaran los servicios y el Estado les dotara de los recursos que precisara su financiación. Pero esta «bipolaridad», por la cual una Administración pública presta los servicios y otra los financia, sugiere inevitablemente esta pregunta: tiene sentido que haya una Administración que gaste y otra que financie.

Como cabe preguntarse también si es posible articular un modelo de financiación de las CCAA equitativo sin replantearse una división territorial del Estado en la que, no se olvide, coexisten actualmente, por ejemplo, una región tan extensa y despoblada como Castilla y León y otra tan pequeña y poblada como Madrid. La respuesta parece obvia: no puede haber un sistema de financiación de las CCAA que sea equitativo si la división territorial del Estado es arbitraria.

⁸⁷ Por concreción en la exposición seguimos también en este apartado, Fernández LLera, R. *Financiación mediante.... Op. Cit.* Págs. 3 y ss.

- **Transferencias:** si bien no debemos desviar nuestro objeto de estudio, si ha de retenerse al menos que las CCAA reciben dos tipos de transferencias, las provenientes de los Presupuestos Generales del Estado⁸⁸ y las que se reciben *ex* Unión Europea. Claro es que en el marco de las Perspectivas Financieras de la Unión Europea para el periodo 2007-2013, los Fondos Estructurales y de Cohesión recibidos por España sufrieron una merma importante. Ello por dos razones primordiales:

1. En las previsiones para 2007-2013 figuraban: 35.200 millones de euros en total, de los cuales, algo más de 26.000 lo fueron para el objetivo convergencia, o lo que es lo mismo, básicamente para esas cuatro comunidades autónomas citadas, aunque otras recibirán también algunas ayudas decrecientes; 8.500 millones para el objetivo competitividad y empleo regional, donde pueden tener entrada prácticamente todas las regiones españolas; y unos 560 millones para cooperación territorial europea, acciones fronterizas, fundamentalmente. Esto significa que España se va a ir convirtiendo en un país de los que aporta más recursos financieros a la UE de los que recibe. Lo cual es justo, puesto que España es un país cuya renta por habitante está cada vez más próxima a la media europea, muy lejos claramente de la situación con la que nos

⁸⁸ A través de los Fondos de Compensación Interterritorial, los contratos-programa o los convenios de

incorporamos en 1986 a la Unión. Los beneficiarios son ahora los nuevos países miembros, del centro y el Este de Europa⁸⁹.

2. La ampliación de la Unión obliga a redireccionar las políticas de cohesión hacia los países entrantes.

El Marco Financiero Plurianual 2014-2020, ha seguido esta senda de contención-reducción del gasto e inversión. El gasto se agrupa en seis rúbricas, concebidas para plasmar las prioridades políticas de la Unión Europea. El acuerdo contempla una cifra máxima de gasto dedicado a estas políticas, a lo largo del periodo de programación, de 959.998 millones de euros en créditos de compromiso (908.400 en créditos de pago), en precios constantes de 2011, con el desglose que muestra el Cuadro 18 en la siguiente página. Esta cuantía global supone el 1% de la Renta Nacional Bruta de la UE⁹⁰.

Por tanto, por el lado de las transferencias, el panorama financiero – principalmente de las CCAA- el futuro financiero de las Comunidades Autónomas no es muy halagüeño, máxime cuando a todo ello se une las reformas estatutarias en marcha que garantizan vía estatutaria un determinado nivel de inversión.

inversión conjunta.

⁸⁹ Juan Ramón Cuadrado, catedrático de Economía Aplicada (Política Económica) de la Universidad de Alcalá y presidente del Consejo Consultivo de Privatizaciones, en UAH.ESNOTICIA de 05/03/2008.

⁹⁰

http://www.fundacionfaes.org/file_upload/publication/pdf/20130718133408el_marco_financiero_plurianual_de_la_ue_2014-2020.pdf

- **Endeudamiento**, de cuyas limitaciones ya hemos tenido ocasión de ocuparnos con anterioridad, baste recordar el objetivo de estabilidad presupuestaria contenido del 8 Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 diciembre, el texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, por el que se establece que «en el primer semestre de cada año, el Gobierno, mediante acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Economía y Hacienda y previo informe del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas y de la Comisión Nacional de Administración Local en cuanto al ámbito de las mismas, fijará el objetivo de estabilidad presupuestaria referido a los tres ejercicios siguientes, tanto para el conjunto del sector público, como para cada uno de los grupos de agentes comprendidos en el artículo 2.1 de esta Ley».

Dicha norma no fue más que el inicio de lo que hubo que interiorizar a marchas forzadas, esto es, que «[l]a garantía de la estabilidad presupuestaria es una de las claves de la política económica que contribuirá a reforzar la confianza en la economía española, facilitará la captación de financiación en mejores condiciones y, con ello, permitirá recuperar la senda del crecimiento económico y la creación de empleo. Este convencimiento llevó en septiembre de 2011 a reformar el artículo 135 de la Constitución Española, introduciendo al máximo nivel normativo de nuestro ordenamiento jurídico una regla

fiscal que limita el déficit público de carácter estructural en nuestro país y limita la deuda pública al valor de referencia del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁹¹».

III.6. Inconvenientes y cautelas frente a la CPP.

Como en la Sociedad de Suma Cero de Lester Thurow, a casi cada argumento en favor de la proliferación de CPP corresponde un inconveniente o, al menos, la necesidad de introducir una cautela. Cuestión distinta es si el inconveniente, cautela o efecto pernicioso es de tal calado que anule las bondades anunciadas.

Como argumentos de oposición a la proliferación de fórmulas CPP, se han esgrimidos los siguientes:

- La solidaridad intergeneracional puede tener su cara oscura, pues si bien parece más lógico que el periodo de abono de la infraestructura y vida útil de la misma coincidan en un mismo marco temporal, no podemos pasar por alto que con ello se está comprometiendo los recursos de generaciones futuras por un periodo muy superior al común de cuatro años establecido en nuestro entorno para los procesos electorales.

- Resultan menos conocidos por los operadores y por la Administración y «son mucho más complejos con lo cual podrían aumentar los riesgos de falta de seguridad jurídica, de arbitrariedad y de “mala administración»⁹².

⁹¹ E.M. de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria.

No puede dejar de advertirse que la CPP está pensada, por definición, para las grandes empresas, pues sólo las mejores entre las más grandes podrán llegar donde la administración no ha podido llegar, dado el carácter subsidiario establecido para este tipo de contrato. Por tanto, las PYMES verán de lejos el fenómeno de la CPP.

- Reticencias del sector empresarial. Ha de tenerse en cuenta que, por definición, son proyectos que requieren de una fuerte inversión por el socio privado. Por ello, el socio privado será a menudo un socio compuesto por varias empresas con unos niveles de especialización en distintas partidas del proyecto. Además, la larga duración de la relación de cooperación es inversamente proporcional a la rapidez en la obtención del beneficio, y directamente proporcional respecto de los riesgos sobre cambios de políticas. A ello, ha de añadirse que, como hemos visto, la administración siempre conservará una parcela exorbitante de poder sobre el contrato. En otros términos: dentro del ámbito estrictamente financiero, «las fórmulas de CPP suponen en algunos casos un incremento en el coste de los proyectos, teniendo en cuenta que el objetivo primordial de una empresa privada será la obtención de un beneficio económico, por lo que no aceptará proyectos con una tasa interna de rendimiento (TIR) demasiado baja. De lo anterior se podría

⁹² García Capdepón, Pedro M. Op Cit. *Los Contratos de...* Pág. 99.

derivar un sobrecoste para el Sector Público, un incremento en el precio que soporta el usuario o incluso ambos efectos»⁹³.

- Rechazo por la ciudadanía, pues suelen exigir el pago por el uso de la infraestructura o del servicio.

IV. Justificación de nuestra propuesta metodológica.

Como se ha escrito antes y mejor que nosotros, «[no] creo que haya una legislación, en todo nuestro ordenamiento jurídico, comparable en volatilidad a la normativa básica de contratos. La inmensa mayoría de estas modificaciones no trae causa de la necesidad de incorporar reformas del derecho comunitario: se trata de improvisaciones privativas del legislador español, normalmente tendentes a la solución de problemas específicos, en la mejor tradición de las leyes-medida; por más que, en el último caso, algunas de ellas puedan estar justificadas por la profunda crisis económica que hemos padecido.

»Las disfunciones generadas por la inestabilidad regulatoria son, en algún caso, evidentes: intensifica las dificultades de conocimiento del derecho positivo y potencia la comisión de vulneraciones al mismo, por no hablar de la desesperación que crea al colectivo de juristas. Pero sus efectos perversos van mucho más allá: de una parte, constituye un factor de desincentivación de los inversores potenciales, una de cuyas principales preocupaciones, si no la más importante, es el nivel previsible de estabilidad de las regulaciones y del comportamiento de los tribunales.

⁹³ Fernández LLera, R. *Financiación mediante... Op. Cit.*

»Y, de otra, tiene un impacto absolutamente imprevisto en el esquema constitucional de división de poderes: en un escenario de normalidad institucional, las leyes son aprobadas por los parlamentos, y su contenido comienza a hacerse realidad cuando son aplicadas durante un tiempo por los tribunales, cuyas sentencias, con mejor o peor fortuna, proporcionan los elementos interpretativos necesarios para completar y hacer inteligible su significado. El cambio normativo elimina la segunda de estas dos piezas, al Poder Judicial, cuya demora en la resolución de los conflictos le impide sentar doctrina sobre las disposiciones vigentes en el momento de su fallo⁹⁴».

Como tendremos ocasión de exponer más adelante –con dosis iguales de humildad y atrevimiento- consideramos que la labor doctrinal está demasiado anclada en las tradicionales funciones de adición y glosa, con menoscabo de otras labores que también le corresponden, como son la vanguardia en la promoción de la reestructuración de Administración y la Ciencia de jurídica y de la administración, en orden advertir –primero- y proponer –después- los nuevos parámetros por los que habrán de discurrir en su interminable acomodamiento a la realidad social.

Partiendo de ello, hemos advertido –en grado de intuición, pensamiento contingente- que cuando una norma o instituto jurídico (CCPP) irrumpe en el ordenamiento con altas dosis de novedad, el análisis de su fracaso y derogación puede suponer una magnífica atalaya desde la que advertir:

⁹⁴ Santamaría Pastor, J.A. *Contratos del Sector Público y Derecho de la Unión*. Revista de Administración Pública. Mayo-Agosto 2016. <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.200.05.87>

- a. Si su laminación responde criterios de mera oportunidad política, aun a pesar de haber nacido con vocación de irrupción y permanencia.
- b. Si, de otro modo, tal proscripción lo es por desuso o por experiencias fallidas.
- c. Si, de cualquier forma, la regulación del nuevo instrumento jurídico – Contrato de Colaboración Público-Privada- resulta coherente con el estado de la dogmática jurídico-administrativa, si se dan flujos con la parte general de retroalimentación en tanto que relación de género a especie o si, por el contrario, la ausencia de tal coherencia ha incidido en la cortedad de periodo de vigencia.

Así, por tanto, se justifica la arriesgada propuesta metodológica que ofrece el presente trabajo, que parte del análisis del régimen jurídico de un tipo contractual extinto en orden a descubrir las causas últimas de su defenestración, y el estudio de la relación –si la hubiere- de su derogación con las (presuntas) necesidades de renovación y reforma del Derecho Administrativo. Dichas necesidades no son propias de nuestro ordenamiento patrio, sino que se plantean también en el ordenamiento alemán y otros, con la oportunidad común de disponer de este observatorio –extravagante, si se quiere, pero eficaz, al fin- que la derogación del CCPP nos ofrece.

Se propone, por tanto, el necesario estudio del tipo (¿) contractual referido para plantear con posterioridad nuestra TESIS, que inmediatamente después será sometida al pertinente procedimiento de falsación al más clásico estilo; esto es: poner a prueba la propia teoría para ver si es falsa y, si pasa este “experimento

crucial”, podremos entonces a nuestra propuesta o tesis otorgar el beneficio de la verosimilitud⁹⁵, lo que vale decir que se acerca a la verdad, con las notas de mera aproximación, contingencia e interinidad propias de nuestro campo de estudio.

V. El Contrato de Colaboración Público-Privada (CCPP) *strictu sensu*:

V.1. El Marco Legal original: la Ley de Contratos del Sector Público.

La Ley 30/2007, de 30 Octubre, de contratos del Sector Público⁹⁶, fue el resultado de la necesidad de transponer a nuestro Derecho interno la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004. Sin embargo, la norma no se detuvo en la transposición de la Directiva sino que, como expresa en su E.M., fue «la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2004/18/CE el motivo determinante de la apertura de un nuevo proceso de revisión de nuestra legislación de contratos públicos, este punto de partida no ha operado como límite o condicionante de su alcance». Por tanto, el legislador de 2007 se ha mostrado ambicioso, adoptando –ya veremos con qué resultado- «un planteamiento de reforma global» introduciendo «modificaciones en diversos ámbitos de esta legislación, en respuesta a las peticiones formuladas desde múltiples instancias (administrativas, académicas, sociales y empresariales) de introducir diversas mejoras en la misma y dar solución a ciertos problemas que la experiencia aplicativa de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha ido poniendo de relieve».

⁹⁵ Martínez Solano, J.F. *El Problema de la Verdad en K. Popper. Reconstrucción Histórico-Sistemática*. Netbiblo. 2005. Págs. 12 y ss.

La concepción de la Ley (que se arrastró hasta el Texto Refundido posterior) no ha estado exenta de críticas. Se le ha reprochado, de un lado, el haberse apartado del esquema tradicional de parte general y parte especial que había venido rigiendo nuestra legislación de contratos públicos desde hacía décadas. Así, se le ha reprochado falta de claridad, inferioridad técnica y excesiva literalidad al transponer el contenido de la Directiva.

En cuanto al global cambio de concepción, es claro el parecer de VICENTE IGLESIAS, cuando afirma que «la Ley de Contratos del Estado, desarrollada por el Reglamento General de Contratación de 1975 y por disposiciones puntuales en materia de revisión de precios, proporcionó estabilidad al sistema contractual público; es mas, fundó dicho sistema con una riqueza teórica y doctrinal que ya quisiera alguna de sus herederas. En concreto la actual, que se separa sin reparos de un esquema centenario en nuestro Derecho y que cuenta con mas de 40 anos de vida en materia administrativa, el esquema parte general-parte especial. Sin lugar a dudas, la Ley 13/1995 de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, fue bastante mas prudente —y modesta— que su recién nacida hija, al hacer suyo dicho esquema procedente de la Ley de 1965 sin renunciar a implantar las modificaciones que los nuevos tiempos reclamaban [...] parece que el legislador olvida que las directivas comunitarias obligan a un fin, dejando libertad a los Estados miembros en los medios a aplicar para alcanzar dicho fin, por lo que quizá no hubiera sido necesario remover todo el edificio normativo para alcanzar los fines

⁹⁶ Nos centramos en el texto original. Después, Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por

ordenados por la Union Europea. Por no citar las dudas que suscita la Ley acerca de si realmente los objetivos perseguidos se ajustan a las corrientes contractuales comunitarias». ^{97 98}

También ha merecido crítica el abandono de la terminología tradicional como “concurso” o “subasta”, y la introducción de otros nuevos como “oferta económicamente más ventajosa”, o “poder adjudicador”, cambio de terminología del que se ha escrito que es todo un galimatías que llevará tiempo desentrañar, y que en todo caso lo único que consigue es, de nuevo, crear inseguridad jurídica a los actores de la contratación pública⁹⁹. Conceptos todos ellos que se mantienen a tenor de las nuevas las Directivas 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y la Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, pendientes de trasposición mediante el Proyecto de Ley 121/000002/2016, de 25 de noviembre, de Contratos del Sector Público

el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁹⁷ Vicente Iglesias, José L. *Reflexiones sobre la Nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Diario La Ley, nº 6878. 2008. Pág. 2.

⁹⁸ Más prosaicos se muestran en su crítica a Ley Sosa Wagner F. y Fuertes López, M. *La Ley de Contratos del Sector Público y el Murciélagos*. Actualidad Jurídica Aranzadi Núm. 743/2007: «Por eso, retomando la imagen que apuntamos al inicio de estas observaciones, si consideramos la Ley como un argumento teatral, no es extraño que nos hayamos acordado de la famosa opereta «El murciélagos» de Johann Strauss (hijo), basada en un vodevil. Es conocido el argumento en el que los personajes representan otro papel en una fiesta organizada por el Príncipe Orlofsky: el protagonista Eisenstein, el de un marqués francés; su mujer, es una princesa húngara; su doncella, una dama vienesa; el jefe de la cárcel, otro caballero francés... Incluso, se desconoce la verdadera identidad del Príncipe, de ahí que se interprete por una mujer. Pero es clara su máxima: que cada uno se divierta a su gusto («chacun à son goût!»).

Tal parece la Ley: las personificaciones jurídicas cambian de papel, de régimen jurídico, pues tradicionales organismos públicos hacen contratos de obras o suministros privados; a la vez que sociedades y fundaciones públicas son controladas por los Tribunales contenciosos; y todo ello actuando con gran discrecionalidad, es decir, chacun à son goût. Claro que existen algunas diferencias. En lugar de la excepcional música leemos una penosa redacción y, sobre todo, en la opereta al final se descubre el enredo y el protagonista pide disculpas porque el champán tuvo la culpa (Champagner hat' verschuldet). Pero con esta Ley no podrán deshacerse tan fácilmente los enredos que origine. Únicamente, quizás el champán sea el germen de una nueva reforma... »

V.2. Concepto legal de Contrato de Colaboración Público-Privada.

Según el artículo 11.1 de la citada L.C.S.P., son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

- a. La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.

- b. La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.

- c. La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.

⁹⁹ Vicente Iglesias, José L. *Reflexiones sobre... Op. Cit.* Pág. 2

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

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, introdujo cambios en múltiples normas jurídicas. Una de ellas fue la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuyo interés para lo que a nosotros ahora afecta, viene dado por reforzar la colaboración público privada en la financiación y construcción de infraestructuras públicas. Incluye al efecto una serie de normas que completan el régimen jurídico de las formas contractuales e institucionales de colaboración entre lo público y lo privado de un contrato administrativo que había aparecido en nuestro ordenamiento con la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Potencia estas figuras y facilita su empleo por el sector público, al tiempo que regula los términos en que los adjudicatarios de estos contratos pueden acudir a los mercados de capitales para obtener financiación. Entre las novedades más relevantes, figura el hecho de extender el ámbito subjetivo del contrato, pues se pasa de definirlo como aquél “en que una Administración Pública encarga...” a admitir como sujeto contratante “una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas”.

Este contrato de colaboración es un contrato administrativo típico (declarado como tal por el artículo 19.1 de la Ley), aunque tal naturaleza es más nominativa que real, siendo contrato administrativo, permite negociar entre las partes múltiples fórmulas contractuales y financieras, sin que la Administración tenga las mismas

limitaciones que sí tiene en el resto de contratos administrativos típicos. Permite acceder a financiación y actuaciones privadas para la ejecución de proyectos de construcción que deberán ser realizados propiamente por el sector público¹⁰⁰.

Ha de llamarse la atención sobre el objeto del contrato, pues podemos comprobar que la regulación española del CCPP ha ampliado los límites objetivos marcados por el Libro Verde de la Comisión Europea, todavía muy centrada en la obra o la instalación como objeto del contrato; así, estos son los únicos ejemplos citados en el citado texto de la Comisión. Frente a ello, nuestra LCSP recoge un cuádruple objeto que no se agota en la obra ni en la realización de instalaciones¹⁰¹.

Quizá debido al superior coste que los proyectos así financiados suelen conllevar –tal y como hemos apuntado con anterioridad- o quizá sea la *mala conciencia* de una administración aún temerosa de reconocer tan a las claras su carácter nada omnipotente, lo cierto es que el apartado segundo del citado artículo 11, determina para este tipo de contratos un carácter última *ratio*, de última frontera. Así, “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”.

Dicha justificación consiste en la elaboración por parte de la Administración contratante del denominado documento de evaluación. «Dicho documento pondrá

¹⁰⁰ Sánchez Rodríguez, A.J. «PROJECT FINANCE» en financiación de infraestructuras mediante colaboración pública-privada. Revista española de Derecho Administrativo. Núm. 165/2014

de manifiesto que, como consecuencia de la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones de definir previamente a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato. A la vez, el documento de evaluación deberá efectuar un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción del contrato de colaboración como fórmula de contratación aplicable al caso»¹⁰².

Todo este recelo parece concluir en el apartado 2 del citado artículo 118, pues esta evaluación “podrá realizarse de forma sucinta si concurren razones de urgencia no imputables a la Administración contratante que aconsejen utilizar el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para atender las necesidades públicas”. Es difícil introducir más conceptos indeterminados en un sólo precepto. Primeramente, se podrá hacer –no es imperativo, sino que es cuestión sujeta a apreciación- de forma sucinta dicha evaluación –imposible determinar qué se entienda por sucinta, pues puede tratarse del mismo contenido de la evaluación ordinaria, pero en formato breve, o suprimiendo apartados de la evaluación ordinaria...-. Cuáles sean las razones de urgencia no imputables a la

¹⁰¹ Jiménez Díaz, A. *El contrato de colaboración público-privada y el de concesión de obras públicas (en la nueva Ley de Contratos del Sector Público)*. Diario La Ley, N.º 6934, 28 Abr. 2008, Año XXIX, Ref. D-135, Editorial LA LEY.

¹⁰² Vicente Iglesias, José L. *Reflexiones sobre...Op. Cit.*

Administración contratante que aconsejen utilizar este contrato, es cuestión que habrá que dilucidar caso por caso.

En el párrafo tercero dispone que “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”. La razón de ser del citado precepto no puede ser más que la de evitar la consolidación en las cuentas públicas del coste, pues no podemos olvidar, asimismo, que Eurostat ha venido exigiendo la dirección del diseño de la operación en manos del socio privado de la Administración, sobre todo en aquellos supuestos en los que, pese a que hay pagos periódicos por parte de la Administración, ésta no quiere consolidar los costes en su contabilidad¹⁰³.

El apartado 4 del citado artículo 11, establece que “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”. Aquí ha querido ver la doctrina una diferencia esencial con otros contratos de naturaleza cooperativa (V. gr. la concesión). Así, se ha mantenido que «la nota característica del contrato de colaboración parece ser la financiación por parte del contratista, lo que asemeja esta figura al contrato de concesión de obra pública, si bien la diferencia con éste reside en que mientras en la concesión la obra pública es susceptible de explotación

¹⁰³ González García, Julio V. *Contrato de... Op. Cit.* Pág. 13.

económica por el concesionario, en el contrato de colaboración no ocurre así, retribuyéndose al contratista mediante el abono de un precio que se satisfará durante el plazo del contrato¹⁰⁴. A continuación ahondaremos en esta necesaria distinción, cuestión nada baladí ni aparentemente clara.

V.3. Distinción de figuras afines: la concesión.

Como ya hemos apuntado, por disposición del apartado 2 del artículo 11 de la L.C.S.P. “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”, cuestión que, introducida en el trámite de enmiendas en el Congreso de los Diputados¹⁰⁵, como también ha sido expuesta de manifiesto, ha querido precisar el carácter «residual» del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, que es subsidiario respecto de otras figuras contractuales¹⁰⁶.

Cierto es que el objeto de los CCPP es más amplio que el de la concesión. Cierto es, también, que la Ley ha querido el CCPP tenga un objeto mucho más amplio que el de la concesión, «puesto que incluye también la construcción de equipos, sistemas, productos y bienes, conceptos todos ellos ajenos a la concesión.

¹⁰⁴ Guinot Barona, M. *La Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público*. Actualidad Administrativa, La Ley. Núm. 2. Pág. 134.

¹⁰⁵ Enmienda nº 159 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, BOCG de 29-3-2007, serie A. Núm. 95-22, p. 230.

En rigor, el objeto del contrato de colaboración es tan amplio que [...] puede coincidir prácticamente con el objeto propio de otros contratos como el de gestión de servicios públicos [art. 11.1.d) LCSP], con el de suministro [art. 11.1. c) de la misma Ley] y aun con el de servicios [art. 11.1 c) LCSP]».

Es precisamente en el plano conceptual donde radica una de las principales críticas vertidas por la doctrina a la nueva figura contractual. Así, se ha afirmado que su deslinde respecto de los contratos de gestión de servicios públicos y, sobre todo, con el contrato de concesión de obra pública, es muy difícil de apreciar. Como señala CHINCHILLA MARÍN¹⁰⁷ «esta dificultad se torna en imposibilidad cuando el contrato de colaboración público-privada incluya una obra y se prevea su explotación (la letra a) del artículo 11.1: “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”»¹⁰⁸.

Las semejanzas –veremos si absolutas- entre una y otra figura contractual, se advierten desde el mismo concepto legal de concesión, que viene recogido en el artículo 7.1 L.C.S.P y del T.R: “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

¹⁰⁶ Moreno Molina, J. A. y Pleite Guadamillas, F. *La imprecisa definición del contrato de colaboración público-privada y su difícil deslinde de la concesión de obra pública*. B.D. El Consultor-Contratación Administrativa. La Ley, 2008.

¹⁰⁷ *Contrato de colaboración público-privada*. RAP, Núm. 170. 2006 pág. 22.

¹⁰⁸ Jiménez Díaz, A. *El contrato de colaboración público-privada... Op. Cit.*

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

De la definición legal de concesión extraemos los siguientes caracteres:

- Tiene por objeto la realización por el concesionario de una obra pública, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, conservación y mantenimiento.
- Exceptuando la posibilidad de establecer un “peaje sombra” o un “peaje blando”, la retribución del concesionario será, con carácter general, de naturaleza extrapresupuestaria. Así, se prevé que aquélla se derive, con carácter general, del precio satisfecho por los usuarios y de la explotación de la zona comercial.
- Sin embargo la norma también prevé la posibilidad de que se realicen aportaciones públicas, en cuyo caso el sistema se convierte en parcialmente presupuestario, cuestión esta que está íntimamente ligada a la asunción por el concesionario del riesgo y ventura de la operación¹⁰⁹.

Más difícil se hace aún la distinción si atentemos al propio contenido del Libro Verde de la Comisión Europea sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. En dicho texto, se establece como elemento caracterizador del contrato de concesión el

vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final, pues es el socio privado presta un servicio a la población «en lugar de» el socio público, pero bajo su control. Asimismo, se caracteriza por el modo en que se remunera al contratista, que consiste en cánones abonados por los usuarios del servicio, que se completan, en su caso, con subvenciones concedidas por los poderes públicos¹¹⁰.

Igualmente, tal y como hace la citada doctrina crítica, recordamos que la calificación dada tanto por el Derecho nacional como por las partes no tiene ninguna incidencia en la calificación jurídica de estos contratos a efectos de la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones; será el contenido de la relación contractual el que determine su régimen jurídico, no *nomen iuris* que bien los Estados bien las partes utilicen en sus relaciones contractuales.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí apuntado, y siendo como es cuestión primordial en nuestro objeto de estudio –es tanto como averiguar si existía la necesidad de regular los CCPP en esta modalidad o si irrupción es redundante- conviene detenernos en su análisis diferencial respecto del contrato de concesión. Partiendo de lo dicho, y aun las innegables semejanzas que entre ambas figuras existen, convenimos con JIMÉNEZ DÍAZ¹¹¹ que existen suficientes elementos diferenciadores para deslindar una y otra figura:

¹⁰⁹ Juan Lozano, A. M. y Rodríguez Márquez, J. *La Colaboración Público-Privada... Op. Cit.* Pág. 60.

¹¹⁰ Moreno Molina, J. A. y Pleite Guadamillas, F. *La imprecisa definición del contrato... Op. Cit.*

¹¹¹ Jiménez Díaz, A. *El contrato de colaboración público-privada... Op. Cit.*

«Podemos preguntarnos ya cuáles son los elementos diferenciales concretos que separan el contrato de colaboración del de concesión de obras públicas. Aparentemente, una de las diferencias vendría dada —como quiere la Comisión Europea— por el modo de retribución del contratista, puesto que, en el caso de la colaboración, la LCSP articula un sistema obligatorio que vincula exclusivamente al contratista con la Administración, sin que el primero dependa del cobro de las tarifas abonadas por los usuarios del servicio, lo que es propio de la concesión.

Sin embargo, las cosas no son tan sencillas ni las diferencias tan nítidas. Tengamos en cuenta que la Ley 13/2003, de 23 de mayo, por la que se añadía un nuevo Título a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y se creaba el contrato de concesión de obras públicas, había recogido ya la figura del peaje sombra o peaje en sombra (shadow toll) que permite a la Administración retribuir al concesionario de una obra pública directamente en función del volumen de usuarios del servicio, sin obligar a éstos a abonar nada al concesionario (art. 246.4 de la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Se trata de una técnica que la nueva LCSP también recoge (art. 238.4) y que permite acometer obras con financiación privada en supuestos en que no se considere apropiado trasladar los costes al usuario del servicio, de modo que el peaje por la utilización de la obra lo paga la Administración y el usuario queda desvinculado respecto del concesionario, al menos en el plano económico».

Siguiendo al citado autor, desde la óptica retributiva, el CCPP presenta como modelo de abono necesario los sucesivos pagos directos realizados por la propia

Administración. Sin embargo, en la concesión de obras públicas «se permite optar entre un abanico de soluciones que van desde la consistente en exigir a los usuarios que sufraguen el coste total de la obra a través de las correspondientes tarifas, hasta la fórmula del peaje sombra, que en lo esencial coincide con el modo de retribuir al contratista en el caso de la colaboración.

Por tanto, y si tomamos como criterio diferenciador el elemento retributivo, advertimos que las diferencias entre ambos tipos de contrato se circunscriben a la limitación en el CCPP a un a modalidad de abono, mientras que en el contrato de concesión de obra pública se dan fórmulas optativas a las partes; pero ahí cesan diferencias atendiendo al elemento retributivo. «En efecto, la retribución del concesionario admite formas múltiples que van desde la percepción de tarifas a los usuarios hasta el peaje en sombra, pasando por las subvenciones, anticipos, préstamos participativos o subordinados y ayudas que el órgano de contratación puede acordar para hacer posible la viabilidad económica de la explotación que ha sido objeto de concesión (arts. 238 y 239 LCSP)».

Así pues, no es idóneo el elemento retributivo como criterio diferencial entre una y otra figura; más aún, tal y como hemos expuesto es en la modalidad de abono al contratista donde la doctrina ha encontrado razones para hablar de la imposibilidad de diferenciar ambos contratos (cuando en el CCPP incluya una obra y se prevea su explotación). Desde esta perspectiva, a lo sumo, podría afirmarse que la colaboración contractual *stricto sensu* no admite otra fórmula de retribución más que los pagos directos realizados por la Administración (según lo dispuesto en el art. 11.4 LCSP “la contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá

en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato”), lo que tiene pleno sentido si consideramos que el contrato de colaboración puede tener un objeto que haga completamente imposible trasladar el coste del servicio al usuario¹¹².

Desechamos por tanto, el criterio del modo de retribución como elemento diferenciador entre las figuras estudiadas, pues no permite su nítida distinción.

Consideremos, siguiendo al autor que nos está siguiendo de guía, el análisis comparativo de ambas figuras contractuales a fin de encontrar el elemento delimitador entre ambas. Como ya hemos apuntado, el CCPP tiene un objeto amplio –ampliado, diríamos, respecto del pensado por la Comisión en el Libro Verde- cuya extensión objetiva puede hacer coincidir su objeto con el de otros contratos. En definitiva, la decisión de elegir uno u otro contrato dependerá de consideraciones de orden financiero o de otro tipo, pero la opción se halla abierta para la Administración.

Concluye JIMÉNEZ DÍAZ en el sentido de que el contrato de colaboración y el de concesión tienen claros elementos comunes, coincidiendo parcialmente en el objeto o la forma de retribución al concesionario, si bien advierte que sería un error suponer que el CCPP no es más que una forma avanzada de la concesión. «Como hemos observado reiteradamente» dirá «al menos por su objeto, el contrato de colaboración puede satisfacer necesidades diversas de la Administración, de modo

¹¹² Clarificador es a este respecto el ejemplo ofrecido por Jiménez Díaz en *El contrato de colaboración público-privada...* Op. Cit: «Pensemos, por ejemplo, en un establecimiento penitenciario construido y

que tanto puede servir para la realización de una obra pública, como para prestar un servicio público o asegurar un suministro. La colaboración que esta forma contractual permite no se circunscribe al plano de la ejecución y gestión de obras, sino que comprende ámbitos muy distintos. Es por ello que bien puede afirmarse que no estamos en absoluto ante una variante del contrato de concesión ni, propiamente hablando, ante ningún tipo de contrato nuevo. Por el contrario, nos hallamos ante una técnica contractual»¹¹³.

Sentado lo anterior, y aun afirmando lo atractivo de las críticas esgrimidas en cuanto a la excesiva cercanía entre *algunos* CCPP y el contrato de concesión, no podemos estar de acuerdo de acuerdo con ellas; del mismo modo, creemos que la distinción apuntada por la doctrina ha de ser ampliada en el siguiente sentido: entre un el Contrato de Concesión y el Colaboración Publico Privada, existirá una diferencia de partida, y que determinará la aplicación de una u otra figura jurídica; habrá de regularse la relación jurídica mediante CCPP cuando, además de permitirlo su objeto, su complejidad, o la imposibilidad de definir previamente por la Administración la licitación, o la necesidad de definir los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados, o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato, hagan necesaria la aplicación de esta figura.

gestionado por el sector privado, en el que sería prácticamente imposible exigir a los internos en el mismo los costes que su internamiento genera».

¹¹³ *El contrato de colaboración público-privada... Op. Cit.*

De otro modo: el nudo gordiano del CCPP no está tanto en las normas jurídicas que rijan la relación entre la Administración y el contratista como en el procedimiento de adjudicación: el diálogo competitivo. En un contrato de concesión, el procedimiento de adjudicación no requerirá de la flexibilidad y agilidad del diálogo competitivo, pues la Administración habrá podido definir la licitación, así como los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados, y habrá establecido los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato.

Así, se han afirmado cautelas, argumentando al efecto que «en muchos casos se podrá proceder a adjudicar determinadas concesiones de Obra Pública en el seno de contratos de colaboración que como ya hemos apuntado anteriormente se enmarcan en un procedimiento especial de adjudicación como es el de diálogo competitivo, que como se analizara posteriormente, puede plantear problemas de interpretación jurídica dado que en estos casos se fundamenta el limitar el principio de libre concurrencia, en base a unas teóricas especificaciones técnicas que hacen recomendable una fase previa de negociación para la elaboración de los pliegos»¹¹⁴. El control de legalidad y consecuente evitación de fraude de ley, habrá de venir del análisis de las excepcionales circunstancias de complejidad que requiere para su aplicación tanto el CCPP como el procedimiento de adjudicación que le es propio pero no exclusivo (Diálogo Competitivo).

¹¹⁴ Menéndez de la Cruz, C. *Contrato de Colaboración Público-Privada en el Proyecto de Contratos de Ley de Contratos del Sector Público*. B.D. El Consultor-Contratación Administrativa. La Ley, 2008.

De modo que puede decirse, que se produce una imbricación entre tipo contrato (CCPP) y procedimiento de adjudicación (Diálogo Competitivo), que los análisis que deslinden uno y otro para proceder a su estudio por separado han de ser necesariamente incompletos. El CCPP no será prácticamente nada al inicio del procedimiento de adjudicación, siendo sólo a través de sus distintas fases será cuando hallará contenido, y hasta objeto propiamente dicho.

V.4.Régimen Jurídico.

El artículo 289 de la Ley¹¹⁵ se limita, respecto del régimen jurídico de los CCPP, a determinar lo siguiente: “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.”

Una lectura apresurada sorprende al jurista por la parca regulación que contiene, lo cual ha merecido –veremos con qué acierto- las críticas de la doctrina. Se ha esgrimido que la indeterminación absoluta de su régimen jurídico es tanto como dejar la determinación del régimen jurídico de los efectos del contrato a la

¹¹⁵ Art. 313 del T.R.L.C.S.P.

voluntad de las partes, abriendo la posibilidad de eludir la aplicación de las normas imperativas que la L.C.S.P. establece para los restantes tipos contractuales¹¹⁶.

Es innegable que la regulación positiva de este tipo de contrato está dispersa por el articulado de la Ley, lo que no contribuye a dotar a operador jurídico de seguridad; cuestión esta que ya puso de manifiesto el Consejo de Estado¹¹⁷ en su informe al Anteproyecto de la Ley, determinando que «la simple enumeración [...] sobre los preceptos que contienen el régimen de este contrato da idea de la dispersión con que se regula en el texto del anteproyecto. Para una figura de nuevo cuño en nuestro Derecho, resulta desafortunada una sistemática interna de la ley que presente los apenas diez preceptos dedicados a este contrato repartidos en prácticamente todos los libros de aquella. Resultaría más clara una estructuración interna de la ley tal que este contrato encontrara todo su régimen jurídico agrupado, por ejemplo, en un título específicamente dedicado a ello dentro de un libro dedicado al régimen completo -con sus especialidades- de cada uno de los contratos típicos. No se desconoce que este criterio no ha sido seguido por el anteproyecto. Por ello, esta sugerencia ha de entenderse en relación con lo observado, con carácter general, sobre la estructura del anteproyecto».

Esta dispersión, permítase el breve *excursus*, lo es en perjuicios de la PYME; con regulaciones difíciles de aplicar lo que se hace no es más que vetar el acceso a este tipo de contratos a las empresas que, por su dimensión, no pueden concentrar la cantidad de recursos y esfuerzos que requiere siempre remover las correosas

¹¹⁶ Guinot Barona, M. *Op. Cit.* Pág. 135.

¹¹⁷ Informe número 514/2006.

legislaciones. Así, el CCPP ha sido –por otras razones, pero también por ésta- una figura reservada a las grandes compañías.

Por ello, a fin de hallar la regulación positiva de los CCPP, se presenta como mejor técnica la antigua pero de eficaz de rastrear el contenido de la L.C.S.P., identificando los preceptos que le sean directamente de aplicación. En efecto, su régimen jurídico positivo queda definido por el contenido los artículos 11, 13, 19 y 21 del Título Preliminar, los artículos 24, 29, 37 y 68 del Libro Primero; preceptos 118 a 120 del Libro Segundo, Libro Tercero artículos 163 a 167; Libro Cuarto, artículos 199, 289 y 290; y el Libro artículo 296 del Libro Quinto¹¹⁸. También le es de aplicación lo dispuesto en la Disposición Final Décima, que dispone que “en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno someterá al Congreso de los Diputados un proyecto de Ley en el que regulen las modalidades de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas o por los titulares de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como el régimen de garantías que puede aplicarse a dicha financiación”.

Tiempo habrá de ahondar en la razón última de este tipo de contratos, en las razones en la parquedad de su regulación o en las relaciones que desde el punto de vista del Derecho positivo esta nueva regulación inaugura para las relaciones Estado-individuo. Ahora simplemente adelantamos un razonamiento preliminar: los CCPP nacen para dar respuesta a necesidades del interés público que no pueden ser determinables a priori, y que han de ir desarrollándose y hallando concreción según avance la fase cooperativa; es decir, el propio proceso define el contrato... ¿ha de

echarse en falta el ajustado corsé de las minuciosas regulaciones de los contratos típicos? ¿Qué se va a regular en esa primera fase de determinación, si no son conocidas las resultas de esa cooperación que será lo que dé contorno al proyecto?...

V.5. Caracteres.

Al abordar la caracterización técnica de los CCPP, seguimos a GONZÁLEZ GARCÍA, que a su vez parte del trabajo de GARCÍA CAPDEÓN. Y ello porque las cualidades específicas de este tipo de contratos, le comportan una caracterización propia que no puede ser la exportada de la tipología común-tradicional de los contratos públicos¹¹⁹.

Por un lado, los contratos de colaboración público-privada se caracterizan por ser **complejos**, tanto en las prestaciones que incorporan como en los sujetos participantes, tanto públicos como privados, que excede en mucho la relación bilateral entre Administración y contratista del contrato de obras¹²⁰. En el nuevo contrato decae necesariamente el anterior —y aun vigente en el resto de contratos— reparto de papeles, en el que la Administración no es socio, sino *patrón*.

El papel preponderante de la Administración en los tipos contractuales públicos de corte clásico, lo seguirá siendo, pero menos. Se trata de imbricar a

¹¹⁸ Arts. 11, 13, 19, 21, 24, 29, 37, 79, 134, 135, 136, 179, 180, 181, 182, 183, 215, 313, 314 y 321 del T.R.L.C.S.P.

¹¹⁹ Similar caracterización, Machín Viñuela, P. *La colaboración público privada contractual: el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en el TRLCSP* en la obra *Alternativas de financiación en época de crisis*. Lex Nova. 2014.

¹²⁰ González García, Julio V. *Contrato de... Op. Cit.* Pág. 12.

Administración y sector privado para que el proyecto resultante pueda afirmarse sin envanecimiento que es fruto común. Pero el logro de la solución más adecuada y la óptima ejecución, ha de estar, no únicamente en el conjunto esfuerzo público-privado, sino también en el concurso de pluralidad de sujetos privados. La participación de diversos sujetos privados habrá de estar orientada a la maximización de las propuestas, ideas y solución que cada empresa, en aquello en lo que es más eficaz, pueda aportar al proceso.

En definitiva, casi podría hablarse de «un servicio integral a las Administraciones públicas que para el contratista tendría la ventaja hipotética de que al participar en toda la vida del proyecto podría ajustar mejor los precios y tendría, en consecuencia, mayor capacidad de recuperar los costes invertidos»¹²¹.

Por otro lado, el carácter complejo de esta relación contractual es lo que determina su especial procedimiento de adjudicación, cual es el diálogo competitivo. La eficacia en el intercambio de ideas, la rapidez en la introducción de modificaciones, de nuevas concepciones o mejoras, o más baratas opciones, esta necesaria rapidez, decimos, está naturalmente reñida con los cotidianos corsés de los procedimientos de adjudicación.

Puede afirmarse sin temor a errar el tiro, que sin este recién inaugurado procedimiento de adjudicación –diálogo competitivo- los CCPP no sería más que

¹²¹ González García, Julio V. *Contrato de... Op. Cit.* Pág. 12.

otra figura jurídica con más pretensiones que realidades, de puro desnaturalizada que quedaría su razón de ser.

En segundo lugar, el contrato de colaboración público-privada exige un **reparto adecuado de riesgos entre el contratista y la Administración, en función de cuál sea el que esté en mejor condición para afrontarlo.**

La transferencia de riesgos al contratista es cuestión fundamental si se pretende —como se pretende— evitar que la cuantía del gasto compute en las cuentas públicas. El propio Libro Verde trata el reparto de riesgo como cuestión fundamental en este tipo de contratos¹²², transferencia de riesgos que ha de ser lo más precisa posible, de tal manera que en el contrato que se firme entre Administración y contratista se avance algo más que estos tres tipos de riesgos, dividiendo entre los derivados del diseño, la construcción —básicamente la descoordinación entre lo presupuestado y los costes reales y los derivados de las demoras—, la explotación —continuidad y calidad del servicio pactado con la Administración—, mantenimiento, de la propiedad del bien, financieros, de transferencia de titularidad, en los casos de ulterior arrendamiento, de desarrollo y adaptación a las nuevas tecnologías y los de compra. Todos ellos deberán estar delimitados en el contrato que se concierte entre la Administración y el contratista¹²³.

¹²² «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».

¹²³ González García, Julio V. *El Contrato de ... Op. Cit.* Págs. 13 y 14.

Ahora bien, no es necesario, ni conveniente, que el socio privado asuma la totalidad de los riesgos derivados de la operación. Porque «sería ilusorio pensar que el gestor público puede desentenderse de cómo resulte un proyecto, que habrá sido incluido en su oferta electoral, pero también sería temeraria una completa transferencia de cualquier contingencia posible al contratista porque si los riesgos que se le imputan exceden de su capacidad de gestión, probablemente se producirá la crisis económica en la relación, con el correlativo incumplimiento del contrato y la resolución del mismo»¹²⁴.

Lo verdaderamente interesante es, en salvaguarda tanto del legítimo interés como de maximizar beneficios del socio privado, como del interés público, establecer en el contrato un concreto de reparto que responda al criterio de adjudicar responsabilidad a aquél que está en mejor disposición de controlar el riesgo. De tal forma (V. gr.) que si el empresario privado es mejor explotador, soporte los riesgos de explotación.

El tercer factor que acostumbra a concurrir en los CPP es **la ausencia de financiación presupuestaria**, si bien no resulta imprescindible. Y ello es así porque el importe será por el usuario, en aplicación del principio de solidaridad intergeneracional.

¹²⁴ García Capdepón, Pedro M. *Los Contratos...* Op Cit. Pág. 94.

Ahora bien, el sujeto pagador no es relevante. Lo que verdaderamente relevante es el hecho de que la Administración deja de pagar por la simple provisión de la infraestructura; el pago se hará por el uso de la misma o por la prestación del servicio que con ella se dispensa, y ello respondiente a unos criterios como su intensidad; un ejemplo evidente son las autopistas, en las que el precio se vincula al número de vehículos que hayan circulado por ella en un período determinado. El coste de la infraestructura se paga incluido en el recibo del servicio que se presta a los ciudadanos o en el pago por el uso del equipamiento¹²⁵.

El cuarto factor de los CPP, que es una consecuencia directa de sus efectos sobre el déficit público, estriba en que **los pagos no se producen como contraprestación por la construcción de la infraestructura**, sino por la utilización de la misma o por la explotación del servicio de mantenimiento, incluso en la modalidad de “peaje en la sombra”

El quinto factor no es otro que su razón de ser: es obtiene **un valor añadido**. El propio Libro Verde advierte de la necesidad de este plus, pues –afirma– “la experiencia demuestra que es conveniente determinar para cada proyecto si la opción de colaboración ofrece una plusvalía real en relación con las demás posibilidades, como la adjudicación más clásica de un contrato”. La necesidad de realizar este cálculo, esto es, la necesidad de que la Administración deba mirarse al espejo y realizar un sincero examen comparativo de sus niveles de eficiencia respecto del sector privado, puede resultar un sano ejercicio.

¹²⁵ García Capdepón, Pedro M. *Los Contratos...* Op Cit. Pág. 94.

Y es que se trata de introducir criterios de eficacia en el actuar cotidiano de las Administraciones Públicas. Que el paradigma de la eficacia gane terreno al del formalismo, es cuestión que ha sido defendida con meridiana claridad. Así, se ha escrito que cuando las políticas públicas no puedan gestionarse con eficacia dentro de los estrechos márgenes de actuación del Derecho Administrativo, es precio huir de sus técnicas y garantías meramente formales y dar paso a las nuevas modalidades de gestión a través de organizaciones sometidas al Derecho Privado, pues en caso contrario pues en caso contrario el servicio público estará siempre en una desventaja competitiva que perjudica a los derechos del ciudadano y deteriora la imagen de los poderes públicos. Como se ha dicho, cuando las políticas públicas^{126 127}.

Paradigma de la eficacia que no es sólo reclamo político y reivindicación constante de politólogos y juristas –algunos– sino que es un concepto jurídico llamado a ser rector de la actividad administrativa, a la que ha de exigírsele que actúe conforme a sus parámetros. Merece la pena transcribir parcialmente la Jurisprudencia que, sin complejos, ha recordado su valencia jurídica. Así se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid en su Sentencia núm. 1063/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª), de 26 noviembre:

¹²⁶ Martínez Nieto, A. *Eficacia y Legalidad en la Gestión de Políticas Públicas*. Diario La Ley. Ref. D-239, Tomo 5. La Ley. 1997.

¹²⁷ En este sentido: Díaz Corral, M. y Garcés Sanagustín, M, *La estabilidad presupuestaria en el Derecho español, Fundamentos jurídico-constitucionales de las leyes de estabilidad presupuestaria. Principios y ámbito de aplicación*. IEF. Madrid, 2004, pág. 72: «si la eficiencia en el gasto público no es sino una hijuela, que no la única, del principio de eficacia administrativa (artículo 103 de la Constitución española), y por tanto, el principio administrativo sirvió de partida al principio presupuestario, el Derecho del gasto público ha devuelto al Derecho Público el principio de calidad que, si bien no es un principio

“OCTAVO: también se amplía el contenido de la impugnación desde la perspectiva de una posible vulneración de los principios de eficacia, eficiencia, coordinación y discrecionalidad.

Al respecto, y estableciendo particularmente la acotación de cada uno de los citados principios en el supuesto de autos, conviene resaltar una serie de criterios básicos para su mejor entendimiento.

a.-el artículo 103.1 de la Constitución viene a señalar que «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho».

La aplicación constitucional de dicha norma dentro de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aparece en el artículo 3, bajo el epígrafe de «Principios Generales», que contiene en sus tres primeros apartados formulaciones normativas que merecen ser transcritas. Dicen así:

-«1. Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.

2. Las Administraciones Públicas, en sus relaciones, se rigen por el principio de cooperación y en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadano.

3. Bajo la dirección del Gobierno de la Nación, de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas y de los correspondientes de las Entidades que integran la Administración Local, la actuación de la Administración Pública respectiva se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las Leyes y el resto del ordenamiento jurídico».

Dicho precepto se limita a imponer un deber, ciertamente jurídico, de que la actuación de la Administración se encamine a esa obtención. Podríamos afirmar que nos encontramos, al hablar del principio de eficacia, ante una «obligación de simple actividad», «de diligencia» o «de medios». Con ello venimos a afirmar que la eventual disconformidad del actuar administrativo con el principio constitucional de eficacia no será predicable por la mera constatación de que con él no se obtuvo el resultado al que debió encaminarse. La vulneración nacerá en aquel instante en que dicho actuar no vaya dirigido a la obtención del resultado querido por el ordenamiento, o que sea conforme a éste; o cuando los medios, instrumentos o etapas se presenten objetivamente como inidóneos para tal obtención; o cuando el resultado buscado, estando en línea con el querido por el ordenamiento, no alcance en su misma previsión los niveles que en ese momento pudieran objetivamente ser exigibles.

Prueba de ello resulta de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, antes transcrito «... la actuación... se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las Leyes y el resto del ordenamiento jurídico». El principio constitucional de eficacia exige,

también, que el resultado cuyo logro se persiga sea conforme con el ordenamiento jurídico, y por lo tanto, en su caso, que esté en línea o guarde congruencia con los logros que el ordenamiento haya llegado a señalar como queridos.

Por lo tanto el principio de eficacia, de difícil separación con el de eficiencia, ha de entenderse operativo en relación con cualquiera de los resultados que se puedan demandar de las Administraciones Públicas; no apareciendo, por ello, como un mero principio de organización de las Administraciones públicas sino como un principio rector de la total actividad de éstas”.

VI. El diálogo competitivo.

VI.1. Un procedimiento novedoso (que lo fue).

Si bien el Considerando (16) de la Directiva 2004/18¹²⁸ dejaba libertad a los estados en lo referente al Diálogo Competitivo, no imponiendo obligatoriamente su transposición, se encuentra regulado en los Artículos 179 a 183 del TRLCSP¹²⁹.

La propia Directiva explica los motivos que provocan el establecimiento de este tipo de procedimiento de adjudicación. Así, en el Considerando 31, establece lo siguiente:

“A los poderes adjudicadores que ejecuten proyectos particularmente complejos puede resultarles objetivamente imposible, sin que por ello se los

¹²⁸ Considerando (16) de la Directiva 2004/18: “Para tener en cuenta las diversidades existentes en los Estados miembros, conviene dejar a estos últimos la opción de prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores recurran a acuerdos marco, a centrales de compras, a sistemas dinámicos de adquisición, a subastas electrónicas y al diálogo competitivo, según quedan definidos y regulados por la presente Directiva.”

¹²⁹ Arts. 163 a 167 de la L.C.S.P.

pueda criticar, definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones técnicas, financieras y jurídicas que pueda ofrecer el mercado. Esta situación puede presentarse, en particular, en la ejecución de importantes infraestructuras de transporte integrado, de redes informáticas de gran tamaño o de proyectos que requieran financiación compleja y estructurada, cuyo montaje financiero y jurídico no es posible definir con antelación. En la medida en que la utilización de procedimientos abiertos o restringidos no permita la adjudicación de dichos contratos, es conveniente pues prever un procedimiento flexible que salvaguarde tanto la competencia entre los operadores económicos como la necesidad de los poderes adjudicadores de debatir con cada candidato todos los aspectos del contrato...”.

Introduciendo en el último párrafo del transcrito párrafo la cautela de que “no obstante, no se debe recurrir a este procedimiento de manera que se restrinja o falsee la competencia, especialmente mediante modificaciones de elementos fundamentales de las ofertas o imponiendo nuevos elementos sustanciales al licitador seleccionado, o implicando a un licitador distinto del que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa”.

El diálogo competitivo es el procedimiento de adjudicación obligatorio para la selección del contratista privado en los CCPP. Ahora bien, esta regla general presenta la excepción en el artículo 170 a) del TRLCSP: “podrán adjudicarse mediante procedimiento negociado en los siguientes casos: a) Cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos, restringidos o

de diálogo competitivo seguidos previamente sean irregulares o inaceptables por haberse presentado por empresarios carentes de aptitud, por incumplimiento en las ofertas de las obligaciones legales relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente y condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 119, por infringir las condiciones para la presentación de variantes o mejoras, o por incluir valores anormales o desproporcionados, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato”.

Por tanto, la regla general vendrá determinada por la necesaria aplicación del novedoso Diálogo Competitivo, mientras que, excepcionalmente, podrá utilizarse el procedimiento negociado cuando se de la circunstancia de que las proposiciones u ofertas obtenidas por este procedimiento sea irregulares o inaceptables.

La introducción de este novedoso procedimiento de adjudicación, fue saludada de desigual forma por la doctrina. Así, se ha alabado su irrupción en el panorama jurídico interno afirmando que «constituye una innovación adecuada, ya que los poderes adjudicadores deben poder examinar soluciones innovadoras cuando desconocen o son objetivamente incapaces de evaluar lo que el mercado puede ofrecer en términos de soluciones técnicas o financieras [...] es correcto, por tanto, que la Comisión desee introducir disposiciones que permitan que tenga lugar un diálogo dentro de un procedimiento de adjudicación único que finalice con la firma del contrato»¹³⁰.

Igualmente, en el Informe 514/2006 sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, el Consejo de Estado, si bien hacía apreciaciones de

carácter técnico respecto de su formulación positiva, no señalaba para esta figura deficiencias de profundidad ni aspectos que debieran haber sido mejorados, de hecho indicaba que «los procedimientos de adjudicación son elementos que favorecerán el buen funcionamiento del sistema. En esta línea, destacan los nuevos sistemas de adjudicación relacionados con el diálogo competitivo...».

Como ya hemos apuntado, una forma de contratación como la descrita requiere de un procedimiento de adjudicación también ágil, vigoroso y que admita unos márgenes de discrecionalidad sin cuyo concurso perdería este contrato su razón de ser. Así, el propio artículo 180 del TRLCSP¹³¹ establece que el procedimiento de diálogo competitivo, no sólo se aplicará a los CCPP, sino en la adjudicación de todos aquellos contratos particularmente complejos.

Desde el punto de vista operativo, la Administración publicará un anuncio de licitación en el que dará a conocer sus necesidades y requisitos, con invitación a cuantas empresas se hallen interesadas y capacidad para abordar un proyecto que ha de presumirse será extremadamente complejo. Los interesados, presentarán su ofertas con el objeto determinar y definir los medios adecuados para satisfacer las necesidades administrativas identificadas en el anuncio de licitación (Arts. 181 y 182 del TRLCSP¹³²).

Siguiendo a JIMÉNEZ DÍAZ, «la concordancia entre el contrato de colaboración y el procedimiento de dialogo competitivo es notable, como puede apreciarse, puesto que ambas soluciones están orientadas hacia la solución de contratos de cualquier naturaleza especialmente complejos o en relación con los

¹³⁰ Escrihuela Morales, F.J. *La Contratación del Sector Público. Especial referencia a los contratos de suministro y de servicios*. La Ley. 2007. Pág. 885.

¹³¹ Art. 164 LCSP.

cuales la Administración haya definido sus necesidades pero no los medios que desea utilizar para satisfacerlas»¹³³.

Sin embargo, no fue unánime esta posición en la doctrina, ni igualmente acogida en los diversos órganos consultivos, donde ha sido objeto de múltiples recelos y cautelas.

El Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública, elaborado en el año 2004, tenía por misión la realización de «una reflexión abierta sobre el estado de la contratación pública en España y los aspectos en que su futura reforma debería incidir, para convertirla en lo que realmente es: un instrumento de colaboración entre sector público y privado de primer orden».

Si bien la Directiva no formaba parte de su objeto de estudio, la Comisión de Expertos sí realizó determinadas reflexiones referidas al Diálogo Competitivo, «afirmaciones que por su poca concreción y claridad, poco parece que debieron ayudar en este punto al legislador español a la hora de trasponer la Directiva y que desde luego no ayudan ni aclaran nada para los demás operadores jurídicos»¹³⁴:

¹³² Arts. 165 y 166 de la LCSP.

¹³³ *El contrato de... Op. Cit.*

¹³⁴ Jiménez Rius, P. *El Diálogo... Op. Cit.* Resulta clara su posición al respecto: «No se trata de no evolucionar en materia de contratación administrativa y aferrarse al pasado. Sin embargo, esta evolución deber ser en positivo. Los cambios suelen ser difíciles de introducir y de ser asimilados pero cuando se introducen valorando todas las variantes, ventajas e inconvenientes, peligros, riesgos y beneficios, entonces merece la pena la introducción del cambio. Esto es perfectamente aplicable al diálogo competitivo. El legislador español debería haber pensado las ventajas y los inconvenientes de la introducción de este nuevo procedimiento y debería haber sopesado con mayor profundidad a qué desea dar prioridad si a los tradicionales e imprescindibles principios de igualdad de trato y de libre concurrencia o a una mayor flexibilidad en el procedimiento de adjudicación pues, aunque no se trata de aspectos incompatibles, con la actual regulación recogida en el proyecto de ley que hemos analizado a lo largo de este trabajo aquellos principios se van a ver afectados».

- la necesidad de incorporar a nuestro Ordenamiento este nuevo procedimiento «valorando previamente su relación con otros elementos sustantivos de la contratación y su adecuado encaje con nuestra práctica contractual».
- «Es necesario compadecer los términos del anuncio con las posibilidades reales de llevar a cabo el citado diálogo sin vaciar de contenido el propio mecanismo —anuncio de licitación— que motiva la concurrencia de licitadores en el mismo».
- «Es necesario, asimismo, evitar que una vez finalizado el diálogo competitivo, la aclaración o precisión de ofertas pudiera constituir una puerta abierta para alterar el resultado de la adjudicación».

Por su parte, en la doctrina se han alzado voces posicionándose claramente en contra de esta figura. Así, en opinión de JIMÉNEZ RIUS «legislador español debería haber limitado el excesivo margen de discrecionalidad (¿o, quizá deberíamos decir, arbitrariedad?) que le concede en el nuevo texto a los poderes adjudicadores a la hora de utilizar este nuevo procedimiento»¹³⁵.

Otros autores han mantenido una posición ecléctica, afirmando las bondades del novedoso procedimiento, pero con la introducción de múltiples contrapesos. Así, se ha señalado, que el nuevo procedimiento es idóneo para sectores o actividades que ofrezcan productos o servicios con cierta complejidad, como determinados suministros informáticos o ejecuciones de infraestructuras de transporte integrado. «De modo que sin negar sus posibles virtudes, puesto que en

puridad se trata de un procedimiento interactivo en el que los licitadores adquieren significado protagonismo, que debe tender a que el poder adjudicador consiga una definición del contrato que responda de manera ajustadas a sus necesidades, y por ende del interés público, los poderes adjudicadores deben cuidarse de utilizarlo con mesura y teniendo en cuenta cautelas como:

- Utilización sólo en concretos supuestos tasados recogidos por la norma, y en Administraciones y organismos públicos con suficiente desarrollo operativo y procedimental, en el que deberán primar, por su naturaleza, los aspectos de diálogo técnico, siempre y cuando el mismo tenga unos claros límites y se complemente –y no excluya- con los actuales procedimientos de contratación existentes que, actualizados si se desea, siguen teniendo un importante papel que desarrollar.
- Cuidadosa elección de los integrantes de las mesas especiales del diálogo competitivo, que deberán estar formadas con personal cualificado, objetivo e independiente. Fin de difícil consecución, sobre todo en Administraciones con limitados recursos.
- La ventaja de la flexibilidad característica del diálogo competitivo tiene como contrapunto la sospecha de arbitrariedad en la selección del operador privado; por consiguiente, el proceso deberá seguirse con una escrupulosa transparencia y rigor, sujeto a un estricto control interno, con especial atención a la fase previa de definición, planificación y preparación del procedimiento.

¹³⁵ Jiménez Rius, P. *El Diálogo Competitivo ¿Avance o Retroceso?* Contratación Administrativa Práctica, N.º 69. La Ley. 2007. Pág. 58.

- Los criterios de evaluación y adjudicación de las ofertas y su ponderación deben mantenerse, en todo caso, a lo largo de todo el proceso; para ello es preciso que queden fijados de forma precisa en el programa funcional, y debidamente publicitados¹³⁶.

Sea como fuere, a nuestro parecer resulta evidente que el Diálogo Competitivo nace como necesidad de respuesta a la excesiva carga administrativa – en sentido estricto: documentos, tiempo...- que asfixia hoy día la contratación administrativa. Como se ha dicho, «la práctica está demostrando de forma cada vez más palmaria que, en las licitaciones públicas de los contratos, la carga procedimental que pesa sobre las unidades administrativas de contratación y sobre las empresas licitadores es intolerable. No se sostiene que para cualquier contrato, sea cual sea la trascendencia económica del mismo, los requisitos y las obligaciones que las empresas licitadoras hayan de cumplir sean abrumadores»¹³⁷.

VI.2. Régimen funcional.

Para asistir al órgano de contratación en los procedimientos de diálogo competitivo que se sigan por las Administraciones Públicas estatales, se constituirá una Mesa con la composición general a la que se incorporarán personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse el diálogo, designadas por

¹³⁶ Brunete de la Llave, M.T. *Los Contratos de Colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Especial Aplicación a las Entidades Locales*. La Ley, 2009. Págs. 621 y ss. Concluye esta autora que «[n]os encontramos ante un instrumento moderno, pensado desde la cultura anglosajona para ser aplicado con fines de interés general, en interacción entre los sectores público y privado, con especiales dificultades de aplicación en países como el nuestro, en el que, a escasos meses de entrada en vigor de la Ley, los propios operadores privados habían sedimentado ya la idea de que este nuevo procedimiento «deja abierta la puerta para la adjudicación "discrecional o a dedo" de las obras de infraestructura, más complejas...»

¹³⁷ Blanco López, F. *Procedimientos para la Adjudicación de Contratos Públicos*. Contratación Administrativa Práctica, N.º 55. La Ley. 2006. Pág. 34.

el órgano de contratación. El número de estas personas será igual o superior a un tercio de los componentes de la Mesa y participarán en las deliberaciones con voz y voto.

En cuando a la constitución de una *mesa especial*, han surgido críticas entendiendo que, posiblemente, hubiera bastado con un organismo técnico de asesoramiento a la Administración, sin necesidad de constituir un órgano colegiado como es la Mesa de contratación. Pero, «[s]iendo comprensible la crítica por cuanto desnaturaliza hasta cierto punto la naturaleza de la mesa y puestos a ver un aspecto positivo en esta designación, nos parece que alguna utilidad añadida puede tener el contar con un órgano colegiado como es la Mesa en la que, además de expertos cualificados en la materia objeto de contratación, van a tomar parte en la evaluación previa un técnico jurídico y otro interventor, que son los vocales obligatorios en la Mesa de contratación. Con esta participación se puede reclamar que el documento de evaluación previa cumpla una finalidad esencial, como es no sólo definir la imposibilidad de la administración de encontrar una solución técnica, financiera o jurídica a la licitación, sino que la fórmula idónea para conseguir resolver sus necesidades es mediante un análisis objetivo que finalmente concluya en la conveniencia de suscribir un contrato de colaboración público-privada a través de la fórmula de adjudicación del diálogo competitivo¹³⁸» .

La iniciación del procedimiento se realiza mediante la publicación de un anuncio de licitación por los órganos de contratación en el que darán a conocer sus necesidades

¹³⁸ Jiménez Aparicio, E. (Coordinador). *Comentarios a la Legislación de Contratación Pública*. Aranzadi, 2016. Comentario al artículo 321 del TRLCSP.

y requisitos, que definirán en dicho anuncio o en un documento descriptivo (Art. 181.1 del TRLCSP)).

El apartado 2 del artículo 181 establece la aplicación al procedimiento de diálogo competitivo de las normas relativas al procedimiento restringido contenidas en los artículos 163 a 165, si bien “en caso de que se decida limitar el número de empresas a las que se invitará a tomar parte en el diálogo, éste no podrá ser inferior a tres”.

El artículo 181.3 establece las determinaciones que habrán de contener las invitaciones a tomar parte en el diálogo, que contendrán:

- una referencia al anuncio de licitación publicado e indicarán la fecha y el lugar de inicio de la fase de consulta
- La lengua o lenguas utilizables, si se admite alguna otra, además del castellano.
- Los documentos relativos a las condiciones de aptitud que, en su caso, se deban adjuntar
- La ponderación relativa de los criterios de adjudicación del contrato o, en su caso, el orden decreciente de importancia de dichos criterios, si no figurasen en el anuncio de licitación.

También aquí se remite el artículo 181 a las normas del procedimiento restringido, en este caso serán aplicables las disposiciones de los apartados 2 a 5 del artículo 166, “en cuanto a la documentación que debe acompañar a las invitaciones, si bien las referencias a los pliegos deben entenderse hechas al documento descriptivo y el plazo límite previsto en el apartado 4 para facilitar información

suplementaria se entenderá referido a los seis días anteriores a la fecha fijada para el inicio de la fase de diálogo”.

Ahora bien, y dadas las especiales características de este procedimiento, el artículo 56 del TRLCSP. dispone que “sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la adjudicación de contratos a través de un procedimiento de diálogo competitivo, no podrán concurrir a las licitaciones empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras”, lo que no es más que una regla esencial a fin de que no quede falseada la competencia real y efectiva.

Es a partir de la recepción de las ofertas o comunicaciones –entendemos más apropiado el término comunicación pues, dada la indeterminación del objeto del contrato, el término oferta resulta impropio- es una vez recibidas estas comunicaciones, decimos, cuando se inicia propiamente el diálogo, cuya regulación tiene encomendada el artículo 182 del TRLCSP. Su fin, expresado en el apartado primero, no es otro que el de “determinar y definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades”, pudiendo con este objetivo “debatirse todos los aspectos del contrato con los candidatos seleccionados”.

En el artículo 188.2, establece el principio de igualdad de trato que han de recibir todos los licitadores. En cuanto al desarrollo operativo de este

procedimiento, en el que cada empresa habrá de comunicar al órgano de contratación sus novedosas y, en muchas ocasiones, exclusivas soluciones para los problemas planteados, cobra especial importancia el principio de confidencialidad. Por ello establece el mentado artículo que el órgano de contratación no facilitará, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto ni podrá revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éste les comunique sin previo acuerdo de éste (188.2.2).

De conformidad con el apartado 3, “el procedimiento podrá articularse en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número de soluciones a examinar durante la fase de diálogo mediante la aplicación de los criterios indicados en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, indicándose en éstos si se va a hacer uso de esta posibilidad. El número de soluciones que se examinen en la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva entre ellas, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados”. No se trata más que de ir descartando sucesivamente propuestas, a fin de concentrar la valoración de soluciones en aquéllas que vayan demostrando ser más competitivas. De conformidad con el apartado 4, “el órgano de contratación proseguirá el diálogo hasta que se encuentre en condiciones de determinar, después de compararlas, si es preciso, las soluciones que puedan responder a sus necesidades”.

Tras declarar cerrado el diálogo e informar de ello a todos los participantes, el órgano de contratación les invitará a que presenten su oferta final, basada en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante la fase de diálogo, indicando la fecha límite, la dirección a la que deba enviarse y la lengua o lenguas en que puedan estar redactadas, si se admite alguna otra además del castellano (Art. 188.4).

Las ofertas finales presentadas –aquí utilizamos el término oferta con mayor propiedad- deberán comprender la totalidad de los elementos requeridos y necesarios para la realización del proyecto, pudiendo solicitar el órgano de contratación las precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas, ajustes en las mismas o información complementaria relativa a las mismas, “siempre que ello no suponga una modificación de sus elementos fundamentales que implique una variación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio” (Art. 183.1).

Por último, el órgano de contratación evaluará las ofertas presentadas por los licitadores en función de los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo y seleccionará la oferta económicamente más ventajosa. Para esta valoración habrán de tomarse en consideración, necesariamente, varios criterios, sin que sea posible adjudicar el contrato únicamente basándose en el precio ofertado. Aun siendo una oferta económicamente la más ventajosa, podrá el órgano de contratación requerir al licitador para que aclare determinados aspectos de la misma o ratifique los compromisos que en ella figuran, siempre que con ello no se modifiquen elementos sustanciales de la oferta o de la

licitación, se falsee la competencia, o se produzca un efecto discriminatorio (Art. 183.3).

Ahora bien, la flexibilidad de este procedimiento de adjudicación no debe llevar a una falta de respeto de los principios generales de la contratación pública, rigurosamente exigidos en todo caso por el Derecho comunitario europeo en la materia¹³⁹.

Como bien advierten MORENO MOLINA y PLEITE GUADAMILLAS, «todo acto del Estado por el que se fijen las condiciones que debe cumplir una prestación de actividades económicas, los contratos de colaboración público-privada están sujetos a las disposiciones de los artículos 28 a 30 (antiguos artículos 30 a 36) y 43 a 55 (antiguos artículos 52 a 66) del Tratado de la Comunidad Europea, así como a los principios sentados por la jurisprudencia del Tribunal». Por tanto, habrá de acudir a estos Tratados Europeos, así como a la Jurisprudencia Comunitaria y patria para dar visos de completitud a la parca regulación del Diálogo Competitivo. Se trata –como no podría ser de otra forma- de la aplicación de los principios de **no discriminación, igualdad de trato, transparencia, reconocimiento mutuo y proporcionalidad**; principios estos que también han tenido acogida en nuestros Tribunales en lo que Jurisprudencia consolidada¹⁴⁰:

¹³⁹ *La adjudicación de los contratos de colaboración público-privada a través del diálogo competitivo* B.D. El Consultor-Contratación Administrativa. La Ley, 2008.

¹⁴⁰ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 19 septiembre de 2000.

“En efecto, entre los principios esenciales que rigen la contratación administrativa, está la igualdad de acceso entre las distintas empresas dedicadas a la contratación pública y el procedimiento de contratación, como ya reconoció la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1976 (RJ 1976, 4068), tiende a garantizar el interés público, mediante la articulación de tres principios cardinales de la licitación, que en la cuestión examinada aparecen vulnerados por la cláusula impugnada: el principio de publicidad, el principio de libre competencia y el principio de igualdad de oportunidades”.

Pero no se agota con los enunciados el elenco de principios a aplicar en el ámbito de la contratación administrativa y que, por tanto, impregnan el efímero Diálogo Competitivo. Así, la STJCE Luxemburgo (Pleno) de 20 marzo 1990, respecto de un contrato administrativo de suministro, declara que “basta recordar que, con arreglo a reiterada jurisprudencia (véase, en particular, la sentencia de 5 de junio de 1986, Comisión contra Italia, 103/84, Rec. 1986, pg. 1759), en ningún caso puede servir el artículo 92 para enervar las normas del Tratado sobre la libre circulación de mercancías. En efecto, de esta jurisprudencia resulta que tanto estas normas como las disposiciones del Tratado sobre ayudas de Estado persiguen un **objetivo común, consistente en garantizar la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros en condiciones normales de competencia.** Como el Tribunal de Justicia precisó en la jurisprudencia citada, el hecho de que una medida nacional pueda ser calificada en su caso de ayuda en el sentido del artículo 92, no es, por lo tanto, razón suficiente para exceptuar a esta medida de la prohibición del artículo 30”.

También resulta de aplicación, en el ámbito de la contratación pública, el Derecho de Establecimiento y la Libre Prestación de Servicios dentro de la Comunidad (artículos 43 y siguientes TCE). Así, ha sido declarado por STJCE Luxemburgo (Pleno) de 5 diciembre 1989, “a este respecto, conviene recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase la sentencia de 21 de junio de 1974, Reyners, 2/74, Rec. 1974, p. 631), **las excepciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios** previstas en el párrafo 1 del artículo 55 y en el artículo 66 del Tratado CEE (LCEur 1986, 8) **deben restringirse a las de las actividades** contempladas en los artículos 52 y 59, las cuales, en sí mismas, **implican una relación directa y específica con el ejercicio del poder público**. No obstante, éste no es el caso en el presente asunto habida cuenta que las actividades discutidas relativas a la concepción, al programa informático y a la gestión de sistemas informáticos son de carácter técnico y, por consiguiente, ajenas al ejercicio del poder público”.

VI.3. Toma de posición (preliminar): el diálogo competitivo como especie de discrecionalidad. Discrecionalidad *no* es arbitrariedad.

Hemos dado noticia hasta ahora, del conjunto de recelos, cautelas y reparos que se vienen vertiendo respecto de los Contratos de Colaboración Público-Privada, y su anudado sistema de selección de contratistas que es el Diálogo Competitivo. Con independencia de las críticas de corte estrictamente técnico —en cuanto a la

positivización de los conceptos- el principal recelo que plantea el Diálogo Competitivo es la puerta que se abre a la discrecionalidad de la Administración.

Tal y como anuncia el enunciado de este epígrafe, discrecionalidad no es arbitrariedad; ni siquiera es libertad de elección. La Administración no es libre, está sometida al Derecho. Hacemos nuestras las palabras de SCHMIDT-ASSMANN: «la Administración no elige libremente una opción determinada, ya que, como poder en todo momento dirigido por el Derecho, debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actuación, ponderándolos autónomamente en el marco de la habilitación actuada. Estos parámetros están constituidos, en primer lugar, por los objetivos o fines deducibles de la programación contenida en la ley y que, en ocasiones –sobre todo cuando se trata de normas de programación final-, se recogen expresamente en aquélla en forma de directrices para el ejercicio del poder discrecional atribuido»¹⁴¹.

Pero aún no comienza para la Administración el terreno de la libertad. Siguiendo al autor citado, aún habrán de respetarse en la elección los Derechos Fundamentales establecidos en la constitución, entre cobran especial relieve los de Igualdad y Proporcionalidad¹⁴², «así como los cada vez más precisos mandatos

¹⁴¹ *La Teoría General ... Op. Cit.* Pág. 221.

¹⁴² Principio que impregna la totalidad del actuar administrativo. Así, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 15 enero 2002: «que el principio de proporcionalidad expresa, en general, la necesidad de una adecuación o armonía entre el fin de interés público que se persiga y los medios que se empleen para alcanzarlo. Dicho principio es esencial en el Estado social de Derecho (artículo 1.1 CE), con un relieve constitucional que se manifiesta especialmente en el ámbito de las intervenciones públicas en la esfera de los particulares. En el Derecho administrativo, en que se concreta el Derecho constitucional, la proporcionalidad se manifiesta asimismo en distintos ámbitos, permitiendo una interpretación equilibrada del concepto de interés público. Consentida una intervención por razón del mismo, con la cobertura legal necesaria, será necesario preguntarse si la medida es necesaria, si cabe una intervención alternativa que lo pueda satisfacer igualmente y, en tal caso, si la misma resulta más favorable a la esfera de libertad del administrado. La regla de proporcionalidad será aplicable en caso de respuesta positiva a estas preguntas».

establecidos en el Derecho de la Unión Europea». Y aun después, habrán de observarse los criterios de eficacia económica o rentabilidad y de austeridad.

Por tanto, la corrección en el ejercicio de la discrecionalidad de la Administración, cuya dosis en el Diálogo Competitivo es generosa, no sólo exigirá la ausencia de vicio –que es la común e incompleta forma de analizar el actuar administrativo-, sino que habrá de exigirse más. Concretamente, sino que «la “corrección” de la actividad administrativa exige, además, que se cuiden los recursos disponibles y se propicie su aceptación por parte de sus destinatarios»¹⁴³.

Se trata, por tanto, de avanzar en el concepto de discrecionalidad y aplicarlo al Diálogo Competitivo, pues sólo así podrá ser útil a los fines de eficacia a los que está llamado. Ha de mejorarse, con los criterios anteriormente apuntados, en la concepción de la discrecionalidad administrativa manejada hasta ahora. Así, esta concepción, que requiere ser modificada –a nuestro parecer- ha sido plasmada en multitud de resoluciones judiciales, y puede expuesta como “esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o entre indiferentes jurídicos no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración (discrecionalidad que está en la base misma de sus facultades planificadoras)”¹⁴⁴ o, de otro modo, “debe precisarse que toda decisión discrecional se fundamenta en criterios extrajurídicos no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración”¹⁴⁵.

¹⁴³ Schmidt-Assmann, E. *La Teoría General ... Op. Cit.* Pág. 221.

¹⁴⁴ STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 3 de Octubre de 2006. Sección 3ª.

¹⁴⁵ STS Sala de lo Contencioso-Administrativo de 16 de Diciembre de 1999.

VII. Casuística (nefasta) y remedios cosméticos, contingentes (tópicos).

El fracaso por inaplicación de los CCPP no exige –para advertirlo– más que su derogación misma como figura contractual autónoma (como técnica contractual, más bien, como ya se ha escrito). Pero que el ruidoso fracaso de fórmulas cooperativas genéricas en nuestro país ha creado el caldo de cultivo óptimo para su derogación, es cuestión que ofrece poca duda¹⁴⁶.

VII.1. Esbozo de casuística comparada.

España, como país que ha culminado su recepción de las fórmulas de CPP, y cuya utilización ha sido profusa, resulta un magnífico observatorio desde el que aprehender lecciones aplicables en ambos lados del atlántico. Una aproximación medianamente certera de lo que ha supuesto esta recepción definitiva de las fórmulas de CPP, nos viene dada por la puesta en relación de los índices de formación bruta de capital fijo¹⁴⁷ (FBKF) con la relación entre provisión de obra pública mediante figuras de CPP y obra pública licitada total¹⁴⁸.

¹⁴⁶ En cuanto a movimientos sociales, podemos citar: <http://www.nogracias.eu/2017/05/10/firma-la-derogacion-las-formulas-colaboracion-publico-privada-sns/>

¹⁴⁷ BANCO MUNDIAL: La formación bruta de capital (anteriormente, inversión interna bruta) comprende los desembolsos en concepto de adiciones a los activos fijos de la economía más las variaciones netas en el nivel de los inventarios. Los activos fijos incluyen los mejoramientos de terrenos (cercas, zanjas, drenajes, etc.); las adquisiciones de planta, maquinaria y equipo, y la construcción de carreteras, ferrocarriles y obras afines, incluidas las escuelas, oficinas, hospitales, viviendas residenciales privadas, y los edificios comerciales e industriales. Los inventarios son las existencias de bienes que las empresas mantienen para hacer frente a fluctuaciones temporales o inesperadas de la producción o las ventas, y los “productos en elaboración”. De acuerdo con el SCN de 1993, las adquisiciones netas de objetos de valor también constituyen formación de capital.

Año	% FBKF	% CPP/OPL (datos aprox.)
2007	31,3	28
2008	29,6	13,5
2009	24,6	13
2010	23,5	40
2011	21,8	35
2012	20,2	N.D.
2013	19,1	N.D.
2014	19,8	N.D.

En la actualidad, la región con unos índices de los más sostenidos (crecientes) de FBKF –con todas las cautelas que requiere hablar de regiones, expresión necesariamente generalizadora y, por ende, inexacta- es Iberoamérica.

Formación bruta de capital (% del PIB) ¹⁴⁹

AÑO	ARGENTINA	CHILE	COLOMBIA	PERÚ	BRASIL
2006	20,9	21,1	22,4	19,2	17,8
2007	22,3	21,2	23,0	22,3	19,8
2008	21,0	26,0	23,5	27,5	21,6
2009	16,1	20,3	22,4	20,9	18,8
2010	19,1	22,3	22,1	25,2	21,8
2011	19,7	23,7	23,9	25,7	21,8
2012	17,0	25,5	23,9	26,2	21,4
2013	18,5	24,3	24,2	27,8	21,7
2014	19,5	21,4	26,0	26,2	20,9

¹⁴⁸ Fuente: SEOPAN.

¹⁴⁹ BANCO MUNDIAL.

Vemos como, con índices similares de FBKF sobre % del PIB, en España se ha producido un aumento considerable de las formas de provisión de infraestructuras mediante fórmulas de CPP. Ciertamente es que España tiene sus propios condicionantes –el Pacto de Estabilidad, fundamentalmente-, pero no es menos cierto que sólo en países con una fuerte formación de capital fijo podrán darse fórmulas de CPP –valga la perogrullada-; que en dichas condiciones el sector privado estará maduro para entrar en estas relaciones y que los Estados requieren al socio privado cuando no pueden mantener el alto ritmo de inversión al que han acostumbrado a su economías.

Y, finalmente, existe una razón de fondo: en una economía globalizada, donde los centros de producción tienden a trasladarse a aquellos países que presenten mejoras competitivas respecto de otros, el desarrollo de infraestructuras físicas es un factor muy relevante¹⁵⁰, para lo que hace falta –y si no hace, hará- la conjunción de capital público y privado para no perder competitividad como país.

VII.2. La experiencia española: los errores.

Dejó dicho Steve Jobs que «a veces, cuando se innova, se cometen errores. Es mejor admitirlos rápidamente, y seguir adelante con la mejora de tus [...] innovaciones».

- El fracaso jurídico más sonado de las CPP fue una operación de construcción de las infraestructuras de transporte a través de una entidad pública empresarial de la Comunidad de Madrid, MINTRA, en el momento de la ejecución de Metrosur. Dicho fracaso, y en

atención a razones estrictamente jurídicas, vino dado por un nefasto reparto de riesgos, en el que las entidades dependientes de la Administración, en la práctica, no asumían riesgo alguno^{151 152}.

- Igual fracaso –a la fecha del presente sin solución definitiva es el de las autovías de peaje radiales que han proliferado en los últimos años en torno a las grandes ciudades, especialmente en el caso de la Comunidad de Madrid, en la que se han construido hasta seis de estas vías de comunicación (R-2, R-3, R-4, R-5, la conexión al aeropuerto (terminal T4) y la AP-41 entre la capital y Toledo), todas ellas, así como la AP-36 entre Ocaña-La Roda y la AP-7 entre Cartagena y Vera, en situación de concurso de acreedores. Y con graves problemas de solvencia se mantienen aún la autopista de peaje Madrid-Barajas (M12) y la de circunvalación de Alicante.
- La cuestión no es baladí pues, al fracaso jurídico incontestable, ha de unirse el coste económico, cifrado con amplísimo margen entre 3.000-8.500 millones de Euros¹⁵³, dependiendo de los sumandos que compongan el desastre. Pero es que el coste social puro, sin contar la parte alícuota que a cada contribuyente afecta tal despeño, no por menos aireado es de inferior calaña: «los afectados por las

¹⁵⁰ Esteban Galarzo, Marisol. La Colaboración Público-Privada en la provisión de infraestructuras: una valoración de la experiencia internacional. Ekonimaz nº 63. 2006.

¹⁵¹ González García, Julio V. Contrato de.... *Op. Cit.* Pág. 20.

¹⁵² Diario EL PAIS (29/04/2005): «Eurostat confirma que la Comunidad de Madrid deberá asumir la deuda de Mintra La empresa propietaria del Metro debe 2.400 millones». http://economia.elpais.com/economia/2005/04/29/actualidad/1114759973_850215.html

expropiaciones de la autopista AP-7 siguen sin cobrar las expropiaciones¹⁵⁴»; si tenemos en cuenta que el inicio de dicho expediente expropiatorio se produjo mediante publicación del «Anuncio de la Demarcación de Carreteras del Estado en Murcia de información pública y convocatoria del levantamiento de actas previas a la ocupación de bienes y derechos afectados por las obras del proyecto de trazado, Autopista de peaje AP-7. Tramo Cartagena-Vera (del p.k. 0+000 al p.k. 111+450)". Clave T8-MU-9903», fechado el 16 de Agosto de 2004¹⁵⁵, advertimos que pueden imaginarse pocas actuaciones administrativas que conculquen con mayor eficacia el Derecho a la propiedad privada, el Principio de Confianza Legítima en el actuar administrativo y que, en definitiva, contribuyan más a deslegitimar el actuar público.

Sentado lo anterior, que no es un listado con pretensión alguna de exhaustividad, ni agota los desmanes que a este respecto se han producido y de los que ya tenemos datos, la cuestión que debe plantearse no es el «sí» de la CPP, sino si el «cómo» ha cumplido con el estándar de calidad técnica que tanto la relativa novedad como la enjundia financiera de los proyectos acometidos, aconsejaban. Dicha posición (no discutir el sí, sino el cómo) ha sido mayoritaria en la doctrina, habiéndose reseñado «la existencia de un régimen jurídico de la colaboración público–privada que en determinados aspectos resulta deficiente, y que ha quedado

¹⁵³ Diario LA VARGUARDIA (13/03/2015): «Seopan calcula que liquidar las autopistas de peaje en quiebra tendría un coste superior a 8.000 millones de euros, e insiste en que lograr que el pago de la deuda se haga a un tipo de interés equivalente al bono del Tesoro es clave para evitar esta opción».

en gran medida obsoleto como lo demuestran las situaciones concursales de algunos concesionarios de infraestructuras. En este ámbito, debemos denunciar que el legislador ha desaprovechado importantes oportunidades para introducir las necesarias reformas en las sucesivas modificaciones del actual TRLCSP»¹⁵⁶.

VII.3. Análisis telegráfico de las causas (tópicas).

- a) Ha de partirse de una cuestión objetiva y que concurre en toda relación de naturaleza Público-Privada, y es que, por propia definición, supone una relación duradera entre los socios que, al inicio de la misma, habrán de prever, calcular y avanzar la gestión de todas las vicisitudes que en tan larga vida societaria puedan producirse. Como ha expuesto LÓPEZ DÍAZ, el largo plazo previsto para este tipo de operaciones, así como la necesaria asunción de riesgos por el agente privado generan importantes incertidumbres, referidas tanto al desarrollo de las infraestructuras o los servicios como al coste que finalmente representarán para las arcas públicas.
- b) Además, el cumplimiento del plan económico financiero que, claro está, ha de trazarse al inicio de la relación entre los socios, es crucial para la pervivencia del proyecto mismo y para las finanzas públicas, toda vez «que la quiebra financiera del agente privado daría lugar a que la infraestructura pasase anticipadamente a integrar el activo de la Administración lo que, por otra parte, exigiría la indemnización a la empresa responsable de la

¹⁵⁴ DIARIO DE ALMERÍA (16/04/2016).

¹⁵⁵ BOE núm. 211, del Miércoles 1 septiembre 2004.

construcción y explotación de los costes en que hubiese incurrido para así evitar el enriquecimiento injusto de la Administración. De esta forma, no solo quebraría el diferimiento del pago, adelantándose al momento del abono de las indemnizaciones, sino que también se consideraría como gasto de ese ejercicio con el consiguiente impacto a los efectos de la cuantificación del déficit en términos de contabilidad nacional¹⁵⁷». Por no hacer excurso de la obviedad, no nos detendremos en las exigencias del Pacto de Estabilidad Europeo, y rígidas reglas de déficit y ratio de deuda pública¹⁵⁸.

- c) En todo caso, y como correctamente han advertido otros autores, «cabe preguntarse si entre las causas que han conducido a la situación generalizada de concurso de las concesionarias de autopistas de peaje, y sin desmerecer la confluencia de otros factores que sin duda también han coadyuvado a desembocar en esta situación (es el caso del sobrecoste ligado al incremento de los justiprecios de las expropiaciones determinado judicialmente), adquiera particular relieve la justificación misma de la puesta en marcha de

¹⁵⁶ ALCOLEA CANTOS, A. Nuevos modelos de gestión y financiación de infraestructuras en España. 2014. Aranzadi.

¹⁵⁷ Alternativas... *Op. Cit.*

¹⁵⁸ Sobre el impacto de la crisis económica en los contratos de concesión, mejor resumen en: Villalba Pérez, F. *La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión*. REALA (nueva época), nº 2. 2014. «La práctica más habitual en los últimos años ha sido el sistemático incumplimiento de las obligaciones de pago por parte de las Administraciones públicas a los concesionarios y contratistas, que han respondido, en muchos casos, con la suspensión del contrato. Esta facultad de suspender la ejecución del contrato por parte del contratista está contemplada en nuestro ordenamiento jurídico con la finalidad de aminorar los efectos de un retraso cualificado de la Administración en el cumplimiento de su obligación de pago. En concreto, nuestra normativa aplicable a todos los contratos administrativos (artículo 216.5 del TRLCSP), especifica que si la demora en el pago fuese superior a cuatro meses, el contratista podrá proceder a la suspensión del cumplimiento del contrato comunicándoselo a la Administración con un mes de antelación. Y la Administración deberá levantar un acta en la que se consignarán las circunstancias que han motivado la suspensión y la situación de la ejecución del contrato, y abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos (artículo 220 TRLCSP). Este sistema, es el sistema general aplicable a todos los contratos administrativos».

tales infraestructuras, es decir, si realmente era necesaria su construcción y, sobre todo, si existía una demanda real por parte de potenciales usuarios que estuviesen dispuestos a pagar un peaje por el uso de estas nuevas infraestructuras¹⁵⁹».

- d) Si acudimos al estudio de la Jurisprudencia, volvemos a ver reproducidas, directamente o de manera tangencial, las causas recién enunciadas; esto es: falta de previsión, errores en la planificación financiera, apreciación errónea de las necesidades e ineficaces o no claros repartos de riesgos. La S.T.S.J. de Asturias, en Sentencia núm. 760/2011 de 30 junio, declaró que no puede alegarse como cambio imprevisible de circunstancia lo que es realidad «falta de previsión o de cálculo sobre su aprovechamiento, cuando además fue el propuesto por la recurrente que determinó que, en base a dicha oferta le fuere adjudicada la concesión del contrato». La concesionaria alegaba notorio incumplimiento de las previsiones que, en el Estudio de Viabilidad Oficial entregado a los licitadores e incorporado al expediente, se hacían acerca de las infraestructuras, dotaciones y desarrollos urbanísticos que se suponía iban a ejecutarse en el entorno de la nueva autovía.

Esta Sentencia fue ratificada por la del T.S. de 25 de Enero de 2013 (Recurso de casación 4887/2011), sentando que «si el equilibrio económico del contrato se calculó mal ab origine, no cabe pretender su restablecimiento con posterioridad, en un marco de subsistencia del contrato. El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas,

¹⁵⁹ DOMÍNGUEZ LUIS, José A. Equilibrio económico *versus* riesgo imprevisible en la concesión de

aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, modificado por la Ley 13/2008, norma aplicable al caso por razón de tiempo, regula en su art. 248.2 los supuestos en que es posible el restablecimiento del equilibrio económico en términos taxativos, que no permiten su extensión al eventual ajuste de cálculos económicos previstos erróneamente ab origine, que es de lo que aquí se trata. La remisión en el artículo 248.2.c) a los artículos 230.1.c y 233.1.d de la Ley, conducen en definitiva al pliego de cláusulas administrativas particulares como parámetro normativo de los supuestos de posible restablecimiento del equilibrio económico».

VII.4. Propuestas fragmentadas (tópicas).

En orden a enmendar los desatinos que –si quiera- hemos esbozado, se han realizado propuestas que, individualmente consideradas, tienen como función el taponamiento de cada una de las vías de agua abiertas en la nave de la CPP. Indicamos aquí las propuestas realizadas por ALCOLEA CANTOS¹⁶⁰, en las que advertimos corrección técnica y conocimiento práctico certero, si bien nos posicionaremos con posterioridad sobre la bondad –o no- de que este paquete de medidas deba adoptarse como parcheo, sin que exista nexo de unión alguno entre las propias medidas entre sí.

- a) Nuevo régimen jurídico sobre la materia que incida en un mayor grado de seguridad jurídica. Seguridad jurídica, entendida en este caso, en el sentido de otorgar un mayor grado de previsibilidad de las

obras públicas: el supuesto de las autopistas de peaje. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 8/2015.

¹⁶⁰ Nuevos Modelos... *Op Cit.*

posibles consecuencias de las relaciones jurídicas de colaboración público-privada.

- b) Introducción de la figura de los Project Bonds, esto es, conseguir un reparto de riesgos eficiente que, en lugar de espantar al capital privado –como ya ha sido en algunos proyectos- lo atraiga haciéndole atractiva la inversión, y ello partiendo de la «Europe 2020 Project Bonds Initiative», esto es, una iniciativa promovida por las instituciones europeas cuyo objetivo es proporcionar garantías que apuntalen la solvencia de la deuda con el fin último de atraer y promover el mantenimiento en el tiempo del capital privado en los proyectos de infraestructuras. Se trata, entre otras cuestiones, de que los fondos europeos colaboren, corriendo el Banco Europeo de Inversiones con los riesgos residuales de estos proyectos.
- a) Mayor grado de implicación del Instituto de Crédito Oficial, realizando labores de apoyo financiero en los actuales momentos de dificultad de acceso al crédito, máxime cuando de grandes inversiones se trata.
- b) La incorporación de determinadas figuras importadas del Derecho estadounidense que, grosso modo, fundan su virtualidad en que la Administración actúa como complemento de lo que le falte al socio privado.
- c) La liberalización de los sectores, «como vía para conseguir fomentar la inversión privada en las infraestructuras».

- d) Tarificación del uso de las carreteras, pues se dice que «sin posibilidad de incorporar compromisos de deuda por parte de los agentes públicos, y en un contexto de fuerte restricción del crédito a los agentes privados, nos vemos abocados irremediablemente a un sistema en el que sean los ciudadanos los que hagan frente directamente al coste de las infraestructuras».

Con independencia de la valoración que cada medida merezca, entendemos que existen algunas reconvenciones que realizar tal retahíla de medidas, que simplemente esbozamos:

a. No debiera ser prioritario el cambio de organismo como centro de imputación del gasto, trasladándolo total o parcialmente de las Administraciones responsables del proyecto al Instituto de Crédito Oficial o al Banco Europeo de Inversiones, pues dicho cambio de imputación financiera no garantiza una mejor relación coste/beneficio, sino únicamente ahondar en la ingeniería financiera pública en la que son peritas nuestras administraciones públicas en pos de la huida del déficit. Y es que, como se ha dicho, la huida de la consolidación contable está teniendo perniciosas consecuencias prácticas en nuestro país¹⁶¹.

b. Esta relación de medidas, siendo valorables una a una, no conforman un todo orgánico –al que quizás no pueda aspirarse– pero tampoco son reconducidas con ningún criterio a la unicidad. Para muestra el botón de la tarificación de las autovías: toda vez que la mala planificación ha puesto en jaque

¹⁶¹ GONZALEZ GARCIA, Julio V. *Financiación... Op Cit.* Pág. 27.

hasta 8.500 millones de Euros que habrán de salir de las arcas públicas, el ciudadano se verá doblemente penalizado por tal dislate: el rescate de las autopistas y el abono de una tasa por el uso de las autovías. Kafkiano.

VII.5. Nuestra propuesta (tópica): las Agencias de CPP¹⁶².

La propuesta que realizamos –más que eso: recogemos y lanzamos- lo es para ser falsada por otros. No pretendemos, por tanto, aferrarnos a las razones que, con apoyo de otros que lo han visto antes y mejor, daremos a continuación, sino proponer con la provisionalidad propia de la metodología científica.

Y decimos que es “para ambos lados del Atlántico” porque, a pesar de las muchas y muy exitosas experiencias de CPP habidas en Chile, y otras reseñadas en esta misma revista¹⁶³, o en ámbitos específicos como la seguridad en El Salvador¹⁶⁴, no cabe duda de que los problemas que plantea la CPP en sistemas jurídicos cercanos entre sí, han de ser necesariamente comunes. Según hemos advertido, la altas cifras de FBKF que hemos señalado en el epígrafe IV.1, han de llevar aparejada por fuerza la necesidad y la oportunidad de, bien con fórmulas generales de CPP, institucionales o contractuales, aprovechar los efectos multiplicadores que la colaboración entre lo público y lo privado, cuando se gestiona bien, ofrece a la sociedad entera.

¹⁶² Seguimos aquí a ANDREU ARASA, Jorge: Agencias de Colaboración Público-Privada. Una aproximación positiva. Boletín Económico de ICE. 2013. En dicho artículo el autor estudia el análisis realizado por la OCDE sobre una muestra de 18 Agencias de CPP (Alemania, Corea, Reino Unido, Victoria (Australia), Sudáfrica, Chequia, Dinamarca, Flandes, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Japón, Holanda, Nueva Gales del Sur, Polonia y Portugal).

¹⁶³ Sánchez, María Guadalupe: Un caso de cooperación público-privada. El plan Ludueña en Rosario. Revista Iberoamericana de Gobierno Local. Núm. 5. 2013.

¹⁶⁴ Gómez Hecht, Juan Ricardo. Revista de Policía y Seguridad Pública, nº 6. 2014.

VII.5.1. Definición y caracteres.

Con ANDREU ARASA, «definimos una Agencia de CPP como aquella organización creada con la ayuda parcial o completa de la Administración para garantizar la existencia de capacidad suficiente para crear, desarrollar y evaluar una multiplicidad de proyectos CPP. Estas Agencias pueden proveer apoyo técnico y capacidad institucional, promocionar el modelo CPP e incluso suministrar financiación directa a los CPP». Además, con la creación de esta Agencia el Estado manda un mensaje a los inversores mediante el que les hace saber su compromiso por el modelo de CPP, y demuestra la existencia de capacidad por parte de la administración para gestionar este tipo de proyectos, además de limitarse los posibles problemas en la gestión de los mismos.

De tal definición extraemos sus caracteres:

- a. Responde a criterios de unidad de acción en el tratamiento de la CPP creando, desarrollando, evaluando, apoyando, promoviendo e, incluso, financiando proyectos de CPP.
- b. Unicidad funcional, toda vez que todo el flujo de información sobre los proyectos CPP son canalizados a través de una única institución, que conoce las vicisitudes de este tipo de proyectos en todos los niveles de la Administración.
- c. Especialización, que es su propia razón de existir.

VII.5.2. Funciones.

- a. Creación de capacidad institucional, con un único centro de proposición negocial, desarrollo y seguimiento. Interlocución clara y única.

b. Asesoramiento relativo al marco jurídico, incluyendo definición de sectores elegibles, modelos óptimos de CPP, asuntos relativos al procedimiento así como a la resolución de conflictos¹⁶⁵.

c. Decisión sobre si un proyecto debe llevarse a cabo o no. La agencia realiza en ocasiones la tarea de gate-keeper en determinados momentos del proyecto, desde la evaluación preliminar hasta la aceptación del contrato firmado por las partes. La posición de la agencia puede resultar preceptiva.

d. Apoyo técnico al Gobierno en diferentes fases de identificación, evaluación, procedimiento y gestión del contrato.

e. Promoción de CPP en el sector público y privado así como en foros internacionales.

En el marco OCDE, cuando existen agencias, la mayor parte están incardinadas en el Ministerio de Finanzas (Reino Unido, Bélgica, Japón). Algunos países tienen agencias independientes (Corea, Portugal) y agencias en los Ministerios de Gasto (Dinamarca). En cuanto a las funciones, el apoyo técnico y el papel de liderazgo en aplicación de políticas públicas son generalizados. Más de la mitad de las 18 agencias analizadas por la OCDE y referidas por el citado autor, desarrolla actividades de promoción de CPP (11) y poco menos de la mitad (8) desarrolla actividades de desarrollo institucional.

Según hemos examinado en el epígrafe VII.2 los fracasos más rotundos de los programas de CPP en España se han debido, casi exclusivamente, a defectos en

¹⁶⁵ Diferimos del autor que nos está siguiendo de guía en este punto, toda vez que la salvaguarda de los Principios de Interdicción de la Arbitrariedad y de Derecho a la Defensa, aconsejan que la resolución de conflictos entre el socio privado y el público salga de esta esfera para resolverse, primeramente ante tribunales administrativos especiales como sucede en España con el Tribunal de Recursos Contractuales y, posteriormente, ante los Tribunales Ordinarios de Justicia.

la evaluación de la necesidad, definición y previsión de los estudios previos. En los modelos de Agencia,

a. lo primero que se hace es conocer «si el proyecto tiene o no sentido, independientemente de que se implemente o no como CPP». Y dicha decisión se toma con la visión –pero también con la información- de ser el organismo centralizado lo que se minoran los errores sobre el sí o el no del proyecto. Además, en esta primera fase de análisis, «se analizaría la viabilidad desde el punto de vista técnico, realizándose además el análisis coste beneficio». Esta definición debe ser suficientemente amplia para poder aplicarse a proyectos ejecutados por medio de modelos CPP u otros. Una vez definido, en análisis se centra en determinar:

- i. Su viabilidad técnica.
- ii. Viabilidad legal.
- iii. Ambiental y social.

b. Sólo en la segunda fase, se analizará la viabilidad económica del proyecto. La mayor parte de los Gobiernos «realiza algún tipo de análisis de viabilidad con el fin de determinar si un proyecto supone un buen uso de los recursos de los ciudadanos. Los proyectos son económicamente viables cuando los beneficios económicos exceden sus costes económicos. El cálculo de costes y demanda servirán como inputs iniciales en la modelización financiera y el análisis de Valor por Precio». De nuevo, la mayor especialización, experiencia e información de que dispone la Agencia, serán decisivos en orden a no errar en esta fase del análisis, que es –como hemos señalado- vital en el buen fin de la relación de CPP.

c. Viabilidad comercial. Se trata de presentar el proyecto a inversores que, partiendo de la seriedad de los estudios de viabilidad precedentes, encuentren atractiva la inversión que se les plantea.

d. Comparador del Sector Público: analizar si con la información de que se dispone en este momento –donde ya conocemos las condiciones de financiación- ofrece mayor Valor Por Precio que si se ejecutase con medios propios de la administración correspondiente.

e. Viabilidad fiscal, pues un «proyecto CPP puede ser técnica y comercialmente viable, y superar el análisis Valor Por Precio y no ser sostenible fiscalmente. Los compromisos fiscales pueden ser directos e indirectos (pasivos contingentes), y las Administraciones deberán valorar ambos».

f. Buen gobierno. En toda relación de CPP la actuación con arreglo pautas de buen gobierno resulta indispensable, pues habrán tenerse presentes –y conjugarse- los intereses de todos los actores, además de prever los retos a los que la relación se enfrentará en el futuro.

Las recientes experiencias fallidas de proyectos de CPP en España, cuyas consecuencias ahora empiezan a conocerse y no en toda su extensión, han avivado las críticas a estas figuras. Si bien estas reconvenciones no están siempre libres de ligaduras ideológicas incapacitantes, no puede pasarse por alto que estos instrumentos colaborativos han de tener su origen –y finalidad- en políticas coherentes que vengán a solventar necesidades reales de provisión de infraestructuras y servicios. Han pasado los tiempos en que las administraciones bastaban para satisfacer las demandas crecientes de los ciudadanos, lo cual ha de hacerse ahora con unos recursos menguantes. La cuestión no es CPP sí o no, sino

cómo. Las Agencias pueden ser un medio para mejorar el cómo, acrecentando la especialización de los órganos administrativos, la transparencia, la claridad en la imputación de responsabilidades, el acercamiento de estas figuras a las pequeñas y medianas empresas y, en definitiva, pueden constituirse en instrumentos al servicio del tan manido Interés General que hoy, más que nunca, nace de la conjunción del interés público y del privado¹⁶⁶

VIII. Derogación de los contratos de Colaboración Público-Privada.

Si el origen y causa de la recepción en el Derecho patrio de los CCPP estuvo en el LIBRO VERDE sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE “Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente”

¹⁶⁶ A ello ha de añadirse una amplia litigiosidad: V.gr: la Sentencia de 28 de enero de 2015 (Sala 3ª), sobre disminución de tráfico en autopista y la incidencia de tal disminución en el contrato de concesión. El T.S. deniega la pretensión resarcitoria de la compañía adjudicataria con los siguientes razonamientos: Primera.- «el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa. En cuanto a la primera debe mencionarse el artículo 1091 del Código civil, y sobre la segunda estas otras normas de la sucesiva legislación de contratos administrativos más reciente: el artículo 94 del TR/LCAP de 16 de junio de 2000, y los artículos 208 y 209 del TR/LCSP de 14 de noviembre de 2011».

Segunda.- «la contratación administrativa se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista (artículos 98 del TR/LCAP de 2000 y 215 , 231 y 242 del TR/LCSP de 2011). Un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación».

Tercera.- «en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración ("ius variandi" o "factum principis"), o por hechos que se consideran "extra muros" del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de "ius variandi", "factum principis", y fuerza mayor o riesgo imprevisible».

Cuarta.- «más allá de los supuestos tasados en la regulación general de la contratación pública, el reequilibrio sólo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule

(2004), también su derogación ha tenido causa en un nuevo documento revisorio de la Comisión. Así, el LIBRO VERDE “Sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente” (2011), tiene como objetivo coadyuvar en el cumplimiento de los objetivos de la estrategia 2020, que pide a la contratación pública:

- a. Una mejora de las condiciones generales que favorezcan la innovación por parte de las empresas, haciendo un uso pleno de las políticas de demanda
- b. Que apoye el cambio hacia una economía que haga un uso más eficiente de los recursos y con bajas emisiones de carbono, por ejemplo, fomentando la generalización de una contratación pública ecológica, y
- c. mejore el entorno empresarial, en especial para las PYME innovadoras.

Continúa el LIBRO VERDE de 2011, sentando que “[l]a estrategia Europa 2020 hace hincapié también en que las políticas de contratación pública deben garantizar el uso más eficiente de los fondos públicos y en que los mercados de la contratación pública deben seguir teniendo una dimensión que abarque a toda la UE. Obtener los resultados óptimos de la contratación a través de unos procedimientos eficientes es crucial en el contexto de drásticas limitaciones presupuestarias y dificultades económicas imperante en muchos Estados miembros de la UE. Ante estos desafíos, se necesita más que nunca un mercado europeo de la contratación pública operativo y eficiente capaz de cumplir estos ambiciosos objetivos”.

hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares

Como nos resume BERNAL BLAY¹⁶⁷, «con este Libro Verde la Comisión puso en marcha una amplia consulta pública sobre los cambios legislativos que podrían introducirse para facilitar y flexibilizar¹⁶⁸ la adjudicación de los contratos y hacer posible una mejor utilización de los contratos públicos en apoyo de otras políticas. La finalidad de este Libro Verde era determinar una serie de ámbitos fundamentales que podrían ser objeto de reforma y recabar las opiniones de las partes interesadas sobre las opciones concretas de cambio legislativo. Entre las cuestiones tratadas figuraban la necesidad de simplificar y flexibilizar los procedimientos, el uso estratégico de la contratación pública para promover otros objetivos políticos, la mejora del acceso de las PYME a los contratos públicos y la lucha contra el favoritismo, la corrupción y los conflictos de intereses. La consulta pública finalizó el 18 de abril de 2011, y obtuvo una gran participación. Se recibieron en total 623 respuestas, procedentes de una gran variedad de agentes interesados, entre ellos autoridades centrales de los Estados miembros, compradores públicos de ámbito local y regional y sus asociaciones, empresas, asociaciones industriales, personalidades del mundo académico, organizaciones de la sociedad civil (incluidos los sindicatos) y ciudadanos particulares. El mayor número de respuestas procedió del Reino Unido, Alemania, Francia y, un poco por debajo, de Bélgica, Italia, los Países Bajos, Austria, Suecia, España y Dinamarca. Los resultados de la consulta se presentaron y debatieron en una conferencia pública celebrada en Bruselas el 30 de junio de 2011».

para restablecerla».

¹⁶⁷ *La contratación de las Entidades Locales en el nuevo paquete legislativo europeo sobre contratación pública. REALA (nueva época), nº 2. 2014.*

Como consecuencia del periodo de reflexión y propuesta propias del LIBRO VERDE, el 15 de enero de 2014 el Parlamento Europeo aprobó por amplia mayoría tres resoluciones legislativas sobre las propuestas de Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo publicadas el 20 de diciembre de 2011. La primera de ellas se refiere a la aprobación de la Directiva sobre contratación pública, que sustituirá a la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro, y de servicios. La segunda, a la Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y la tercera, la Directiva sobre contratos celebrados por entidades que operan en los sectores del agua, energía, transportes y servicios postales, que sustituirá a la actual Directiva 2004/17/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. El BOUE de 28 de marzo de 2014 publicó las tres directivas relacionadas con la contratación del sector público¹⁶⁹.

La desaparición en las nuevas Directivas de los CCPP, ha sido recibida por la doctrina sin aspaviento alguno¹⁷⁰, toda vez que su escasa utilización había generado tan escaso ruido como silencio ha ocasionado su marcha.

IX. TESIS.

Que la jurídica es una ciencia endeble que busca su justificación en los conceptos, es un *adagio* –ni eso, más bien sólo un lugar común- que engloba un

¹⁶⁸ El subrayado es nuestro.

¹⁶⁹ Villalba Pérez, F. *La concesión de servicios... Op. Cit.*

histórico, extra y auto infligido sentimiento de inferioridad del jurista respecto de las ciencias experimentales que, teniendo su cenit en la jurídica, es predicada de todas y cada una de las ciencias sociales. Tal cuestión es cierta, como lo es que el agua hierve a distinta temperatura a nivel del mar que en la cima del Everest, lo que no es óbice a la hora de establecer que lo que hierve en el Himalaya es, también y sin lugar a dudas, agua, sólo que con unos condicionamientos de presión atmosférica que alteran alguna de sus cualidades físico-químicas. Pero agua al fin.

Partiendo de tal razonamiento, propondremos una tesis para ser falsada inmediatamente después, al más puro estilo popperiano, y ello por una doble razón: por entender la falsación¹⁷¹ como instrumento válido para poner a prueba la propuesta-tesis mantenida y, además, por otorgar coherencia y, si se quiere, ritmo en la argumentación. Partimos para ello, imperativamente, de dos presupuestos:

1. **Pureza metodológica.** No hemos concebido una certeza (sabida, comprobada o en cualquier caso, pre constituida), sino una intuición largamente meditada y sólo meditada, siendo incierto al inicio de la redacción de este trabajo el final o conclusión a la que aspira a llegar.
2. **Carencia de prejuicios:** tal y como hemos advertido en el epígrafe III.4, no se debe soslayarse, sobre la base de una estrategia metodológica falsa, que en las fórmulas de CPP subyace –siempre– un componente

¹⁷⁰ Prueba de ello, Gimeno Feliú, José María. *Principales novedades del Proyecto Ley Contratos Sector Público*. Aranzadi digital núm. 1/2016 parte Estudios y comentarios

¹⁷¹ Una proposición (o una teoría) es falsable según Popper, cuando y sólo cuando hay al menos un enunciado básico que la contradiga lógicamente. Es importante que no se exija que el enunciado básico en cuestión sea verdadero, pues la clase de las frases básicas se caracteriza porque todo enunciado básico

ideológico. Ignorarlo a nada conduce, toda vez que supone dejar fuera de análisis una parte sustancial del fenómeno objeto de estudio. Ahora bien: reconocer el sustrato ideológico, no debe arrostrar el punto de partida y llegada del análisis, pues ello conllevaría el falseamiento pleno del trabajo tan erróneamente encarado. Lo que hemos hecho ha sido conocer, reconocer y examinar, como otro factor de estudio, lo que de ideológico tiene nuestro objeto de estudio, sin otorgarle papel director, orientador ni, si quiera, conformador de la presente tesis.

El Derecho Público se ha construido sobre la base de una relación determinada por parámetros de supra/infraordenación. Si bien no puede decirse que este paradigma haya sido superado, tampoco puede afirmarse que el edificio así construido soporte el brutal cambio en la concepción relacional Estado-individuo del que los Contratos de Colaboración Público-Privada no son más que una manifestación –efímera-.

Así, y asumiendo el riesgo que afirmación de tal calado comporta, convenimos que «la doctrina de Derecho Público se ha venido rigiendo hasta ahora por una visión demasiado parcial o unilateral, por una concepción jerárquica del orden estatal, de acuerdo con la cual la Ley y su ejecución, la unidad de la Administración y los instrumentos de regulación unilaterales constituían sus elementos determinantes. Pero esa pretendida y amplia concepción de una dirección exclusivamente estatal no se ha dado, con ese grado y alcance, en la

describe un suceso lógicamente posible (un estado de cosas posible), un suceso cuya observabilidad es

realidad. La práctica en efecto, pone de manifiesto que la cooperación es condición o presupuesto para el funcionamiento del Estado»^{172 173}.

La insuficiencia de la construcción jurídico-dogmática para aceptar/acoger/explicar el fenómeno de la cooperación no es una grieta en el sistema. No se trata, por tanto, de construir específicamente para un supuesto concreto que requiere una inmediata acomodación en la dogmática jurídico-administrativa, sino que intuimos que la necesidad de reforma afecta a la totalidad del Derecho Administrativo como construcción.

La insuficiencia de la dogmática tradicional para explicar el nuevo marco de conexiones público-privadas, es sólo el objeto sobre el que se ha centrado nuestro objeto de estudio; es una parte, no el todo. El Derecho Administrativo de nuestro tiempo ha sido sometido a multitud de transformaciones de naturaleza constitucional, política, económica y social, sin que sus pilares hayan podido soportar tanto vaivén. Esquemáticamente, podemos citar los siguientes¹⁷⁴:

lógicamente posible. (Un suceso de este tipo puede ser calificado como una posibilidad de falsación).

¹⁷² Schmidt-Assmann, E. *La Teoría General... Op. Cit.* Pág. 39.

¹⁷³ Sobre la ciencia del Derecho Administrativo como ciencia de dirección, Schmidt-Assmann, E. (Javier Barnés, Coord.), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, 2006. Pág. 38: “en otras palabras, la ciencia del Derecho Administrativo ha de ser concebida como una ciencia de dirección, como una ciencia que aspira a dirigir con eficiencia los procesos sociales. Ello exige una cierta distancia e innovación respecto del pensamiento jurídico-administrativo tradicional en lo que a su concepción dogmática y metodológica se refiere. Una nueva visión, pues del sistema dogmático y del método para su construcción. No se trata de abandonar los presupuestos o los postulados en los que se ha basado del Derecho Administrativo tradicional, sino de completar el sistema clásico por medio de otros modelos con los que éste habrá de convivir. En ese sentido, las instituciones de la teoría general, tal como han sido entendidas tradicionalmente, perderán en cierto modo su protagonismo, dejará de ejercer la posición dominante de la que han disfrutado, para transformarse en modelos básicos y fundamentales que, junto con los nuevos modelos que se alumbren, habrán de constituir un conjunto normativo muchos más complejo y poliédrico...”

- ha concluido el largo periodo de absolutismo legal. El ideal parido por la revolución referido a una ley general, clara y única, simplemente, ha muerto. Para el jurista el ordenamiento se ha convertido en un universo intransitable, en el que a la fragmentación normativa se une la fragmentación de fuentes. Todo se regula y tanto se regula que la norma está perdiendo valor. Se está produciendo una hipertrofia normativa perjudicial para la efectividad de la norma.

- La construcción dogmática se basa en un Estado fuerte, centralizado. Este centralismo ha sido derruido desde una doble perspectiva, *ad intra* y *ad extra*. Internamente, la Constitución de 1978 fija las bases de uno de los estados más descentralizados del mundo. A ello, ha de añadirse la última oleada de reformas estatutarias se están planteando reformas de porte constitucional desde las distintas piezas estatutarias del bloque de constitucionalidad como si el Estado-ordenamiento total pudiera ser reformado desde cada una de las partes sin visión ni planteamiento de conjunto algunos.

En su vertiente exterior, la construcción dogmática actual carece de elementos con que deglutir las consecuencias de la integración a nivel comunitario europeo, que no son más que el corolario de la necesaria cesión de soberanía efectuada.

¹⁷⁴ Seguimos a Muñoz Machado, S. *Tratado de Derecho ...*, Tomo I. Thomson-Civitas, 2004. Pág. 84 y

- Como hemos tenido ocasión de tratar (*Vid. Supra.* I.1), todo el edificio jurídico-administrativo está construido para un Estado autosuficiente, que evita las zonas de contacto con el individuo y que está situado en su situación de supraordenación respecto de este.
- El reforzamiento del papel de la administración, fruto del incremento exponencial de sus funciones exige nuevas fuentes de legitimación del actuar administrativo.
- Aparición de nuevas áreas de actuación, como en la economía, en las que resurgen con gran ímpetu áreas de acción discrecional de la Administración¹⁷⁵.

La cuestión así planteada no es exclusiva del caso español, sino que es común a los estados nacidos del Régimen Administrativo francés. Ahora bien, «la distancia entre Derecho Administrativo como construcción dogmática y el Derecho Administrativo jurídico-positivo y real es especialmente acusada en el caso español. Entre ambos, no se ha podido establecer una relación adecuada, normalizada y sinérgica»¹⁷⁶. Y ello por las siguientes razones:

- la parte General del Derecho Administrativo no surge por la natural decantación histórica, sino que es creación doctrinal que, partiendo del

SS.
¹⁷⁵ Santamaría Pastor J.A. *Principios de... Op. Cit.* Pág. 61.

derecho positivo, realizan la entera construcción jurídico-general actual. No se trata, por tanto, de un fenómeno *natural* sino *sintetizado* por la doctrina; así se explica la especial relación entre doctrina y legislación y doctrina y Jurisprudencia.

- El Derecho Administrativo General así establecido, decimos, no es fruto de un análisis histórico, sino que responde a la necesidad de crear un sistema permanente de defensa del individuo dentro de un régimen autocrático carente de constitución. Las barreras defensivas son halladas en el paradigma de la actividad formalizada. De ahí la estabilidad del edificio jurídico pese a los profundos cambios del Derecho positivo.
- Nuestro sistema carece de un adecuado sistema de alimentación recíproca entre Parte General del Derecho Administrativo y Parte Especial. La quietud de la primera y la vorágine a que está sometida la segunda, acomodándose de continuo a las nuevas y cambiantes realidades socioeconómicas, tienen como consecuencia que la influencia de la Parte General sobre la Especial sea escasa.
- Encontramos, por tanto, un Derecho Administrativo General no suficientemente permeable a los inevitables procesos de cambio surgidos en las últimas décadas, entre las que destaca el vertiginoso proceso de

¹⁷⁶ Seguimos el argumentario –que hacemos nuestro– de Parejo Alfonso, L. (Javier Barnés, Coord.), *Innovación y ...*, Global Law Press, 2006. Pág. 181 y ss.

europización, del que nos llegan nuevas concepciones de las relaciones Estado-individuo del que son exponente los CCPP.

Coincidimos con GIL IBÁÑEZ¹⁷⁷ en que la «necesidad de dar voz a sujetos privados en el proceso de toma de decisiones públicas se constituye en una necesidad y en elemento diferenciador y al mismo comunicador entre lo público y lo privado. Por un lado, pone a lo público en contacto con el mundo productivo, ciudadanos, organizaciones, organizaciones de consumidores..., por otra parte lo singulariza y lo carga con nuevas obligaciones que a la larga, sin duda, harán su acción más eficaz, aunque a corto plazo su actuación se resiente y, necesariamente, se ralentiza. Y ello, porque la confianza del cliente o del ciudadano, la Administración no la gana por la mayor calidad de sus servicios, sino también por la mayor legitimidad de sus decisiones [...] lo que se defiende aquí no es que la nueva situación deba enfrentarse dejando el Derecho de lado, sino que si éste quiere ser parte de la solución y no parte del problema debe abrirse e incorporar técnicas, ideas y procesos que están ya presentes en otras disciplinas».

Y es que, como ha escrito ROBLES¹⁷⁸, [s]i se considera la evolución histórica en su conjunto, no es un dislate afirmar que la idea precede a la acción, es decir, que la filosofía va por delante de la realidad. Disciplinas enteras del Derecho han sido objeto de tratamiento filosófico o doctrinal antes de plasmarse en textos jurídicos con eficacia normativa. La filosofía democrático-liberal, con sus principios básicos

¹⁷⁷ *El Derecho Administrativo como Obstáculo o como Facilitador en un Contexto de Innovación y Complejidad*, en la obra *El Derecho Público a Comienzos del S. XXI (Estudios en Homenaje al Profesor*

de separación de poderes y de respeto a los derechos individuales, va por delante del fenómeno constitucionalista. El Derecho internacional, antes de surgir como un cuerpo de normas positivas, es objeto de tratamiento teórico en el seno de la Teología moral de los representantes españoles de la llamada «segunda Escolástica», en especial –aunque, desde luego, no sólo– por Francisco de VITORIA. Llamativo es también, en este sentido, la aparición del Derecho internacional privado. Como ya se ha dicho, nace antes como producto reflexivo que como normas de Derecho positivo. Es en las escuelas de Derecho del norte de Italia donde se van a elaborar los criterios para dar solución a los que ya entonces se denominaron «conflictos de leyes». Después de dicha elaboración teórica, pasarían sus contenidos a transformarse en normas expresamente formuladas en textos jurídicos normativos».

Concluyendo: uno de los objetivos declarados de las nuevas directivas, tal y como recoge el Libro Verde (2011), es una mayor flexibilidad en la contratación del Sector Público que la Comisión llama, incluso, “más negociación”¹⁷⁹, resaltando

Allan R. Brewer Carías. Tomo II. Tercera Parte, Derecho Administrativo. Civitas, 2003. Págs. 1325 y 1326.

¹⁷⁸ *Teoría del Derecho*. Civitas, SA, Enero de 2015.

¹⁷⁹ Libro Verde (2011): “Más negociación”: Las partes interesadas sugieren a menudo que hace falta más flexibilidad en los procedimientos de contratación y que, en concreto, se debe permitir a los poderes adjudicadores que negocien las condiciones del contrato con los licitadores potenciales.

La utilización de negociaciones está contemplada en el ACP, siempre que se notifique en el anuncio de licitación. Por tanto, tal posibilidad podría extenderse en la legislación general de contratación pública de la UE, supeditada a la condición de que se cumplan los principios de no discriminación y procedimiento justo. De hecho, esto podría dar a los poderes adjudicadores más flexibilidad para obtener de la contratación resultados que satisfagan realmente sus necesidades.

Esta opción debe ser examinada en profundidad con todas las partes interesadas, poderes adjudicadores y operadores económicos. Las posibles ventajas de una mayor flexibilidad y una posible simplificación deben contraponerse con el aumento de los riesgos de favoritismo y, más en general, de que la mayor discrecionalidad de que disfrutarán los poderes adjudicadores en el procedimiento negociado dé lugar a decisiones demasiado subjetivas. Esta subjetividad, a su vez, haría más difícil demostrar que el contrato resultante no se benefició de ayuda estatal. Además, dar mayor libertad a los poderes adjudicadores solo reportará resultados útiles si estos tienen la experiencia técnica, el conocimiento del mercado y las destrezas necesarios para negociar un buen acuerdo con los proveedores.

como mejora a realizar «[l]a utilización de negociaciones está contemplada en el ACP, siempre que se notifique en el anuncio de licitación. Por tanto, tal posibilidad podría extenderse en la legislación general de contratación pública de la UE, supeditada a la condición de que se cumplan los principios de no discriminación y procedimiento justo. De hecho, esto podría dar a los poderes adjudicadores más flexibilidad para obtener de la contratación resultados que satisfagan realmente sus necesidades...»

Mal se entiende que se reclame mayor flexibilidad y ahondar en la capacidad negociadora de los contratantes, cuando se ha suprimido la técnica contractual que más margen a la negociación ha establecido nunca, como es el contrato de colaboración público-privada y el diálogo competitivo que, como decimos, forman una técnica de contratación más que un tipo de contrato y un procedimiento de adjudicación, respectivamente.

Por ende, y si bien hay pocos oficios más arriesgados que el de adivinador, podemos afirmar sin envanecimiento que las fórmulas nuevas, viejas o mixtas, que impliquen tópicamente altas dosis de libertad estimativa, fracasarán como lo han hecho las anteriores, porque seguirán siendo edificadas sobre un basamento embarrado; las propuestas –también tópicas, superficiales– como las que hemos recogido –y planteado– sólo tendrán validez transitoria y, si acaso, supondrán una bocanada –acaso la penúltima– de un plesiosaurio al que, no siendo hijo de la

Por último, debe evaluarse cuidadosamente para qué tipo y tamaño de contratos tendría sentido la negociación. Las partes interesadas sostienen a menudo que la negociación sería particularmente apropiada para la adjudicación de contratos pequeños. Por otra parte, podría ser útil también, o más útil, para las licitaciones de grandes proyectos, en especial mediante asociaciones entre los sectores público y privado. Dada la complejidad de los contratos relativos a estos proyectos, podrían ser incluso más necesarios unos procedimientos especialmente flexibles y grandes márgenes de negociación, así como una mayor experiencia técnica del poder adjudicador para llevar a cabo las negociaciones.

decantación histórica sino de la construcción racional dirigida, no puede exigírsele capacidad de acomodo a los tiempos sin gran esfuerzo; ni puede mirarse para otro lado.

Y ello porque, siguiendo la reflexión de W. HOFMANN-RIEM¹⁸⁰, resulta claro que:

- a. El Derecho debe superar el pensamiento monocromo y dicotómico, confiar en los conceptos abiertos y flexibles y desarrollar sistemas adaptativos de gobernanza y eficacia.
- b. Esa superación demanda del Derecho una investigación reflexiva sobre su propia innovación, pero también sobre la idoneidad para lidiar con la innovación científica, técnica y social, evitando tanto la actitud reticente como la euforia innovativa.

Estos instrumentos de CPP contractual han *fallado* porque el constructo jurídico-administrativo no está preparado para asimilar tales atribuciones de negociación, indefinición y discrecionalidad, porque esta nueva realidad exige la reformulación de tales conceptos, dentro de la ingente tarea que supone –nada menos- que adecuar el Derecho administrativo en particular y el Derecho público en general, al signo de los tiempos.

Los Contratos de Colaboración Público-Privada no han sido derogados por razones de oportunidad política o legislativa, ni por mor de la crisis económica – pues se reclama más colaboración, no menos-, sino porque las instituciones y los

¹⁸⁰ Citado en Parejo Alfonso, L. *Breve Reflexión sobre la innovación como reto del Derecho Público*. Global Law Press Working Papers. 2015. Págs. 2 y 3.

operadores jurídicos carecen de medios –también jurídicos- con los que obtener los aciertos que las nuevas sociedades exigen.

El Derecho administrativo –hoy- no *sabe* establecer correctas relaciones con el individuo.

X. A modo de falsación.

Hemos elegido –con el riesgo que ello comporta, como en seguida abordaremos- el racionalismo crítico de Popper como método para abordar el estudio presente, por mor de la íntima convicción, someramente explicada *supra* (epígrafe IX)- de que las ideas –aun con un ínfimo grado de innovación- hallan mayor cercanía con la verdad –siempre provisoria- cuando son atacadas y resisten (falsación), que cuando son defendidas y se apuntalan (verificación).

Sentó Popper –y así lo creemos- que «nuestro conocimiento aumenta mediante ensayo y eliminación-de-error y la principal diferencia entre su crecimiento precientífico y científico reside en que en el nivel científico buscamos conscientemente nuestros errores: la adopción consciente del método crítico resulta ser el principal instrumento del crecimiento [...] el método crítico, aunque debe usar contrastaciones siempre que sea posible, y preferiblemente las contrastaciones prácticas, puede ser generalizado en lo que yo describí como la actitud crítica o racional. Argumenté que uno de los mejores sentidos de “razón” y “razonabilidad” era la apertura a la crítica (disposición a ser criticado, y deseo de criticarse a sí

mismo); e intenté argüir que esta actitud crítica de razonabilidad debería ser extendida lo más lejos posible¹⁸¹».

Como ha sido dicho, el método científico de Popper consiste básicamente en la formulación de ideas innovadoras y en su sometimiento a las más razonables, rigurosas y eficaces refutaciones posibles. Popper lleva en «una nueva teoría del método de la ciencia, a un análisis del método crítico, el método de ensayo y error: el método que consiste en proponer hipótesis audaces y exponerlas a las más severas críticas, en orden a detectar dónde estamos equivocados».

Ahora bien: no rehuyamos las dificultades –serias-: «[e]n las ciencias sociales suele resultar más difícil que en las naturales llegar a tener la certeza de que los enunciados contrastadores son verdaderos. Aun así, todo parece indicar que, en términos comparativos, es más eficaz tratar de falsar la teoría que intentar verificarla¹⁸²».

Y de esta dificultad apriorística hemos de partir: lo que proponemos no es un método de falsación puro –pues la disciplina y el objeto lo impiden-, sino ir más allá de la mera verificación y no rehuir aquello que pueda contrariar la tesis expuesta (Epíg. X), sino buscar la confrontación y hacerle frente, con las resultas que se verán. Claro está que el método así adoptado, será imperfecto, dual y, acaso, contenga más proceso verificador que falsador, pero aún así habremos logrado –entiéndase humildemente- dos cosas:

¹⁸¹ *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual.* Tecnos. 1974.

¹⁸² Molini Fernández, F. *Proactividad: el método científico de Popper aplicado al futuro.* Revista Encuentros Multidisciplinares, Vol. 1, núm. 3. 1999.

- a. Ir más allá del mero comentario de la legislación, adición a lo sumo, interpretación extensiva, conforme o cualesquiera otras tareas propias de las obras jurídicas, no de las de pensamiento¹⁸³, en cuyo ámbito ésta se incluye.
- b. Someter nuestro criterio a un proceso de decantado intelectual lo más honrado posible, toda vez que la conciencia en la provisoriedad de lo enunciado y, también, la duda constante sobre lo intuido, nos hacen ampliar nuestra íntima exigencia más allá de lo que es norma –en el sentido de cotidiano-, sin miedo a las resultas de lo finalmente concluido.

X.1. Sobre si el actual paradigma puede enfrentar las carencias descritas.

Conviene ahora realizar, al más clásico estilo de la glosa jurídica, realizar una labor de enumeración –primero- y sistematización –después- de los principios jurídicos o, en fin, instituciones¹⁸⁴ también jurídicas que guíen a los operadores en la concepción, definición, contratación y ejecución de un imaginario –por extinto- contrato de colaboración público-privada. Dichos institutos jurídicos habrán de servir de guía en:

- La determinación de lo que sea otras fórmulas alternativas de contratación que no permitan la satisfacción de las finalidades públicas, pues sólo así podrá aplicarse la figura contractual.

¹⁸³ Distinción en: Barnés J. *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, 2012. Edición 2.0. Nota introductoria.

- Concretar qué sea o qué grado resulte exigible de complejidad del contrato para dar uso al CCPP, así como decidir –con criterio- que se quiere contratar pero no se está en condiciones de definir previamente a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados. Más aún cuando el objeto del contrato se irá definiendo en el proceso de diálogo competitivo.
- Habrá de realizar un análisis comparativo con formas alternativas de contratación con carácter previo, aun desconociendo el objeto del contrato, que será definido durante el procedimiento, repetimos.
- Su régimen jurídico sólo podrá determinarse, en puridad, cuando esté definido el contrato, esto es, al final del procedimiento.
- Según la propia Comisión: el montaje financiero y jurídico no es posible definirlo con antelación, por lo que habrá de existir un juicio previo de carácter negativo basado en los criterios pertinentes.

Decíamos al inicio del epígrafe que corresponde realizar una enumeración de las herramientas dar respuesta a las cuestiones planteadas. No puede encontrarse lo que no existe. La construcción jurídico-dogmática recela de los principios generales, de los conceptos jurídicos indeterminados a de la discrecionalidad de tal forma, que más valdría habrá de *enemigos a batir* que de simple recelo.

¹⁸⁴ Al modo de hicimos en *supra* V.4, al realizar un *rastreado* de los preceptos del TRLCS con incidencia

Nuestro Derecho Administrativo está lastrado por la «[t]endencia a la administrativización al máximo del poder público como técnica para lograr la más plena sujeción de éste al Derecho, en el entendimiento de la actividad administrativa como ejecución de éste (capaz de prefigurar todas sus aplicaciones posibles) y el control de dicha ejecución por la jurisdicción contencioso-administrativa. Con la consecuencia de la focalización del Derecho Administrativo en la lucha por la completa sumisión del poder público al Derecho, entendiendo así los ámbitos en que la decisión está entregada a la Administración en diversa medida (cláusulas generales, conceptos jurídicos indeterminados, margen de apreciación, discrecionalidad) como inmunidades a batir por incompatibles con el modelo»¹⁸⁵.

No olvidemos que lo que subyace tras esta aversión es la vigencia de la dogmática del estadio que llamamos (Epíg. II.2) “derecho administrativo de la defensa”, en detrimento del cooperativo o del trabajo en común y, en último término, hablamos –de nuevo- del marco relacional Estado-individuo¹⁸⁶.

en la regulación de los CCPP.

¹⁸⁵ Parejo Alfonso, L. *Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España*. INAP-Glogal Law Press. 2012. Pág. 177.

¹⁸⁶ Nótese que no hablamos de una necesidad de replanteamiento novedosa en el tiempo. Así, Parejo Alfonso, L. *Crisis y Renovación en el Derecho Público*. Centro de Estudios Constitucionales. 1991:«[u]na cada vez más frecuente intercambiabilidad, así como posibilidad de combinación entre sí (apoyándose, en su caso, recíprocamente), a criterio, incluso, de la propia Administración, de las formas de actuación, lo que significa, en último término, una relativización o adjetivación de éstas últimas. Es el fin u objetivo de la acción el que pasa a primer plano (lo que se corresponde con lo antes dicho acerca de la sustitución de la jerarquía única a priori de los sujetos o entre Estado y ciudadano por una jerarquía diversa y sustantiva o material entre el interés general y el privado o, mejor, particular), con flexibilización de los medios a emplear, respecto de los cuales se otorga a la Administración, por tanto, una mayor libertad de elección.

[...]

Particular importancia reviste la progresiva afirmación y extensión de la llamada acción o actuación informal, que presenta -básicamente- dos manifestaciones: la «negociación», el «acuerdo» o el «arreglo» (bajo la forma de convenios o, simplemente, de conversaciones, «audiencias personales» o deliberaciones previas al dictado formal de actos) y la tolerancia de situaciones fácticas disconformes con o infractoras

¿Cómo puede triunfar una técnica contractual y el procedimiento de adjudicación que le es anejo cuando ello depende de la aplicación de una serie de conceptos jurídicos indeterminados y de discrecionalidad que están proscritos por nuestro derecho...? ¿qué asidero existe y asiste al operador jurídico...?

«Es el paradigma de la predeterminación normativa de la entera actuación de la Administración, que sitúa en la sombra y en todo caso en posición marginal - anormal otras formas de programación normativa y, en particular, la finalista (especialmente importante en la economía y la ordenación del territorio y el urbanismo, pero también los servicios de carácter personal, como todos los comprendidos en el amplio campo de la asistencia social); el paradigma desconfía - repele- todo lo que no sea actuación vinculada a una norma concreta, clara que requiera para su aplicación la mera subsunción en el supuesto de hecho; huye de la planificación y la programación administrativas; etc. «Los resultados a que puede conducir tal posición marginal se han hecho evidentes ante la magnitud de los indeseables procesos de transformación urbanística a los que ha dado cobertura una planificación territorial y urbanística carente de guías jurídicas directivas». Y ha sido

de la legalidad estricta (tanto en sentido material, como en sentido formal; en éste último caso, por falta, por ejemplo, de la preceptiva autorización). Este «tipo» de acción administrativa, descansa, en último término, en la posibilidad de la mejor, más rápida o más efectiva consecución del interés general obviando la lógica y la economía de la actuación administrativa formalizadas legalmente. La cuestión básica que plantea —irresuelta entre nosotros— es la de su legitimidad. Tal cuestión no puede despacharse, en efecto y como —sin embargo— no es inusual que se haga, con la simple descalificación por ilegalidad. De un lado, la acción informal no aboca siempre y necesariamente en un verdadero contrato o convenio de contenido transaccional (sobre un supuesto de hecho o de Derecho controvertidos) y jurídicamente vinculante (hipótesis, a la que se refiere, por definición, la descalificación). Y, de otro lado, no puede menospreciarse el argumento de legitimación o justificación por razón del mejor cumplimiento del fin legal, es decir, del interés general: basta con aludir al problema del juego de las determinaciones accesorias de la voluntad administrativa en el caso de autorizaciones o, incluso, al de la proporcionalidad de la acción administrativa en el campo de la policía de libertades públicas o de la seguridad ciudadana (así, por ejemplo, para la autorización o la disolución de una manifestación). En cualquier caso, la realidad misma de la acción informal pone de manifiesto la inadecuación, por lo menos

precisamente esta falta de guía directiva, de instrumentos confiables del actuar administrativo, lo que ha llevado a la laminación de los Contratos de Colaboración Público-Privada, que adelanta el fracaso de las fórmulas colaborativas que, sin cambiar la cimentación, regulen las relaciones colaborativas, máxime cuando lo que se les pide es flexibilidad.

Por tanto, no podrá acometerse en serio la tarea de dotar a la administración de unas fórmulas colaborativas verdaderamente operativas, mientras persista la obcecación del Derecho Administrativo en la tarea –única, principalísima- de la limitación del poder. «El objetivo aquí ha de consistir en la recuperación, de un lado, de los planos propios del Derecho objetivo y el contenido de las relaciones jurídico-administrativas para romper los estrechos límites impuestos por la visión subjetiva tradicional, y, de otro lado, de la Administración como instancia con contenido decisional y de actuación propio, cuya legitimación depende de factores múltiples (sin perjuicio de la importancia del jurídico derivado del principio de legalidad), y, por tanto, replanteamiento de la relación entre actuación administrativa y control judicial¹⁸⁷».

X.2. Las aportaciones doctrinales.

Podemos afirmar –con la injusticia propia de toda generalización- que la doctrina no está siendo consciente –o, al menos, no ofrece salidas a las cuestiones que el actual paradigma comporta y que han sido puestas de manifiesto en relación a los CCPP- de la necesidad de renovación y reforma del Derecho Administrativo, de

en determinadas y cada vez más numerosas materias, de la regulación-programación legal minuciosa y la estricta necesidad de dotar a la Administración de un marco de acción suficientemente flexible...»

¹⁸⁷ Parejo Alfonso, L. *Op. Cit. Transformación y...* pág. 182 y ss.

la necesidad de un nuevo paradigma y de una revisión dogmática. Si realizamos un nuevo barrido doctrinal –al modo que hemos propuesto, casi anárquico- en orden a hallar las soluciones que se nos plantean ante las necesidades descritas –y, claro está, en pos de nuestro casi fallido método de falsación- no encontramos respuestas; salvados los ímprobos esfuerzos por señalar que el rey está desnudo y –más aún- de intentar colocarle las primeras prendas, que están realizando los autores que están siendo citados en el presente trabajo, seguro que sin la debida exhaustividad.

Como se ha escrito, «en el sistema español la doctrina científica no es tanto precursora como mero acólito-comentador y todo lo más sistematizador. El resultado es esquizofrénico: mantenimiento del modelo, pero continuada propuesta-aceptación de soluciones –especialmente por recepción acrítica desde otros sistemas ajenos- que implican la huida, la ruptura o la excepción; soluciones que simplemente se adicionan y no integran suficientemente –renovándolo- el edificio dogmático¹⁸⁸».

Si la doctrina no llevara a cabo esta tarea y se limitara a comentar las decisiones judiciales, las sentencias, y las normas legales, los cambios legislativos, no cumpliría con el encargo, o misión, que la ciencia demanda.

XI. Conclusiones.

¹⁸⁸ A nuestro modo de ver, un ejemplo de esta labor meramente tópica, en Linde Paniagua, E. *Las Transformaciones del Derecho Público de nuestro tiempo*. Colex, 2014. Pág. 208: «En definitiva los poderes públicos tienen una ingente tarea que realizar para implementar las numerosas misiones que les encomienda la Constitución, que en la inmensa mayoría de casos lo hace con carácter imperativo. Y para ello, respetando los límites que establece la Constitución, los poderes públicos deben crear, o en su caso modificar, el conjunto de potestades, técnicas e instrumentos jurídicos de que disponen en la actualidad. Y deben hacerlo respetando el conjunto de valores y principios constitucionales».

Si nuestra propuesta metodológica –pobre, pero cabal- partía de una intuición fundada para ser falsada –en lo posible- y, por imposibilidad relativa, verificada –en lo más-, la investigación realizada nos permite concluir:

1. El observatorio elegido –contratos de colaboración público-privada- se ha mostrado eficaz en orden a cumplir la tarea propuesta: el estudio de la situación actual de la relación Estado-individuo, en general, y de los procesos de colaboración entre ambos, en particular.
2. Si bien esta obra comenzó siendo –o tuvo vocación de ser- netamente jurídica, la deriva de la investigación nos hace concluir que se trata de una obra de pensamiento, jurídico, pero pensamiento al fin.
3. Durante toda la investigación hemos mantenido la objetividad, aportando al estudio el punto de vista de la práctica profesional pero desterrando el interés particular y, en definitiva, guardando la debida distancia, como recomienda la mejor doctrina¹⁸⁹.
4. La intuición con que empezó este trabajo, bien dirigida y estimulada por el Prof. Castillo Blanco, se ha convertido hoy en firme convicción: los paradigmas relacionales clásicos entre lo público y lo privado, basados en sus características notas de control y negociación, respectivamente, no sirven hoy para explicar, regular y explotar sus nuevas formas de colaboración, en un mundo en el que

¹⁸⁹ Barnés, J. *Innovación y Reforma...2.0*. pág. 31.

los procesos de cooperación social, las amenazas y la información son globales.

5. La derogación de los Contratos de Colaboración Público-Privada y el Diálogo Competitivo, son el reconocimiento tácito de la incapacidad del actual paradigma jurídico-administrativo para asimilar las nuevas formas colaborativas que la satisfacción del interés general hoy exige.
6. Se impone la necesidad, ya urgente, de realizar una revisión de la dogmática jurídico-administrativa que, superando atávicos esquemas, integre la nueva estrategia para el cumplimiento de los fines públicos que es la corresponsabilidad entre ambas esferas, pública y privada.
7. De la revisión y reforma así esbozadas, de su acierto y celeridad, dependerá que la contratación pública ponga al servicio del interés general lo mucho que puede ofrecer la iniciativa privada, y se convierta esta alianza –cuyo fracaso no es una opción- en pilar base de la economía nacional.

Como se ha escrito antes y mejor que nosotros (CASSESE), los nuevos paradigmas del Estado ponen en discusión todas las nociones, los temas y los problemas clásicos del derecho público, y requieren un cambio de la actitud científica respecto del derecho, porque la doctrina jurídica no puede dejar quietos los propios códigos de referencia con un cambio tan radical de su objeto.

BILBIOGRAFÍA CITADA

- Alcolea Cantos, A. Nuevos modelos de gestión y financiación de infraestructuras en España. 2014. Aranzadi.
- Allan R. Brewer Carías. Tomo II. Tercera Parte, Derecho Administrativo. Civitas, 2003.
- Auby, J.-B. La Globalización, el Derecho y el Estado. Global Law Press, 2012.
- Barnés J (editor). *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, 2006.
- Barnés J (editor). *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, 2012. Edición 2.0.
- Barnés, J. Transformaciones (científicas) del Derecho Administrativo. Historia y retos del Derecho Administrativo contemporáneo. Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo. Serie Roja. Global Law Press/Editorial Derecho Global.
- Bassols Coma, M. Revista Aranzadi de Derecho Ambiental num. 32/2015.
- Blanco López, F. Procedimientos para la Adjudicación de Contratos Públicos. *Contratación Administrativa Práctica*, N.º 55. La Ley. 2006.
- Boaz, D. Liberalismo, Una Aproximación. Gota a Gota, 2007
- BOCG de 29-3-2007, serie A. Núm. 95-22
- Brunete de la Llave, M.T. Los Contratos de Colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Especial Aplicación a las Entidades Locales. La Ley, 2009.
- Carlón Ruiz, M. La gestión de los servicios públicos: sus condicionantes desde el derecho europeo en el contexto de la transposición de las directivas sobre contratación pública. *Revista de Derecho Europeo* núm. 59/2016.
- Cassese, S. La Globalización Jurídica, Marcial Pons, 2006.
- De Jouvenel, B. El Poder. Editorial Nacional. 1974.

- Desdentado Daroca, E. *La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: Privatización, Huida de la regulación Pública y Administraciones Independientes*. Tirant lo Blanch alternativa. 1999.
- Díaz Corral, M. y Garcés Sanagustín, M, *La estabilidad presupuestaria en el Derecho español, Fundamentos jurídico-constitucionales de las leyes de estabilidad presupuestaria. Principios y ámbito de aplicación*. IEF. Madrid, 2004
- Domínguez Luis, José A. *Equilibrio económico versus riesgo imprevisible en la concesión de obras públicas: el supuesto de las autopistas de peaje*. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 8/2015.
- Carr, Edward H. *¿Qué es la Historia?* Planeta-Agostini. 1993.
- *El Consultor-Contratación Administrativa*. La Ley, 2008. *La adjudicación de los contratos de colaboración público-privada a través del diálogo competitivo (Base de Datos)*
- Escrihuela Morales, F.J. *La Contratación del Sector Público. Especial referencia a los contratos de suministro y de servicios*. La Ley. 2007.
- Esteban Galarza, Marisol. *La Colaboración Público-Privada en la provisión de infraestructuras: una valoración de la experiencia internacional*. Ekonimaz nº 63. 2006.
- Fernández LLera, R. *Financiación mediante colaboración público-privada: el caso del Hospital Universitario Central de Asturias*. Jornadas sobre la iniciativa privada en la financiación de proyectos públicos. Burgos, 2007
- Freeman J. *Extending Public Law Norms through Privatization*. Harvard Law Review. 2002-2003.
- García Capdeón, Pedro M. *Los Contratos de Colaboración Público-Privada*. Revista Española de la Función Consultiva, núm. 3. (enero - junio 2005).
- García de Enterría E. y Fernández T-R. *Curso de Derecho Administrativo I*. Thomson-Civitas. 13ª Edición.
- Gimeno Feliú, José María. *Principales novedades del Proyecto Ley Contratos Sector Público*. Aranzadi digital núm. 1/2016 parte Estudios y comentarios
- Gómez Hecht, Juan Ricardo. *Revista de Policía y Seguridad Pública*, nº 6. 2014.

- Gómez-Ferrer Morant, R. El problema de la financiación de las obras públicas: las sucesivas modificaciones de la LCAP 13/1995, de 18 de mayo, con especial referencia a la financiación mediante concesión de dominio público, Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
- González García, Julio V. Contrato de colaboración público-privada. RAP, Núm. 170. 2006
- González García, Julio V. Contrato de Colaboración Público-Privada. Revista de Administración Pública. Núm. 170. 2006
- Guinot Barona, M. La Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público. Actualidad Administrativa, La Ley. Núm. 2.
- Häberle, Schmidt-Assmann, E. La Teoría General del Derecho Administrativo Como Sistema. Marcial Pons.
- Hernando Rydings, M. El nuevo marco jurídico aplicable a los contratos de concesión. Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo.
- Jiménez Díaz, A. El contrato de colaboración público-privada y el de concesión de obras públicas (en la nueva Ley de Contratos del Sector Público. Diario La Ley, N.º 6934, 28 Abr. 2008, Año XXIX, Ref. D-135, Editorial La Ley.
- Jiménez Rius, P. El Diálogo Competitivo ¿Avance o Retroceso? Contratación Administrativa Práctica, N.º 69. La Ley. 2007.
- Juan Lozano, A. M. y Rodríguez Márquez, J. La Colaboración Público-Privada en la Financiación de las Infraestructuras y Servicios Públicos. Una Aproximación desde los Principios Jurídico-Financieros. Instituto de Estudios Fiscales. 2006
- Ley Sosa Wagner F. y Fuertes López, M. La Ley de Contratos del Sector Público y el Murciélago. Actualidad Jurídica Aranzadi Núm. 743/2007.
- Libro Verde (2011): sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente
- Libro Verde Sobre la Colaboración Público Privada y el Derecho Comunitario en Materia de Contratación Pública y Concesiones, presentado por la Comisión (2004).

- Linde Paniagua, E. Las Transformaciones del Derecho Público de nuestro tiempo. Colex, 2014.
- Machín Viñuela, P. La colaboración público privada contractual: el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en el TRRLCSP en la obra Alternativas de financiación en época de crisis. Lex Nova. 2014.
- Martín Mateo, R. Manual de Derecho Administrativo. Thomson-Aranzadi. 26ª Edición.
- Martínez Nieto, A. *Eficacia y Legalidad en la Gestión de Políticas Públicas*. Diario La Ley. Ref. D-239, Tomo 5. La Ley. 1997.
- Martínez Solano, J.F. El Problema de la Verdad en K. Popper. Reconstrucción Histórico-Sistemática. Netbiblo. 2005.
- Melián Gil, J.L. Una aproximación al Derecho Administrativo Global. Global Law Press, 2011.
- Menéndez de la Cruz, C. *Contrato de Colaboración Público-Privada en el Proyecto de Contratos de de Ley de Contratos del Sector Público*. B.D. El Consultor-Contratación Administrativa. La Ley, 2008.
- Molini Fernández, F. *Proactividad: el método científico de Popper aplicado al futuro*. Revista Encuentros Multidisciplinares, Vol. 1, núm. 3. 1999.
- Moreno Molina, J. A. y Pleite Guadamillas, F. *La imprecisa definición del contrato de colaboración público-privada y su difícil deslinde de la concesión de obra pública*. B.D. El Consultor-Contratación Administrativa. La Ley, 2008.
- Muñoz Machado, S. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomos I al IV. Thomson-Civitas, 2009.
- Nieto Garrido, E. La Financiación Privada de Obras y Servicios Públicos en el Reino Unido. Revista de Administración Pública, 164. Mayo/Agosto 2004.
- Parada Vázquez, R. Derecho Administrativo I. Marcial Pons, 1997.
- Parejo Alfonso, L. (Coord.). Manual de Derecho Administrativo (Parte General). Ariel, 5ª edición.
- Parejo Alfonso, L. (Javier Barnés, Coord.), Innovación y Reforma en Derecho Administrativo, Global Law Press, 2006.

- Parejo Alfonso, L. Breve Reflexión sobre la innovación como reto del Derecho Público. Global Law Press Working Papers. 2015.
- Parejo Alfonso, L. Crisis y Renovación en el Derecho Público. Centro de Estudios Constitucionales. 1991.
- Parejo Alfonso, L. Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España. INAP-Global Law Press. 2012.
- Pérez Victoria de Benavides, Manuel. Una Historia del Derecho a través de sus textos. Comares. 1993.
- Popper, K. Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual. Tecnos. 1974.
- Robles. Teoría del Derecho. Civitas, SA, Enero de 2015.
- Rousseau, J.J. Discurso Sobre el Origen de la Desigualdad Entre los Hombres/El Contrato Social. RBA, 2005
- -Russell, B. Historia de la Filosofía. RBA, 2005
- Sánchez Rodríguez, A.J. «PROJECT FINANCE» en financiación de infraestructuras mediante colaboración pública-privada. Revista española de Derecho Administrativo. Núm. 165/2014.
- Sánchez Soliño, A. *Análisis del Reparto Óptimo del Riesgo de Construcción en la Contratación Pública*. Revista de la Construcción, nº 13. 2014.
- Sánchez, María Guadalupe: Un caso de cooperación público-privada. El plan Ludueña en Rosario. Revista Iberoamericana de Gobierno Local. Núm. 5. 2013
- Santamaría Pastor, J.A. *Contratos del Sector Público y Derecho de la Unión*. Revista de Administración Pública. Mayo-Agosto 2016.
- Santamaría Pastor, J.A. Principios de Derecho Administrativo General I. Iustel. 1ª Edición.
- Schmidt-Assmann, E. (Javier Barnés, Coord.), Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo, Global Law Press, 2006.
- Tudela Aranda, J. Las nuevas declaraciones de derechos en los estatutos de autonomía y en la Unión Europea. Cuadernos monográficos de teoría del

estado, derecho público e historia constitucional. Universidad de Oviedo. 2017, nº 9.

- Valcárcel Fernández, P Las Obras Públicas: su Ejecución y Financiación. Perspectivas Actuales. CDP, núm. 14, septiembre-diciembre 2001.
- Vicente Iglesias, José L. Reflexiones sobre la Nueva Ley de Contratos del Sector Público. Diario La Ley, nº 6878. 2008.
- Villalba Pérez, F. La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión. REALA (nueva época), nº 2. 2014.