



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

La colaboración público-privada y el contexto de los
ODS: nuevas perspectivas.

Autor/es

Pilar Aizpuru Gracia.

Director

José María Gimeno Feliu.

Facultad de Derecho

2021/2022

Autor del trabajo Pilar Aizpuru Gracia.

Director del Trabajo José María Gimeno Feliu.

Titulación Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas

RESUMEN

En el contexto actual de recuperación económica en el que nos encontramos y en el contexto de un mayor peso de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) en todo el panorama actual, la contratación pública y todo lo que conlleva tiene especial relevancia. En lo que respecta a este trabajo nos vamos a centrar en la idea de la contratación pública estratégica, que tenga en cuenta objetivos de calidad, social y ambiental, en línea con los ODS, y que permita actuar de manera transversal en distintos campos. En este sentido interesa poner atención a las fórmulas de colaboración público-privada, en concreto a la fórmula concesional, por los beneficios que trae y porque la alianza entre el sector público y privado es, ahora más que nunca, clave para la recuperación económica. Por ello se han de dejar a un lado las cuestiones ideológicas y se ha de prestar atención a la mayor eficacia y eficiencia. El trabajo se centra en la modalidad contractual de concesión, su regulación actual, motivos de uso, y posibles problemas.

ABSTRACT

In the current context of economic recovery and greater weight of the Sustainable Development Goals (SDGs) in the entire panorama, public procurement and all that it entails is particularly relevant. In this paper, we are going to focus on the idea of strategic public procurement, which takes into account quality, social and environmental objectives, in line with the SDGs, and which makes it possible to act in a cross-cutting manner in different fields. In this regard, it is important to pay attention to public-private partnership formulas, specifically the concession formula, because of the benefits it brings and because the alliance between the public and private sector is, now more than ever, key to economic recovery. For this reason, ideological issues must be put aside and attention must be paid to greater effectiveness and efficiency. The paper focuses on the contractual modality of concession, its current regulation, reasons for its use and problems.

INDICE

I. INTRODUCCIÓN	1
1. Los objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)	3
2. Contexto: Crisis de confianza y necesidad de mejor transparencia e integridad	6
3. Contratación pública estratégica	9
II. LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA: SU FUNCIÓN.	14
1. Concepto, aproximaciones y controversias.	14
2. Motivos de uso de la CPP.....	17
2.1 Motivos: Estabilidad Presupuestaria: Deuda pública y déficit público, España Vs UE.....	20
3. Posibles problemas de la CPP y como afrontarlos.	21
4. Regulación de la Colaboración Público-Privada.....	25
4.1 CPP en la Directiva de concesiones 23/2014 UE, definición de concesión de obra y de concesión de servicio. Regulación en la LCSP 9/2017.....	26
A) Regulación CPP en la Directiva de concesiones 23/2014 UE.....	26
B) Regulación en la LCSP 9/2017. Notas comunes de los contratos de concesión....	27
B. 1) Duración del contrato de concesión, común al contrato de concesión de obras y de concesión de servicios.....	31
B. 2) Las sociedades de Economía mixta.	32
5. Elemento esencial del contrato de concesión: el reparto de riesgos, el riesgo operacional.	33
6. Contraprestación: Precio, tasa, tarifa, canon. Concesiones calientes y frías.....	38
III. CONCLUSIONES.	42
IV. BIBLIOGRAFÍA	45

ABREVIATURAS

ODS, Objetivos de Desarrollo Sostenible

CNMC, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

CIS, Centro de Investigaciones Sociológicas

INE, Instituto Nacional de Estadística

LCSP, Ley 9/2017 de 8 de Noviembre de 2017, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

CCPP, colaboraciones público privadas

LRBRL, Ley 7/1985, de 2 de Abril, Reguladora de Bases del Régimen Local

PIB, Producto Interior Bruto

RPA, Responsabilidad Patrimonial de la Administración.

I. INTRODUCCIÓN

Para el desarrollo del presente trabajo se toma como referencia el Congreso internacional de Contratación Pública celebrado en Zaragoza durante los días 10,11 y 12 de Noviembre, en el que se intercambian diversas opiniones y propuestas en torno al tema de la contratación pública.

La contratación pública constituye una herramienta clave para el desarrollo de acciones y políticas públicas eficaces, eficientes y de calidad. No solo eso, sino que el peso que tiene la contratación pública en la mayor parte de las administraciones supone parte sustancial de todo presupuesto público. De acuerdo con los datos económicos de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, la contratación pública supone cerca de un 20% del PIB español. La contratación pública debe además entenderse en el contexto actual, en el que la mayor parte de las administraciones públicas españolas se ven limitadas debido a la falta de recursos y a los presupuestos ajustados. Además, la contratación pública debe abordarse teniendo en cuenta la relevancia de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y la crisis de confianza de la ciudadanía. Es esencial considerar el punto de vista ciudadano, del ciudadano que paga regularmente sus impuestos, y tener en cuenta que a través de la contratación pública se realizan acciones y políticas de intervención en la economía y en el plano social, de manera que el ciudadano quiere ver satisfechas sus expectativas en forma de servicios públicos e infraestructuras de calidad. En este sentido busca atención sanitaria eficaz y de calidad, educación, carreteras seguras, servicios de transporte de calidad, etc.

Una vez analizado el contexto actual, este trabajo pretende ahondar en el concepto de contratación pública y sus diferentes vertientes para posteriormente abordar las colaboraciones público-privadas, en su modalidad contractual, a través del contrato de concesión de servicios y de concesión de obras.

El trabajo se desarrolla de la siguiente forma. En el siguiente apartado, se hace referencia al contexto de la contratación pública, en concreto a los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la crisis de confianza, la necesidad de reforzar la transparencia y la integridad, y el papel de la contratación pública estratégica para hacer frente a dichos desafíos. Avanzaremos en el trabajo con la delimitación conceptual de la Colaboración Público Privada, comentando las controversias que existen en torno al tema, fundamentalmente si es o no privatización, los motivos que impulsan el uso de esta

fórmula y los posibles problemas que pueden surgir en este tipo contractual, junto con las soluciones para hacerles frente. Posteriormente, se analiza el marco regulatorio de la colaboración público privada, desde la Directiva 23/2014 UE a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, pasando por comentarios doctrinales y jurisprudenciales sobre cuestiones de interés, incidiendo sobretodo en un elemento esencial en el ámbito de la CPP como es el reparto de riesgos, riesgo operacional, y contraprestación del concesionario.

La elección del tema del presente trabajo se funda en la importancia de la contratación pública. Importancia desde el punto de vista jurídico y desde el punto de vista económico, por las distintas repercusiones económicas que el uso de la contratación trae a factores como el empleo, la productividad, el crecimiento económico, la inversión, etc. Como estudiante del Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas considero que este tema permite abarcar conocimientos de los dos grados, lo que en suma, aporta un valor añadido superior tanto al trabajo como al propio aprendizaje durante el desarrollo del mismo.

II. EL CONTEXTO DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.

1. Los objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) fueron ratificados por 193 Estados en el 2015 en la Asamblea General de Naciones Unidas, configurándose así la Agenda 2030. Los objetivos persiguen el desarrollo económico, social, cultural y ambiental a nivel global. Aunque su aprobación fue en 2015, y por tanto podemos pensar que no son muy novedosos, lo cierto es que es en los últimos años cuando están captando mayor atención. Estos objetivos debemos verlos como una guía de actuación y con un papel integrador para fijar la dirección de actuación de los Estados, Organismos Internacionales, Administraciones Públicas, agentes económicos y de la sociedad en general. Los objetivos se fijan comprometidos con la promesa de no dejar a nadie atrás, de manera que los países más desarrollados puedan contribuir y acelerar el proceso de los menos desarrollados.

La agenda se compone de 17 objetivos interrelacionados entre sí ya que acciones que favorezcan la consecución de unos llevarán a la consecución de otros, es decir, son objetivos transversales. Cada objetivo se concreta en una serie de metas, en total 169.¹

Estos ODS requieren una nueva visión de política en la que su cumplimiento no se circunscriba al ámbito de llegar a la meta de la Agenda 2030, sino que, vaya más allá y adopte una visión a largo plazo en la que los objetivos de desarrollo sostenible sean los protagonistas y estén presentes de manera transversal en todas las acciones y políticas públicas. Este proceso se denomina por las Naciones Unidas como *mainstreaming*, lo que quiere decir transversalización, que, atendiendo al significado literal de la palabra, hace referencia a lo que atraviesa de manera transversal varios campos. En definitiva, lo que se busca es que todas las políticas públicas estén alineadas con los objetivos de desarrollo sostenible. En este contexto se acuña el concepto de política palanca, entendida como aquella que acelera la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible.

En el caso de España, el 12 de diciembre de 2017 el Congreso de los Diputados adoptó una Proposición no de Ley, para orientar la política del Gobierno a la hora de definir la estrategia de España para cumplir con la Agenda 2030 (PNL 161/001253).

¹ MEDINA ARNAIZ, T. «Los retos de futuro en la contratación pública en clave europea», en GIMENO FELIU, J.M. (director), *Observatorio de los contratos públicos 2020*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021, pp.70-71

Posteriormente se aprobó el 29 de junio de 2018 el *Plan de Acción para la Implementación de la Agenda 2030: hacia una estrategia de desarrollo sostenible*.²

También en España se crea la Red Española del Pacto Mundial (REPM), como institución que busca impulsar acciones encaminadas al cumplimiento de los objetivos fijados por NNUU, entre los que se encuentran los ODS³. La Red Española del Pacto Mundial informa anualmente sobre el progreso en la adopción y consecución de los ODS, y en su informe de 2020 concluyó afirmando el papel esencial que tienen las empresas en la consecución de los ODS.⁴ Como indica REPM el papel de las empresas en la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible es clave, ya que España no cuenta con capacidad para hacer frente a las inversiones necesarias para la consecución de los objetivos sin por ello tener que desatender el gasto público.

En este sentido interesa analizar las estimaciones que realiza la Comisión Europea sobre el deficiente ratio inversor del sector público español, frente al ratio inversor de países como Francia, Alemania e Italia, y es por ello por lo que se viene argumentando que existe una doble velocidad de la inversión, donde Francia acumula durante la última década un volumen de inversión de 86473 millones de euros, seguida de Alemania con 74796 millones e Italia con 56128 millones, mientras que, la inversión pública en España se sitúa un 23% por debajo de la media de los países anteriores.⁵ Interesa aumentar la inversión pública no solo por motivos de mejora de calidad en la prestación de servicios o mejora de la calidad en las infraestructuras, sino que interesa especialmente por los efectos macroeconómicos que produce. En este sentido, la inversión pública activa la economía ya que actúa como un motor. El efecto más claro se produce sobre el empleo, por ejemplo, a la hora de construir infraestructuras se genera empleo directo y empleo indirecto, como

² Plan de acción para la implementación de la Agenda 2030, *Hacia una Estrategia Española de Desarrollo Sostenible*.

³ En el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, el Gobierno de Aragón creó en el año 2019, el Comisionado para la Agenda 2030, quien encarga de evaluar y de hacer seguimiento a la consecución de los ODS en Aragón. El Ayuntamiento de Zaragoza, difunde una declaración institucional sobre una “Hoja de ruta del Ayuntamiento de Zaragoza para la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible”, en la que se declara la adherencia de la ciudad de Zaragoza a la Agenda 2030. Además, el Ayuntamiento de Zaragoza va más allá, por ello en Agosto de 2021 se preparaba para lanzar su Agenda Urbana 2030, que gira entorno a objetivos sociales, económicos y ambientales, alineada con la Agenda Urbana Española y con la Agenda 2030 en plano Europeo.

⁴ Red Española del Pacto Mundial (REPM) «Comunicando el Progreso 2020: una llamada a la acción sostenible y al reporte empresarial».

⁵ *El Economista*, «La doble velocidad de la inversión de España y Europa», 2021. [La doble velocidad de la inversión de España y Europa \(eleconomista.es\)](https://www.eleconomista.es)

por ejemplo de fabricantes de hierro, cemento, constructoras, etc. Además de tener efectos sobre el empleo, el incremento de la inversión pública multiplica el crecimiento económico del país, la inversión privada, y en suma crea una mayor productividad de todo el tejido empresarial y un país más competitivo.

En lo que respecta a este trabajo, nos vamos a centrar en concreto en el ODS 12, el 16 y el 17.

Objetivo número 12 “Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles”, y dentro de este la meta 12.7 “Promover prácticas de contratación pública que sean sostenibles, de conformidad con las políticas y prioridades nacionales”⁶.

Objetivo número 16, “Paz, justicia e instituciones sólidas: Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas” y dentro de este la meta 16.5, “reducir considerablemente la corrupción”.⁷

Objetivo número 17, “Alianza para lograr los objetivos”, esto es alianzas entre los actores para contribuir a los ODS, trabajar en colaboración sector privado con sector público y sociedad civil⁸.

Más que la teoría de los ODS interesa su puesta en práctica, sus consecuencias prácticas, y es que en lo que interesa a este trabajo los ODS inciden, como indica J.M., GIMENO FELIU, en como los poderes adjudicadores diseñan el contrato⁹. Es por ello que interesa mirar a largo plazo y transformar la cultura de la contratación, y en línea con los ODS impulsar la contratación pública estratégica, para lograr una nueva visión sostenible, socialmente responsable y que genere valor.

⁶ Página Web del Gobierno de España, Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, *Objetivo 12. Producción y consumo responsables*. <https://www.agenda2030.gob.es/objetivos/objetivo12.htm>

⁷ Página Web del Gobierno de España, Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, *Objetivo 16. Paz, justicia e instituciones sólidas*. <https://www.agenda2030.gob.es/objetivos/objetivo16.htm>

⁸ Página Web del Gobierno de España, Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, *Objetivo 17. Alianzas para lograr los objetivos*. <https://www.agenda2030.gob.es/objetivos/objetivo17.htm>

⁹ GIMENO FELIU, J.M., *Los retos del futuro de la contratación pública: los ODS y la experiencia de la pandemia*. ObCP. Septiembre 2021.

2. Contexto: Crisis de confianza y necesidad de mejor transparencia e integridad

Ya se ha mencionado anteriormente que uno de los ODS, el número 16, busca promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas. Este objetivo está muy relacionado con la contratación pública. La contratación pública representa una parte sustancial del dinero de los contribuyentes a nivel mundial, y sigue siendo la actividad más vulnerable al despilfarro, el fraude y la corrupción. Si atendemos a los datos que pone de manifiesto la Alianza para el Gobierno Abierto (Open Government Partnership)¹⁰ supone alrededor del 50% del gasto total de un gobierno típico en países de ingresos bajos y medianos, y cerca del 30% en países de altos ingresos. La corrupción distorsiona un sistema de adjudicación justo, limita la igualdad de oportunidades entre licitadores, perjudicando la competencia y en consecuencia, disminuyendo la calidad de las obras, suministros y servicios públicos, lo que acaba también socavando la confianza en las instituciones públicas. Los datos económicos proporcionados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia¹¹ indican que la contratación pública tiene un peso sobre el PIB cerca de un 20%. De ese importe, la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia (CNMC) estimaba que al menos 48.000 millones de euros del importe de las contrataciones hay que asociarlo a sobrecostes causados por la falta de transparencia y competencia en la contratación pública. Dicho importe representa aproximadamente el 4,5% del PIB. De estos datos se desprende la importancia de la transparencia, transparencia encuadrada en el objetivo número 16 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).¹²

En la actualidad en España parece apreciarse, en nuestra opinión, que existe una deficiente cultura de lo público unida a la gran incertidumbre de la ciudadanía acerca de la actuación del poder público. En esta situación se debilita el pilar básico de la democracia

¹⁰ The Skeptic's Guide to Open Government, p.34.

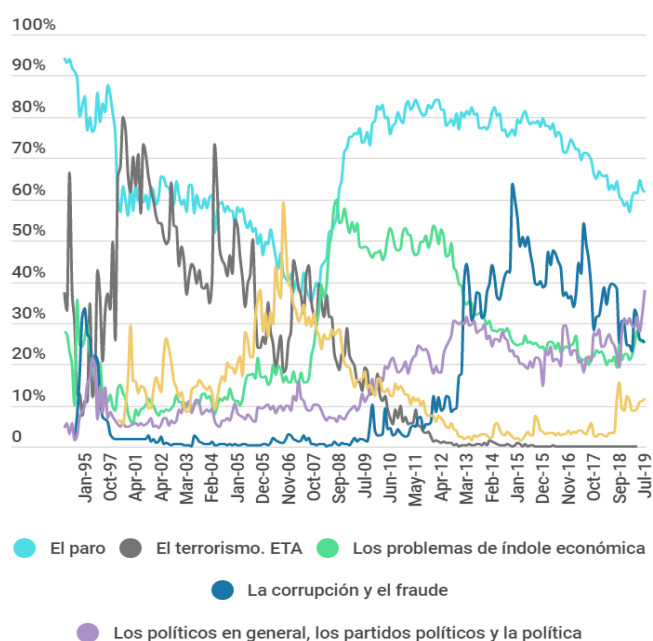
¹¹ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, G-2019-02, *Guía sobre contratación Pública y Competencia, Fase 1: La planificación de la contratación pública*.

¹² GIMENO FELIU, J.M., «Los objetivos de sostenibilidad e inclusividad de la Agenda de las Naciones Unidas y su incidencia en la contratación pública. De las ideas a la acción», en *La Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Claves 32. PP. 67-89.

representativa: la confianza de los ciudadanos. Los ciudadanos depositan su confianza en unos representantes y a su vez en unas instituciones y en estos dos últimos descansan la toma de decisiones que van a afectar a todos los ámbitos de la vida del ciudadano, desde la educación, a la salud, entre otros. Tras muchos años de situación política, pública, e institucional convulsa, la confianza de los ciudadanos se ha visto fracturada y es por ello que deben abrirse nuevas vías para lograr un buen funcionamiento del sistema, de lo público, y de toda la democracia.

A modo ejemplificativo, los datos del barómetro de Julio de 2021 del Centro de Investigación Sociológica (CIS), indican que la corrupción se encuentra entre los principales problemas que preocupan a los españoles, junto con el desempleo, la crisis económica y el coronavirus.¹³

Figura 1: Principales problemas de los Españoles.



Fuente: Centro de investigaciones sociológicas (CIS).

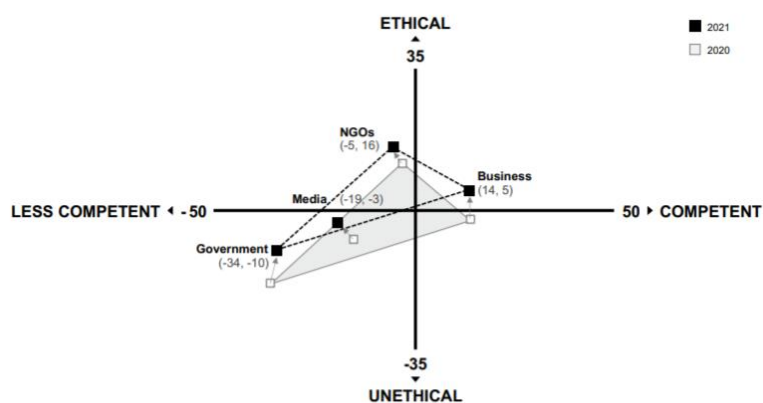
En el gráfico (Figura 1) podemos observar que la corrupción empieza a ser un problema cada vez más importante para los españoles desde el año 2011, siendo desde 2013 el segundo problema para los españoles, y manteniéndose hasta el año 2018 en el segundo puesto, descendiendo actualmente en la escala hasta el puesto 14º debida a la crisis sanitaria COVID-19 de acuerdo con el barómetro de enero de 2021. No obstante estos datos no apuntan a que los españoles ya no se preocupan por la falta de transparencia y la

¹³ Centro de Investigaciones Sociológicas, barómetro de julio 2021.

corrupción, sino que, ante una situación social y económica radicalmente distinta a la del año 2018 surgido a causa de la actual crisis y pandemia. Por tanto, tras analizar la evolución de los principales problemas de los españoles a lo largo del tiempo, parece apreciarse que el problema de la corrupción es más estructural que coyuntural.

Además de las investigaciones llevadas a cabo por el CIS, interesa el barómetro de confianza de Edelman, que mide anualmente el nivel de confianza de los ciudadanos de 28 países en 4 grandes actores que se consideran prioritarios: Gobierno, empresas, medios de comunicación y ONGs. En el siguiente gráfico (Figura 2) se introducen los resultados que concluyen el informe.¹⁴

Figura 2: Confianza de los ciudadanos en cada uno de los agentes.



Fuente: Informe barómetro de confianza de Edelman 2021.

El único agente visto como competente y ético son las empresas, situado en el cuarto cuadrante del gráfico. De acuerdo con los datos para 2021, las empresas son las que más confianza generan 52%, en segundo lugar las ONGs 51%, medios de comunicación 42% y gobiernos 34%. En este estudio se concluye con la siguiente frase, *Partnership: an opportunity to build trust*, esto es, asociación una oportunidad para construir confianza. Es necesaria la colaboración entre gobierno y empresas para reforzar la confianza, en línea con el ODS 17 donde se establece la alianza para lograr los objetivos.

¹⁴ Edelman Trust Barometer 2021, Informe sobre el barómetro de confianza de Edelman. Año 2020 y año 2021. <https://www.edelman.com/trust/2020-trust-barometer> <https://www.edelman.com/trust/2021-trust-barometer>

En este sentido, es esencial reforzar la transparencia y la integridad. La corrupción no es un tema nuevo, ha existido a lo largo de toda la historia y muy probablemente parece que así seguirá siendo. En contraposición con el concepto de corrupción y en línea con la transparencia se busca la integridad, integridad que engloba todas aquellas medidas y prácticas encaminadas a reducir o dificultar las prácticas corruptas y a favorecer el buen funcionamiento de la administración.¹⁵

Además tenemos que tener en cuenta que no solo hablamos de corrupción cuando surgen grandes escándalos públicos, sino que, estas prácticas van surgiendo de manera progresiva y son una realidad que afecta a todos, es por ello que a la hora de confeccionar políticas anticorrupción, se ha de buscar que la integridad esté presente en todas las fases del procedimiento.¹⁶

3. Contratación pública estratégica.

La idea de la contratación pública estratégica no es una novedad de nuestros días, sino que ya en **1996, el Libro Verde de la Comisión Europea** sobre contratación pública “Reflexiones para el futuro”¹⁷, pese a no mencionar como tal el concepto de contratación estratégica, contemplaba la posibilidad de incluir cuestiones de índole social en la contratación, en línea con el antiguo artículo 2 TUE (actual artículo 3 TUE), que buscaba velar por el pleno empleo, el progreso, protección social y la mejora de la calidad del medioambiente. Esta idea se va consolidando, y ya no solo se van a tener en cuenta aspectos relativos al precio en la contratación, sino que se va a atender a otros criterios como los sociales y sobre todo al criterio de la calidad.¹⁸

¹⁵ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., *Contratación pública y transparencia*, Wolters kluwer, 2016.

¹⁶ MIRANZO DÍAZ, J., *La prevención de la corrupción en la contratación pública*, Wolters Kluwer, 2019.
GIMENO FELIU, J.M., *Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y transparencia*, y *El necesario bing-bang contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control*, en *Revista Internacional de transparencia e integridad*, N°65, 2020.

¹⁷ Libro Verde Comisión Europea, *La contratación pública en la Unión Europea, Reflexiones para el futuro*, 1996.

¹⁸ PERNAS GARCÍA, J.J., *Compra Pública Estratégica*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.

J.M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014. GIMENO FELIÚ, J.M., «*Compra pública estratégica*», en PERNAS GARCÍA J.J., (Dir.) *Contratación Pública Estratégica*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2013.

Tras las Directivas **2014/23/UE**, **2014/24/UE** y la nueva **Ley de Contratos del Sector Público 9/2017, de 8 de Noviembre**, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas mencionadas se empieza a adoptar una visión de la contratación pública estratégica, ya que se consolida la idea de que, a través de la contratación se realiza una clara intervención en la economía, en la política y en todo el plano social. Es por ello que interesa unir en este trabajo la consecución de los ODS, objetivos predominantemente de carácter económico y social, con la contratación pública. En esta línea es interesante el Informe 1/2015, de 17 de Marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre integración de aspectos sociales y medioambientales en la contratación, así como el Acuerdo 72/2016 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que considera que las condiciones sociales y laborales forman parte del objeto de una licitación pública.

Estas directivas forman parte de la denominada “*Estrategia Europa 2020: Estrategia de la UE para el crecimiento y la ocupación*”¹⁹, con la que se busca la recuperación económica, el crecimiento y la creación de ocupación. En este sentido, la Directiva 2014/23 recoge que “*la contratación pública desempeña un papel clave en la estrategia Europa 2020*”, estrategia establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de Marzo de 2010 “*Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*”. La estrategia busca un crecimiento inteligente apoyado en innovación, sostenible en la búsqueda de una Europa más verde y con mejor gestión de recursos, e integrador buscando la cohesión económica social y territorial. En estas Directivas y en la Directiva 2014/25/UE, se concibe la contratación pública como un instrumento para lograr el crecimiento y la recuperación, a la vez que se consigue un mejor y más eficiente uso de los fondos públicos. En las mismas también se busca impulsar la contratación pública estratégica y utilizar la compra pública de manera horizontal, para conseguir fines de otras políticas públicas sociales y ambientales, como por ejemplo el apoyo a pymes, promover oportunidades de empleo, inclusión, comercio justo, etc.

Gran parte de la inversión pública en España va destinada a contratación pública, en términos numéricos supone cerca de un 20% del PIB en España, y de acuerdo con los datos de la Comisión Europea en su Comunicación *Conseguir que la contratación pública funcione a Europa y para Europa*, la contratación pública representa en torno a un 14%

¹⁹ Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010, *Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*.

del PIB de la UE, lo que supone cerca de 2 billones de euros, por lo que, por ejemplo, como indica la comisión, un incremento de la eficiencia en la contratación en un 10% llevará a ahorros de 200.000 millones de euros²⁰.

Es necesario unir estos datos numéricos con las ideas mencionadas en el apartado anterior de crisis de confianza y necesidad de mejor transparencia. Es en este punto, a raíz de datos e información como la ahora explicada, cuando los ciudadanos se preguntan ¿Dónde va mi dinero? Debemos recordar que, a través de la contratación pública, se realizan acciones y políticas de intervención en la economía y en el plano social, y en este contexto los ciudadanos lo que buscan es ver satisfechas sus expectativas cuando pagan regularmente sus impuestos, satisfechas en forma de servicios públicos e infraestructuras de calidad, como por ejemplo, escuelas, ciudades inteligentes, carreteras seguras, infraestructuras adecuadas, atención sanitaria innovadora y eficaz, etc. En estos tiempos de crisis y de presupuestos ajustados, una adecuada organización y estrategia de contratación lleva a un menor despilfarro de recursos (o a ahorro, como indica la Comisión Europea en la comunicación introducida en los párrafos anteriores) y por ende eso llevará a más inversión y a más calidad en la prestación del servicio. Con este concepto de mayor ahorro o menor despilfarro no entiendo que haya que atender a una visión económica del contrato, sino que, el precio ha de tenerse en cuenta pero no con carácter prioritario sino que se ha de buscar la mayor calidad del servicio. La calidad se configura como elemento esencial tanto en la planificación contractual como en la gestión del contrato, además, establecer estándares de calidad permite comparar entre las distintas ofertas, algo que de otro modo se complica notablemente.²¹

Además de que se ha de buscar la mejor satisfacción del interés público poniendo el centro de atención en la calidad, *value for money*, también se ha de tener en cuenta que la contratación pública no solo tiene efectos en el usuario final (destinatario de la obra o servicio) , sino que también afecta a todas aquellas personas que son parte del proceso de la operación, como por ejemplo, la fase de producción/construcción de la obra o infraestructura que afecta a las empresas, fase de prestación del servicio que afecta a empresas, ciudadanos y administraciones públicas. Con esto quiero decir que no solo

²⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, COM/2017/0572, *Conseguir que la contratación pública funcione a Europa y para Europa*. 2017

²¹ GIMENO FELIU, J.M., *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017: sus principales novedades, los problemas interpretativos y posibles soluciones*. Thomson Reuters Aranzadi PP.217-236.

tenemos que poner el foco en el usuario final, y la contratación pública no solo tiene como fin la satisfacción del interés de este, sino que, se realizan acciones y políticas que inciden en multitud de fases, campos, entidades y personas, de manera que acciones adecuadas en materia de contratación afectarán de manera transversal a muchísimos ámbitos.

En esta línea también son interesantes las conclusiones del Consejo de la Unión Europea, de 30 de Noviembre de 2020, *Inversión Pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía resiliente*, en las que se resulta el papel de la contratación pública en la recuperación, y su contribución al crecimiento y a la generación de empleo. El Consejo insta a los estados a profesionalizar y a cualificar a los compradores públicos, para lograr una contratación eficiente que impulse la recuperación y esté preparada para futuras crisis. Insiste el Consejo en que los compradores públicos tienen que utilizar su poder adquisitivo de forma estratégica, y obtener una mejor relación calidad precio, y apoyar la transición hacia una economía más ecológica innovadora y circular.²² Estas conclusiones del Consejo, de 30 de Noviembre de 2020, parten de lo establecido en las Conclusiones del Consejo Europeo de 21 de Julio de 2020, en las que se establece que la recuperación económica europea necesitará grandes inversiones para lograr una recuperación sostenible y resiliente, crear empleo y reparar daños causados por la pandemia a la vez que se atienden prioridades ecológicas y digitales.²³

Por lo que, con una contratación estratégica, socialmente responsable y sostenible, es posible fomentar el empleo, la inclusión social, la igualdad, el trabajo digno, y en suma un crecimiento económico sostenible.²⁴

Al tratar la contratación pública estratégica, conviene recordar la previsión que incluye el artículo 1 apartado 3º de la LCSP 9/2017, que establece que en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato. Se insiste en esta idea en las

²² Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) Conclusiones del Consejo, de 30 de Noviembre de 2020, *Inversión Pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía resiliente*. (2020/C 412 I/01).

²³ Conclusiones del Consejo Europeo, de 11 de Septiembre de 2020, *Profundizar el mercado único para una recuperación sólida y una Europa competitiva y sostenible*, (10698/20).

²⁴ GIMENO FELIU, J.M., *La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: Hacia una contratación socialmente responsable y de calidad*. En *Revista Economía Industrial* núm. 415, 2020, pp. 89-97

disposiciones generales sobre la contratación del sector público, en el artículo 28.2 LCSP, donde se recoge que las entidades del sector público valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública. En esta línea es relevante la STJUE DE 30 de Enero de 2020, Tim spA, que destaca la importancia de los principios ambientales, sociales y laborales, y que entiende que estos principios son principios generales de los contratos públicos.

En todo caso, no se ha de perder la base de que la introducción de cláusulas sociales ha de respetar los principios básicos de la contratación pública, publicidad, proporcionalidad, concurrencia, no discriminación e igualdad de trato. Además estas cláusulas han de estar vinculadas con el objeto del contrato, como indica el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, Acuerdo 64/2013, de 6 de noviembre de 2013.

Por último, destaca la reciente Carta de Zaragoza: Manifiesto por una compra pública responsable, *dirigida a poderes públicos para el impulso de la compra medioambiental y socialmente responsable como herramienta para la promoción de una economía más justa, equitativa y sostenible*. Con esto se busca una nueva estrategia encaminada a la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la transformación económica de la UE a través del contrato.²⁵

²⁵ Observatorio de contratación pública, *Carta de Zaragoza: Manifiesto por una compra pública responsable*. 2021. <http://www.obcp.es/noticias/carta-de-zaragoza-manifiesto-por-una-compra-publica-responsable>

II. LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA: SU FUNCIÓN.

1. Concepto, aproximaciones y controversias.

Para abordar el tema de la colaboración público privada (CPP) en primer lugar tenemos que entrar en el ámbito conceptual. A este respecto, el concepto de colaboración público privada se plantea de manera difusa, y en este sentido coincide con la línea que se inclina por considerar que el concepto de CPP no es un concepto jurídico, que cuando se canalice tendrá que llevarse a la práctica a través de instrumentos jurídicos, sino que, es un concepto de gestión.²⁶ Esta precisión es esencial, ya que, no contamos con una definición cerrada en plano normativo de lo que es CPP.²⁷

A pesar de no contar con una definición normativa, un concepto jurídico de lo que es CPP, es importante introducir la definición que da la comisión europea en el Libro Verde “Sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones” de 2004, conforme a la cual la CPP “*se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio*”²⁸

Además, pueden identificarse ciertos aspectos comunes en las distintas definiciones dadas por la doctrina respecto a lo que debe entenderse por CPP, a este respecto, se entiende que en estos contratos existe un acercamiento entre el sector público y el sector privado, para llevar a cabo un proyecto costoso y con un plazo de ejecución amplio, y que unido a este coste y plazo, tiene una serie de riesgos que es necesario repartir entre las partes que van a llevar a cabo el proyecto.

Junto a esto, considero que es esencial disponer de un concepto jurídico determinado, una definición concreta sobre qué es lo que ha de entenderse por CPP, para generar seguridad jurídica.

²⁶Patricia Valcárcel, Catedrática de derecho administrativo de la universidad de Vigo. Congreso Internacional Contratación Pública, 11 de Noviembre 2021.

²⁷ Interesa en este tema el trabajo de BERNAL BLAY, M.A, *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas "paraconcesionales"*, Civitas, 2011, y PEIRÓ BAQUEDANO, A.I., *El sistema de reparto de riesgos en las concesiones: hacia una nueva gobernanza*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

²⁸ Libro Verde Comisión Europea *sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*.2004

La Comisión en el **Libro Verde Sobre la colaboración público-privada** y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones de 2004 enumera una serie de características sobre esta modalidad contractual.²⁹ Interesa, dada la falta de definición legal, la enumeración de las principales características que destaca la Comisión.

La Comisión entiende como elementos característicos, en primer lugar la duración larga de la relación entre sector público y privado, en segundo lugar el modo de financiación, en parte financiado por sector privado y puede completarse con financiación pública, en tercer lugar el papel del operador económico en las etapas del proyecto (participa en el diseño, realización, ejecución y financiación). El socio público define los objetivos a alcanzar para satisfacer el interés público, y garantiza el cumplimiento de los mismos. Por último el reparto de riesgos.

Una vez analizado el plano conceptual sobre la colaboración público-privada interesa analizar las distintas **aproximaciones** que se pueden hacer a la misma. Hay dos visiones sobre como el sector público se aproxima al sector privado en el ámbito de la colaboración público privada.³⁰

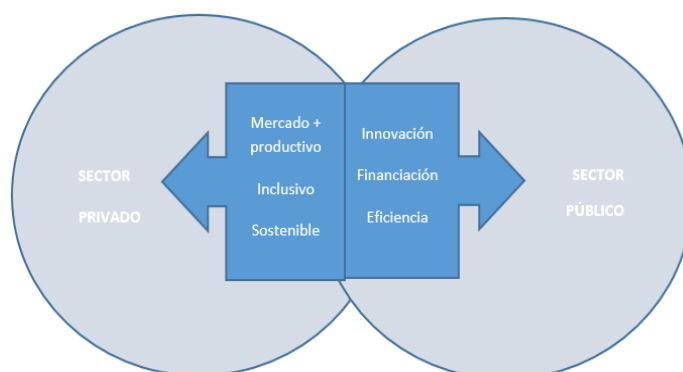
- a) **Reactiva**, como en el caso de Italia, Grecia, España. El gobierno se aproxima a la CPP focalizándose en la limitación del presupuesto público, adoptando una visión cortoplacista. Ante la falta de presupuesto, no se quiere ni déficit ni deuda pública mayor, por lo que para poder hacer frente a inversiones, proyectos y para la prestación de servicios, acude al sector privado. Además de por este motivo de estabilidad presupuestaria también se recurre a estas fórmulas para que determinadas operaciones no computen a déficit.
- b) **Estratégica**, como en el caso de Dinamarca, Suecia, Finlandia, donde se adopta una visión más proactiva de los conocimientos, capacidades y de los recursos que tienen los operadores privados, que lleva a los gobiernos a plantearse como pueden integrar esos recursos capacidades y conocimientos en los bienes y servicios público. En este sentido se toma como referencia lo conocido como *Value for Money*, donde en estos casos los poderes adjudicadores lo que buscan

³⁰ ESADE WEBINAR, Mónica Reig Retos de la Colaboración Público Privada, en https://www.youtube.com/watch?v=GJnKuU_4-Ew

GIMENO FELIU, J.M., TORNOS MAS, J., et al, *La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada*, Cámara de Comercio de Barcelona, Barcelona, 2018.

es obtener del sector privado un valor añadido, un valor superior que puede que la administración no pueda conseguir por falta de medios materiales o recursos financieros o conocimiento, y que aunque buscando ese valor pueda incurrir en mayor gasto, el incremento que obtiene de valor o de calidad compensa el incremento del gasto, por lo que se entiende más como una inversión que como un gasto propiamente dicho. Con esta aproximación el poder público además de tomar las ventajas de la colaboración público privada puede orientar y corregir determinados comportamientos de los agentes económicos y generar mercados más productivos, inclusivos y sostenibles. Por ejemplo mejorando las condiciones económicas y sociales de los trabajadores que colaboran en proyectos, o por ejemplo, incentivando la implementación de medidas medioambientales en las empresas privadas que colaboran. De esta forma se genera valor no solo en una dirección, del sector privado al público, sino de manera bidireccional, de un sector hacia el otro y viceversa. A día de hoy uno de los retos a los que se enfrenta la CPP es incorporar esta aproximación estratégica.

Figura 3: Que aporta la colaboración público privada a sector público y sector privado



Fuente: Elaboración propia

Interesa introducir un debate que se plantea en torno al tema, consistente en si la CPP supone o no privatización. De esta forma, uno de los principales problemas a los que se enfrenta la colaboración público privada, como ya se ha mencionado anteriormente, es la creencia ideológica de que supone una privatización. Tenemos que distinguir entre el concepto de privatización y externalización. Externalizar al sector privado la prestación de un servicio no supone privatizarlo, ya que, cuando se externaliza, el servicio sigue siendo titularidad de la administración, es decir, esta mantiene el control y vigilancia y es responsable de la prestación. Frente a esto, privatizar consiste en devolver una actividad

pública reservada anteriormente al sector público al régimen de mercado, sin que la administración sea responsable y garante de la prestación del servicio a los ciudadanos. Como bien indica G. MARCOU³¹, que el sector privado se encargue de financiación de inversiones, explotación de obras públicas o servicios públicos, no supone privatización, sino que, supone una serie de instituciones jurídicas que tienen como fin movilizar las inversiones privadas y el saber hacer industrial y técnico del sector privado, con el fin de proveer las infraestructuras, servicios y equipamientos necesarios para la sociedad.

En todo caso lo que ha de predominar, como bien considera J.M.,GIMENO FELIU, es **el estado garante**, que busque la satisfacción de este interés público con bienes y servicios de calidad independientemente de que sean prestados por el sector privado o público. Estado garante entendido como aquel responsable de asegurar la prestación de servicios, el Estado mantiene una posición activa a la hora de regular, dirigir y controlar la prestación del servicio, pese a que no lo preste directamente.³²

2. Motivos de uso de la CPP.

Como hemos anticipado la CPP permite hacer frente a proyectos que se retrasarían o se llevarían a cabo con menos calidad o nunca se llegarían a llevar a cabo si tuviesen que ser financiados con dinero público. Además, el progresivo aumento de los servicios que presta la administración pública ante la falta de medios suficientes también incentiva el uso de las fórmulas de CPP. Ya sea por aumento del número de servicios que presta la administración o por incrementos demográficos en el número de habitantes a los que dirigirse.

Uno de los principales motivos por los que se ha recurrido a esta fórmula es la estabilidad presupuestaria. Muy unido a este motivo, se encuentra el hecho de que presupuestariamente el modelo de colaboración público-privada es neutral, de acuerdo con las reglas de contabilidad SEC 2010, en el sentido de que estos proyectos no computan a déficit. Así pues, dado el deficiente ratio inversor de España frente al de la UE, para el desarrollo de infraestructuras medioambientales, sociales, transportes y

³¹ G.MARCOU, «La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos», en A. RUIZ OJEDA Y J.GOH (director), *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España*”, Civitas, Madrid, 2000, PP. 27-90.

³²GIMENO FELIU, J.M., TORNOS MAS, J., et al, *La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada*, Cámara de Comercio de Barcelona, Barcelona, 2018. PP. 86-89.

energéticas, en las que se requiera una fuerte innovación e inversión, la CPP va a ser la única vía de acción.

No obstante, no solo podemos atender a la vertiente económica, poniendo el foco en que el sector privado solo aporta capital o financiación, sino que, el sector privado aporta sus conocimientos, habilidades, experiencia, sus competencias nucleares. Esta idea está muy interiorizada dentro del sector privado, ya que la empresa observa que es lo que es capaz de hacer y lo integra verticalmente, y lo que no es capaz de hacer de manera eficiente lo externaliza y acude al mercado a adquirirlo. Además de este conocimiento o saber hacer del sector privado, la colaboración público-privada también es una forma de compartir riesgos, de apostar por la innovación, mejorar la cobertura de servicios públicos y apostar por la calidad, en línea con el principio *win-win* donde todos ganan.

No debemos olvidar que también están presentes los motivos de tipo político e ideológico. Tradicionalmente han existido distintas posturas acerca de cuál ha de ser la función del estado, y como ha de ser la relación entre este y la sociedad. Un estado protector/estado mínimo/ liberal, que entiende que el peso del sector público ha de ser mínimo (el estado debe proveer ley orden, y otros bienes y servicios que el sector privado no puede proveer, bienes públicos, monopolio natural...), estado provisor que concibe el papel del estado un paso más allá del estado mínimo (hay otros servicios y bienes que tiene sentido que preste el sector público) y por último podríamos hablar de un estado colaborador, que es más partidario de colaborar con el sector privado. Tiene que predominar el estado garante que busque la satisfacción de este interés público con bienes y servicios de calidad independientemente de que sean prestados por el sector privado o público.

Podemos aducir, como se ha anticipado anteriormente, también un motivo demográfico que podría incentivar el recurso a estas fórmulas de CPP, ya que en los últimos años ha habido un relativo incremento demográfico, en el número de habitantes de los distintos municipios, de forma que el aumento del número de personas a las que atender o prestar el servicio puede ser un motivo por el que la administración se decante por estas fórmulas de colaboración.

A raíz de la crisis sanitaria reciente ocasionada por el Covid-19, se ha vuelto a poner en bandera el uso de las colaboraciones público privadas en situaciones de urgencia. En este contexto se recurre a fórmulas de colaboración público privada por necesidad o urgencia de ciertas prestaciones o infraestructuras. La Administración pública tiene menos flexibilidad o una mayor complejidad formal a la hora de adaptarse a una nueva situación

urgente, por lo que, la colaboración con el sector privado permite tener una más rápida capacidad de respuesta y de adaptación. En este sentido interesa el Real Decreto-Ley 36/2020³³, en el que se establece que la colaboración público-privada, será la clave para la ejecución de los proyectos contemplados en el Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia.³⁴

Otro de los motivos que fundamentan el uso de las fórmulas de colaboración público-privada es que, en el plano de innovación, las empresas privadas hacen importantes esfuerzos de inversión en I+D+i, por lo que este contexto más innovador y de mejora continua en el que se mueven las empresas, pone en manos del sector público con el que colaboran ciertas innovaciones que van a derivar en una mejor y eficiente prestación, o simplemente en una prestación más innovadora. De esta forma, podríamos decir que el sector público se beneficia de ese esfuerzo innovador que hacen las empresas sin tener que hacer ese esfuerzo en investigación y en inversión.

Después de haber tratado los motivos que fundamentan el recurso a fórmulas de colaboración público-privada, también podemos hacer referencia a los beneficios que estas fórmulas traen al sector privado. El socio privado, puede aprovechar economías de escala, alcance y experiencia que supongan una notable disminución en sus costes, puede generar más empleo en el sector privado, puede ser una forma de diversificar riesgos, de acceder a proyectos a los que no accedería si no fuera por iniciativa del sector público, etc.

Actualmente es patente que la crisis ha afectado a la capacidad de obtener recursos públicos para hacer frente a proyectos y políticas públicas, por lo que es esencial dar un impulso al instrumento de CPP. Si sector público y privado colaboran, trabajan juntos, van a crear un valor público añadido, por lo que el debate de colaborar o no, unido a ciertos escepticismos e ideologías debe quedar desterrado, ya que lo esencial no debe ser quien presta el bien/servicio, sino que, se ha de poner atención en proporcionar bienes y

³³ Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

³⁴ Interesa especialmente en este tema la monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública, BERNAL BLAY, M.A., NAVARRO MOLINES, G., *Fondos Europeos para la recuperación, transformación y resiliencia: ejecución y auditoría*. De igual modo interesa en este tema, GIMENO FELIU, J.M., *Los fondos Europeos "Next Generation" como elemento de transformación de la gestión de la contratación pública: hacia una nueva cultura funcional y no formal*, Revista Española Derecho Administrativo 214, 2021.

servicios de calidad, y en satisfacer el interés público, interés que se satisface tanto por el sector público como por el sector privado. No obstante, no siempre tiene porque ser así, sino que habrá que atender caso por caso, ya que, ni una gestión indirecta es más eficiente siempre ni una gestión directa es mejor ya que no hay estudios empíricos que lo constaten.

Como se ha mencionado en este apartado, uno de los motivos que fundamentan el uso de las fórmulas de CPP es el motivo de estabilidad presupuestaria, por su relevancia pasa a explicarse en el siguiente subapartado.

2.1 Motivos: Estabilidad Presupuestaria: Deuda pública y déficit público, España Vs UE.

La estabilidad presupuestaria impulsa las fórmulas de CPP. Entre los motivos por los que se recurre a las fórmulas de CPP, se ha mencionado que esta fórmula ha permitido llevar a cabo proyectos sin afectar al déficit público ni generar deuda pública. Lograr la estabilidad presupuestaria es un gran reto para los estados, sobre todo en tiempos de crisis como los actuales, estabilidad que se recoge como principio en el art 126 TFUE, donde se establece que *los estados miembros evitaran déficits públicos excesivos*. Tenemos que recordar en este punto que la Unión Europea fija unos criterios de convergencia para el acceso de los estados a la zona euro (a la UME), entre los cuales se encuentra que el déficit público no debe superar el 3% del PIB del país, y la deuda pública no debe ser superior al 60% del PIB del país. En nuestro ordenamiento jurídico el art. 135 CE recoge el principio de estabilidad presupuestaria.

Si atendemos a la evolución del déficit en España, Tabla 1, el déficit se sitúa en un 11% para 2020. Claramente este dato supera con creces los límites fijados por la UE. En 2021, con los datos del segundo trimestre, la deuda pública sobre el PIB el déficit de España supone el 7,3% del PIB, siendo la tasa de déficit público más elevada de toda la UE.

Tabla 1: Evolución del Déficit Público en España, y déficit como porcentaje sobre el PIB.

AÑO	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	
DÉFICIT	-7520	-3189	-2374	-3009	-941	11421	21322	20287	-50731	-120576	
DÉFICIT/PIB	-1,2%	-0,5%	-0,3%	-0,4%	-0,1%	1,2%	2,1%	1,9%	-4,6%	-11,3%	
AÑO	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
DÉFICIT	102193	103606	110696	71791	61056	55786	47953	35273	30044	35763	-122900
DÉFICIT/PIB	-9,5%	-9,7%	-10,7%	-7,0%	-5,9%	-5,2%	-4,3%	-3,0%	-2,5%	-2,9%	-11,0%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados por el Banco de España y por el INE.

Existe cierta contradicción de objetivos entre estos criterios de convergencia para acceder a la zona euro, ya que, por un lado se busca el crecimiento en toda la UME, lo que implica necesariamente aumentar la inversión pública, tanto en servicios públicos, como para la construcción, funcionamiento, o mantenimiento, y por otro lado se busca que no aumente el endeudamiento público ni el déficit. Ante esta contradicción es necesario buscar nuevas vías de actuación, una de ellas la CPP.³⁵

La elección del tipo contractual entre contrato de servicio u obra o concesión de servicio u obra no solo tiene en cuenta aspectos jurídicos, sino que también se tienen en cuenta las consecuencias económicas y presupuestarias y contables que derivan para el sector público. Es por ello que tradicionalmente se ha utilizado la vía concesional para lograr la estabilidad presupuestaria.

3. Posibles problemas de la CPP y cómo afrontarlos.

Uno de los problemas que tradicionalmente se ha vinculado al uso de la fórmula de colaboración público privada es el posible conflicto entre la visión empresarial y la visión del sector público, ya que, el sector privado actúa bajo su principal objetivo que es la maximización de beneficio y el sector público ha de actuar bajo la premisa de prestar bienes y servicios de calidad. Este conflicto entre maximizar beneficio y lograr la mejor calidad se puede solucionar o disminuir a través del contrato, un contrato que garantice un nivel de calidad, y a través de la actuación de policía de la Administración y de control de la ejecución. Además la visión del sector privado sobre el beneficio puede ser adecuada para la Administración, ya que la empresa solo va a trabajar en aquellos negocios que

³⁵Llama la atención a nivel local los datos de **Zaragoza**, recogidos en el informe que elabora cada año el Banco de España sobre la deuda de las corporaciones locales, que cifra la deuda del Ayuntamiento de Zaragoza en 701 millones de euros en Diciembre de 2020, de los cuales 128 provienen de la concesión del tranvía, como se mencionará más adelante en este proyecto hubo una mala previsión y asignación de riesgos, y se elaboraron planes de viabilidad económico financieros muy alejados de la realidad. Esta cifra de deuda solo es superada por el Ayuntamiento de Madrid con 1950 millones y Barcelona con 801 millones. Es la ciudad de España con más deuda pública por habitante, 1028€, seguida por Madrid con 584,75€. Datos extraídos del portal institucional del Ministerio de Hacienda y Función Pública, *estudio sobre la Deuda viva de las entidades locales*. Igualmente en la página web del Ayuntamiento de Zaragoza, en el portal de Transparencia. Heraldo de Aragón, *Zaragoza sigue siendo la gran ciudad con más deuda por habitante y apenas la redujo en 2020*,

<https://www.heraldo.es/noticias/aragon/zaragoza/2021/04/10/zaragoza-sigue-siendo-la-gran-ciudad-con-mas-deuda-por-habitante-y- apenas-la-redujo-en-2020-1483860.html>

sean rentables, y así podría evitarse la ineficiencia o la escasa rentabilidad derivada en muchos casos de fijar precios de licitación que no se corresponden con la realidad.

En el ámbito de la CPP pueden surgir problemas desde el punto de vista de la competencia ya que la colaboración podría ir más allá de lo necesario para llegar al objetivo final perseguido con el contrato y podría llegar a eliminar los incentivos a la competencia entre las empresas. Por ejemplo, una duración excesivamente larga de una concesión lleva a un cierto cierre del mercado, y por tanto supone un límite a la libre competencia, a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios. En definitiva, pueden surgir riesgos de comportamientos anticompetitivos, y por ello es necesaria la transparencia, observancia, vigilancia y el ejercicio funciones de policía por parte del sector público³⁶. En esta línea es esencial la neutralidad competitiva, principio de neutralidad, que lo que explica es que las empresas han de competir en sus méritos y no beneficiarse de ventajas indebidas.³⁷ Otro de los problemas que algunos apuntan, es que en ocasiones se dan ciertas prácticas de opacidad lo que puede derivar en falta de transparencia en la negociación de los contratos.

Como ya se ha mencionado, uno de los motivos que explican el uso de la colaboración público-privada es el relativo a la falta de recursos, de manera que puede devenir en un problema utilizar las fórmulas de CPP, en especial la figura concesional, únicamente en casos de escasez de recursos, es decir, por motivos de estabilidad presupuestaria cuando se carece de capacidad de endeudamiento suficiente o como instrumento para diferir la imputación al déficit público. Si únicamente se acude a estas fórmulas por este motivo, corremos el riesgo de tomar la aproximación reactiva anteriormente analizada, y adoptar una visión cortoplacista, que no permite lograr una mejora estructural sino que se centra en alcanzar objetivos en el corto plazo, y que puede suponer realizar operaciones que no van a ser eficientes en el largo plazo.

Fundamentalmente los problemas que surgen en torno a la CPP son regulatorios, donde, en España concretamente, el marco regulatorio ha pecado en ocasiones de deficiencias importantes. Por ejemplo, en el caso de fracaso de la operación, tomando como ejemplo el famoso caso de las Radiales de Madrid, en la anterior regulación si la operación

³⁶ Cani Fernández Vicién, Presidenta de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el Congreso Internacional de Contratación Pública, 11 de Noviembre de 2021.

³⁷ Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), 31 de Mayo de 2021, *recomendaciones sobre neutralidad competitiva*.

fracasaba cualquiera que fuera la causa, incluso si era a causa imputable del concesionario, se indemnizaba al concesionario. A partir de 2015 se diferencia, de manera que, si la causa del fracaso es imputable al concesionario, la indemnización que recibirá será la resultante de subastar en el mercado esa concesión y obtener el valor que se le de, que en muchas ocasiones puede ser nulo, de manera que no hay ningún aseguramiento de que se vaya a recuperar la inversión realizada y por tanto sigue presente el riesgo operacional transferido.

En este sentido, el artículo 280 LCSP regula los efectos de la resolución de la concesión. En el apartado segundo establece que cuando se produzca la resolución por causa no imputable a la administración, el importe a abonar al concesionario será el que resulte de la valoración de la concesión conforme a lo dispuesto en el artículo 281. Cuando la resolución de la concesión es imputable al concesionario queda limitada la Responsabilidad patrimonial administrativa (RPA), mientras que, si es imputable a la administración es cuando produce sus efectos la RPA³⁸, para evitar incertidumbres que pudiesen detraer las inversiones hacia estas fórmulas contractuales. Interesa comentar brevemente en que consiste la RPA, y conforme expone P.VARCÁRCEL, *la RPA se refiere a la obligación que incumbe a la Administración de indemnizar al concesionario por la extinción anticipada o resolución de la concesión y desempeña un papel fundamental en el reparto de riesgos y, con ello, en los incentivos que puede tener una empresa para participar en una licitación, así como para diseñar la oferta que formule*³⁹. La RPA debemos ligarla al equilibrio financiero del contrato, en el sentido de que, las obligaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir, tienen que resultar equivalentes en el plano económico.⁴⁰

³⁸ En el anterior TRLCSP, se permitía una limitación excesiva del riesgo operacional a través de la RPA, de manera que si el proyecto resultaba poco rentable, bastaba con que el concesionario renunciara unilateralmente al mismo para que, recuperase las inversiones no amortizadas mediante el abono de la administración concedente. Una vez derogado el TRLCSP, la LCSP 9/2017 establece que, los contratos se extinguen por cumplimiento o por resolución, y la RPA entra a funcionar en el segundo caso. PEIRÓ BAQUEDANO, A.I., *El sistema de reparto de riesgos en las concesiones: hacia una nueva gobernanza*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019. P.250, 251.

³⁹ VARCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº74, 2018, P.60.

⁴⁰ GIMENO FELIU, J.M., «La cuestión del re-equilibrio financiero del contrato en el contrato de gestión de servicios públicos (concesión de servicios) y de concesión de obras públicas», en GIMENO FELIU, J.M. (Director), *Observatorio de los contratos públicos 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.PP.76-88.

Unido al problema de la deficiente regulación, encontramos que en muchas ocasiones en los contratos se hace una inadecuada definición de los riesgos ya que falta de concreción en la definición, identificación y asignación. De acuerdo con los principios económicos, el riesgo ha de ser asumido por quien tiene mayor capacidad de asumirlo. En este problema de falta de identificación correcta de los riesgos e inadecuada asignación, podemos traer a colación, una vez más, el caso de las radiales de Madrid, en el que hubo una mala estimación de la demanda, de manera que al no identificarse correctamente los riesgos y no asignarse estos adecuadamente, resultó en una serie de sobrecostos y problemas difíciles de asumir.

Además de problemas en la identificación, concreción, y asignación de los riesgos, en ocasiones se hacen estudios de viabilidad económica financiera poco realistas. En muchas ocasiones estos estudios están sobredimensionados y condicionados por la voluntad política, de manera que, en ocasiones si la voluntad política es sacar adelante la concesión los estudios de viabilidad iban en ese sentido para poder sacar el proyecto. Tomo una vez más para ejemplificar este problema el caso de las radiales de Madrid, y también el claro ejemplo de la mala previsión de viabilidad económica financiera del Tranvía de Zaragoza.

Otro de los problemas a los que nos enfrentamos es la falta de profesionalización en la contratación pública. La contratación pública adquiere complejidad, por lo que son necesarios niveles profesionales altos. Ya se ha mencionado anteriormente, que el Consejo Europeo, en sus recomendaciones de 30 de Noviembre de 2002, insta a los estados a profesionalizar y a cualificar a los compradores públicos, para lograr una contratación eficiente.⁴¹

Como muestra de la falta de profesionalización de los compradores públicos, como bien apunta BERNAL BLAY M.A.⁴², podemos tomar como un posible indicador la tasa de éxito de los recurrentes ante los órganos de recurso especial en materia de contratación, ya que estos dan en su memoria información sobre estas cuestiones y la media de éxito de los recurrentes esta entorno al 35%, es decir, en el 35% de los recursos que se interponen ante los órganos de recurso especial en materia de contratación se acaba reconociendo que hay errores o vicio en el procedimiento. Este problema lo podemos unir

⁴¹ DE GUERRERO MANSO, C., «*La imperiosa necesidad de profesionalización como clave del éxito en la contratación pública.*» en GIMENO FELIU, J.M., (director), DE GUERRERO MANSO, C., (coordinadora) Observatorio de los Contratos Públicos 2020, Thomson Reuters Aranzadi, 2020. P.91

⁴² BERNAL BLAY, M.A., en Congreso Internacional de Contratación Pública. 11 de Noviembre 2021.

con el problema de la deficiente identificación y asignación de los riesgos, de manera que, una adecuada profesionalización favorecería la buena identificación y asignación de riesgos, lo que llevaría a un claro aumento de seguridad jurídica. También unido al problema de la falta de profesionalización se encuentra la falta de conocimiento del mercado por parte de los compradores públicos, ya que estos en ocasiones no conocen como funciona el mercado. En este sentido, si no se sabe que se va a comprar es un problema, pero sobretodo porque se va a comprar con dinero de todos, de manera que si se toman decisiones y se compromete el presupuesto público hay que estar capacitado, profesionalizado, saber a dónde te diriges y cómo vas a llegar hasta ahí.

En muchas ocasiones se denuncia la falta de control en la prestación del servicio, que podría perjudicar el interés público. En este sentido es necesario adoptar adecuadas funciones de policía y de control de la ejecución.

Finalmente, y unido a los problemas que entraña sobre la competencia ya mencionados, otro de los problemas de estas fórmulas de colaboración es la existencia de plazos de duración excesivamente largos. A este respecto, tanto la Directiva 23/2014 UE como la LCSP coinciden en que, el plazo ha de ser el necesario para el retorno de la inversión, por lo que plazos de duración más allá de esto podrían llevar a cierres de mercado.⁴³

4. Regulación de la Colaboración Público-Privada.

A la hora de analizar la regulación de las Colaboraciones público-privadas, principalmente la regulación de las concesiones, tenemos que atender a las Directivas 23/2014 UE, 24/2014 UE, y su transposición al Ordenamiento Jurídico Español a través de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Esta nueva generación de Directivas supone un cambio fundamental en la regulación de las CCPP, reguladas anteriormente en la Ley de Contratos del Sector Público 3/2011.

⁴³ GIMENO FELIU, J.M., TORNOS MAS, J., et al, «El nuevo régimen de las concesiones», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n°74, 2018, p.29. GIMENO FELIU, J.M., TORNOS MAS, J., et al, *La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada*, Cámara de Comercio de Barcelona, Barcelona, 2018, p.25.

4.1 CPP en la Directiva de concesiones 23/2014 UE, definición de concesión de obra y de concesión de servicio. Regulación en la LCSP 9/2017.

A) Regulación CPP en la Directiva de concesiones 23/2014 UE

La Directiva 2014/23 UE de 26 de febrero, en su artículo 5 define las concesiones, tanto la concesión de obras como la de servicios, “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*”⁴⁴. Este concepto de concesión de obras tiene una característica respecto a el contrato de obra, y así se expone también en la comunicación interpretativa de la Comisión, de 12 de abril de 2000 (2000/C121/02)⁴⁵, advierte que en la directiva 93/37/CEE se define la concesión de obras partiendo de la definición de contrato de obras, añadiendo una característica distintiva, la contrapartida es el derecho a explotar la obra o este derecho acompañado de un precio. En su apartado b) define el contrato de **concesión de servicios** como “*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*”.

Este artículo 5, de definiciones, cierra el concepto de concesión de obras y de concesión de servicios entorno al concepto de **transferencia de riesgo operacional**, siendo este concepto de riesgo operacional la principal novedad que introduce la Directiva ya que asienta los contratos de concesión de obras y servicios sobre la base de la transferencia de este riesgo, “*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*

⁴⁴ Artículo 5. Directiva 2014/23/UE

⁴⁵ Comunicación interpretativa de la Comisión, de 12 de abril de 2000, sobre las concesiones en el derecho comunitario, (2000/C121/02).

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.”

B) Regulación en la LCSP 9/2017. Notas comunes de los contratos de concesión.⁴⁶

La LCSP 9/2017 define los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios en la misma línea que la Directiva 23/2014 UE. En el artículo 14 de la LCSP se define el de concesión de obras como aquel contrato, “...*que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior, 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 aquel consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra en el sentido del apartado cuarto siguiente, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio*”. En el apartado 4 del artículo 14 se liga la idea de concesión de obra y derecho a la explotación de la obra con la necesaria transferencia al concesionario de riesgo operacional.

Seguidamente el artículo 15 LCSP define el de concesión de servicios, “1. *El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio*”. En el apartado 2 del artículo 15, de igual forma que para el contrato de concesión de obra, se liga el derecho a la explotación del servicio con la necesaria transferencia al concesionario de riesgo operacional.

Una vez ya introducidas las definiciones que ofrece la LCSP 9/2017 respecto a este tipo de contratos, paso a analizar algunas notas generales de estas fórmulas contractuales.

⁴⁶ Por todos, puede consultarse PEIRÓ BAQUEDANO, A.I., *El sistema de reparto de riesgos en las concesiones: hacia una nueva gobernanza*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

Dentro del **ámbito del contrato** de concesión de servicios, el artículo 284 LCSP delimita el ámbito de este tipo contractual, estableciendo que, la “administración *puede gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica* y siempre que *no implique ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos*”, (por ejemplo, policía). Esta precisión es importante, ya que muchas ocasiones se entiende mal o se tiene una idea errónea sobre lo que es una concesión, y tiende a pensarse que supone una privatización de la actividad, en cambio, como señala el artículo, la administración puede gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión, los “*servicios de su titularidad o competencia*”. Por tanto la titularidad del servicio sigue estando en manos de la administración, por lo que en ningún caso supone una privatización.

El artículo 250 establece, para el contrato de concesión de obras, el **contenido de los pliegos de cláusulas administrativas** particulares, donde entre otros deberán figurar aspectos como la definición del objeto del contrato, los requisitos de capacidad y solvencia exigibles a los licitadores, plazo de duración de la concesión, plan económico-financiero, etc. El artículo 285, para el contrato de concesión de servicios, establece cual ha de ser el contenido mínimo de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas, entre estos contenidos encontramos aspectos como el objeto del contrato, condiciones de prestación, en su caso tarifas a abonar por los usuarios, distribución de riesgos entre la Administración y el concesionario, definición de requisitos de capacidad y solvencia financiera económica y técnica que se exige al licitador.

En el art 287, relativo a la ejecución del contrato de concesión de servicios, se establece que cuando la concesión recaiga sobre un servicio público, la Administración conserva los **poderes de policía**. Esto es así ya que con estos contratos se va a satisfacer el interés público y la administración no puede ser ajena a la ejecución de prestaciones que se encuentran dentro de su ámbito competencial.

La **retribución del concesionario** la encontramos regulada, para el contrato de concesión de obra en el artículo 267 LCSP, y en el artículo 289 para el contrato de concesión de servicios, donde se establece su derecho a percibir de los usuarios o de la administración una retribución por la utilización de las obras en el contrato de concesión de obras, o el derecho a la explotación del servicio y por ende a una retribución fijada en función de su

utilización que se percibirá por parte de los usuarios o de la administración, en el de concesión de servicios.

Esta contraprestación es la tarifa y tiene naturaleza de prestación patrimonial de carácter no tributario. Además de ese derecho a la explotación del servicio y con ello a la obtención de retribución en función de la utilización, puede tener derecho el concesionario a percibir un precio. No obstante, este precio no puede garantizar una mínima retribución, ya que entonces quedaría vacío el concepto de riesgo operacional, y para que podamos estar en la tipología de contrato de concesión de servicios, en el caso de que lo que se transfiera sea el riesgo de demanda, se tiene que entender que la principal contraprestación que percibe el concesionario ha de provenir de la explotación del servicio, estando sujeta esta contraprestación al riesgo de demanda.

En este sentido lo ha venido interpretando la jurisprudencia del TJUE, entre otras en la ya mencionada STJUE de 10 de noviembre de 2011 Asunto Norma-A Dekan. En este asunto se establece que en un contrato de prestación de servicio de transporte de autobús urbano, el derecho del contratista a la explotación del servicio consistente en la obtención de los pagos que hacen los usuarios por el servicio, no supone que estemos ante el tipo de contrato de concesión de servicios, ya que, si se pacta que la entidad adjudicataria tiene que compensar al contratista las pérdidas derivadas de la explotación y los gastos de explotación, una vez deducidos los ingresos, estamos ante el tipo de contrato de servicios ya que no se ha transferido el riesgo operacional debido a que se está garantizando una mínima retribución.

No obstante, no podemos entender que solo cuando la contraprestación venga de los usuarios existe riesgo operacional, sino que, puede existir aunque la retribución sea un precio a pagar por la Administración y esto es lo que se conoce como concesión fría. Por ejemplo, esto sucede así en el caso de servicios gratuitos, ya que en el concepto de riesgo operacional se engloba tanto el riesgo de demanda como el riesgo de oferta. Es por tanto indiferente el origen de la remuneración, usuarios o administración, la directiva de concesiones así lo recoge en su considerando 18, aclarando que “... *la remuneración procede exclusivamente del poder adjudicador o la entidad adjudicadora pueden considerarse concesiones si la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios*

depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios”.⁴⁷ Por tanto, en el caso de que la remuneración venga de la administración se exige que esta cuantía sea inferior a la suma de los costes e inversiones en que incurra el concesionario, así se recoge en el Considerando 19 de la Directiva 23/2014 UE.

En relación con las explicaciones anteriormente realizadas, la STJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, Parking Brixen, expone que la remuneración del concesionario, consistente en el derecho a explotar el servicio, conlleva que el mismo asume un “riesgo de explotación”, en este concreto caso “riesgo de demanda”, consistente en que el número de usuarios sea más o menos alto, lo que afecta a la probabilidad de recuperar la inversión. En este sentido insiste la jurisprudencia del TJUE, ya que, para que pueda entenderse que se transfiere riesgo operacional *“es necesario que no existan mecanismos de compensación que anulen el riesgo inherente a este sistema de retribución”*.

Finalmente dentro de la regulación del régimen jurídico del contrato de concesión de servicios en el artículo 290 LCPS se regulan los supuestos en los que la administración está obligada al **restablecimiento del equilibrio financiero**. Anteriormente ya se ha mencionado, en relación con el restablecimiento del equilibrio financiero, que las obligaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir, han de ser equivalentes desde el punto de vista económico. Por tanto el restablecimiento del equilibrio económico supone la técnica que permite devolver a las partes a la situación inicial, si durante la ejecución del contrato falla el reparto de riesgos pactado por causas imprevisibles y no imputables al concesionario.⁴⁸

Tras haber analizado la regulación de las concesiones en la LCSP 9/2017, es interesante estudiar el papel de la **Oficina Nacional de Evaluación** en el control de las concesiones. Se crea la oficina nacional de evaluación por la ley 40/2015 de Contratos del Sector Público, y está regulada en el artículo 333 LCSP 9/2017. La Oficina Nacional de Evaluación, como órgano integrado en la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, se crea con el objeto de controlar la sostenibilidad financiera de las concesiones. Evacua informes preceptivos, tanto con carácter previo a la licitación, art. 333.3, para evaluar si la rentabilidad del proyecto es razonable con el

⁴⁷ Considerando 18, Directiva 23/2014 UE.

⁴⁸ GIMENO FELIU, J.M., «La cuestión del re-equilibrio financiero del contrato en el contrato de gestión de servicios públicos (concesión de servicios) y de concesión de obras públicas», en GIMENO FELIU, J.M., Observatorio de los contratos públicos 2015, Thomson Reuters Aranzadi, 2015. PP-76-88.

riesgo que asume el concesionario (equilibrio entre el riesgo y rentabilidad), como posteriormente en caso de restablecimiento del equilibrio financiero. Entre las características más señaladas de la oficina encontramos la independencia recogida en el apartado 2º del artículo 333 de la LCSP, la transparencia en el apartado 5º y la rendición de cuentas en el apartado 7º. Muy recientemente, a 9 de diciembre de 2021, se ha publicado la Orden que desarrolla la organización y funcionamiento de la Oficina Nacional de Evaluación,⁴⁹

B.1) Duración del contrato de concesión, común al contrato de concesión de obras y de concesión de servicios.

La duración del contrato de concesión se regula en el artículo 18 de la Directiva 23/2014, que fija como plazo ordinario 5 años. En el considerando 52 de la Directiva establece que, para las concesiones de duración superior a 5 años la duración ha de limitarse “*al periodo de tiempo en el que resulte razonablemente previsible que el concesionario pueda recuperar las inversiones*”. La regulación en la LCSP, artículo 29.6, sigue esta misma línea añadiendo a su vez que en cualquier caso la duración no podrá exceder de 40 años para los contratos de concesión de obras y servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicios, 25 años para los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio no sanitario, y diez años para los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de servicios sanitarios siempre que no estemos en el primer supuesto (40 años). Finalmente el artículo 29.9 LCSP, remite a la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española para establecer el periodo de recuperación de la inversión.

Estos plazos que fija la LCSP son máximos, más allá de ellos no se puede prorrogar. Como se ha comentado la Directiva de concesiones fija un plazo ordinario de 5 años, por lo que no entra a fijar plazos máximos como si lo hace la LCSP. La Directiva de concesiones opta por establecer que ese plazo de 5 años podrá superarse por el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas, junto con un rendimiento sobre el capital invertido.⁵⁰

⁴⁹ Orden HFP/1381/2021, de 9 de diciembre, por la que se regula la organización y funcionamiento de la Oficina Nacional de Evaluación

⁵⁰ Artículo 18.2 Directiva 23/2014 UE

Para determinar la duración del contrato, se ha de tener en cuenta que un elemento esencial del contrato de concesión es la transferencia de riesgo operacional al concesionario, por lo que es ese riesgo junto con la TIR lo que se ha de tener en cuenta para la fijación del plazo, de manera que los plazos previstos en la LCSP artículo 29 no son de aplicación directa, y tampoco existe discrecionalidad en la fijación del plazo.⁵¹

Por último, dentro del régimen jurídico del contrato de concesión de servicios, el artículo 297 LCSP establece que en lo no previsto para el contrato de concesión de servicios, será de aplicación lo previsto para el contrato de concesión de obras.

B.2) Las sociedades de Economía mixta.

Para finalizar este apartado de regulación de las concesiones en la LCSP 9/2017 vamos a analizar la regulación que hace esta ley sobre las sociedades de economía mixta. Las sociedades de economía mixta las podemos encuadrar en la denominada colaboración público-privada institucionalizada, mediante la cual se crea una sociedad de capital mixto en la que un socio privado y uno público cooperan, y donde el socio privado además de aportar capital aporta otros activos y participa en la ejecución de los contratos y concesiones encomendados⁵².

En la LCSP 9/2017 se regula la posibilidad de adjudicación directa de los contratos de concesión de obra y de servicio a una sociedad de economía mixta en la disposición adicional vigésima segunda. En la misma exposición de motivos de la LCSP se establece que se sigue, respecto a esta adjudicación directa a sociedades de economía mixta, el criterio fijado por el TJUE en la STJUE 196/08 Caso ACOSSET⁵³ y la Comunicación Interpretativa de la Comisión *relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia*

⁵¹ GIMENO FELIU, J.M., SALA SANCHEZ, P., QUINTERO OLIVARES, G., *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada*, Cámara de Comercio de Barcelona, Barcelona, 2017. P.24. GIMENO FELIU, J.M., TORNOS MAS, J., et al, «El nuevo régimen de las concesiones», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº74, 2018, p.29

⁵² BERNAL BLAY, M.A., «La colaboración público-privada institucional», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 37, 2010, pp.93-134.

⁵³ Caso ACOSSET, STJUE 196/08, de 15 de Octubre de 2009, se mantiene la posibilidad de adjudicación directa a una sociedad de economía mixta, siempre que la selección del socio privado sea mediante licitación pública y siempre que se tengan en cuenta condiciones no solo relativas a la posibilidad de aportar capital, sino, condiciones técnicas, financieras, operativas y de gestión.

de contratación pública y concesiones a la colaboración público privada institucionalizada de 5 de Febrero de 2008.⁵⁴

En la disposición adicional vigésimo segunda de la LCSP se fija que puede adjudicarse directamente la concesión de obras o servicios a una sociedad de economía mixta en la que concurra “mayoritariamente capital público con capital privado”. Esta exigencia de capital mayoritariamente público supone que al menos el 51% del capital ha de estar en manos del sector público y puede suponer un gran coste de oportunidad en el sentido de que pueden perderse oportunidades de colaborar con el sector privado ,ya que, este puede verse desincentivado a usar esta fórmula y preferir otras fórmulas más tradicionales.⁵⁵

En la anterior Ley de Contratos del Sector Público 3/2011 se daba una definición de lo que debía entenderse por sociedad de economía mixta en el artículo 277 TRLCSP, entendida como aquella “*en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas*”. La actual Ley de Contratos del Sector Público 9/2017 no ofrece ninguna definición de sociedad de economía mixta.

C) Elemento esencial del contrato de concesión: el reparto de riesgos, el riesgo operacional.⁵⁶

Anteriormente al introducir el concepto de CPP hemos mencionado que la Comisión Europea en el Libro Verde de 2004, fijaba como elemento característico de los contratos de colaboración público-privada el reparto de los riesgos, posteriormente se desarrollaría en este sentido la Directiva de Concesiones 23/2014 UE y del mismo modo lo haría la LCSP 9/2017.

De esta forma, al analizar la regulación de la Ley 9/2017 LCSP, ya se ha visto que el artículo 14.4 LCSP para el contrato de concesión de obra y el artículo 15.2 para el contrato de concesión de servicios establecen que el derecho del concesionario a la explotar la

⁵⁴ Comunicación interpretativa de la Comisión *relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada* (CPPI), de 5 de Febrero de 2008, (2008/C 91/02).

⁵⁵ GIMENO FELIU, en «El nuevo régimen de las concesiones», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº74, 2018, pp.10-13.

⁵⁶ Por todos, consultar SAHÚN PACHECO, R. *Riesgo operacional y servicio público*, Agenda Estatal del Boletín Oficial del Estado, colección Derecho Administrativo, 2019. PEIRÓ BAQUEDANO, A.I., *El sistema de reparto de riesgos en las concesiones: hacia una nueva gobernanza*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019

obra o servicio debe implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional. El concesionario asume **un riesgo operacional** que puede ser de demanda, suministro (oferta) o ambos.

Tenemos que analizar la relación que existe entre **el principio de riesgo y ventura con riesgo operacional**, el artículo art 197 LCSP establece que “*la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista*”. Esto supone que el contratista tiene obligación de hacer frente a los riesgos asumidos, es un principio aplicable a todo tipo de contrato, mientras que, el riesgo operacional se refiere a la distribución de riesgos en el contrato de concesión.

Con riesgo operacional se hace referencia a riesgo de demanda, oferta o ambos. Hay contratos en los que no hay transferencia del riesgo operacional al contratista ya que se retribuye con una cantidad fija, pero esto no supone que el contratista no pueda incurrir en pérdidas, por ejemplo, si la planificación no ha sido correcta o ha habido una mala gestión, ya que en todo contrato el contratista asume el riesgo y ventura. En este sentido se introduce esta distinción en la STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-348/10 Norma-A y Dekom, al distinguir entre riesgo de demanda y el riesgo inherente a todo contrato. En cualquier tipo de contrato el contratista puede tener pérdidas, pero esto no supone que haya asumido riesgo operacional, ya que el principio que asume el contratista es el de riesgo y ventura aplicable a todo tipo de contrato.

Como se ha mencionado el riesgo operacional puede consistir en riesgo de demanda, oferta o ambos. **El riesgo de demanda** es el riesgo de que el número de usuarios sea más o menos alto, es decir, el mayor o menor número de usuarios que utilizan la infraestructura o que reciben el servicio, este mayor o menor número de usuarios es lo que va a suponer que el concesionario tenga pérdidas o ganancias derivadas de la explotación del servicio u obra. Este menor número de usuarios, menor demanda, se puede deber a la evolución o crecimiento económico, a la existencia de competidores que ofrezcan mejores condiciones, obsolescencia tecnológica o crisis económica, entre otras causas⁵⁷. En la directiva está definido en el considerando 20, que de manera no muy clara establece que “*es el que se debe a la demanda real de las obras o servicios*”. Para entender bien el

⁵⁷ VARCÁRCCEL FERNÁNDEZ, P., «*La directiva de concesiones (Directiva 23/2014/UE) y la gestión de servicios de interés general*», en PARISIO V., AGUADO I CUDOLA, V., NOGUERA DE LA MUELA, B., (directores), en *Servicios de interés general, colaboración público privada y sectores específicos*, Tirant lo Blanch, 2016. P.121.

concepto de riesgo de demanda podemos atender al criterio que se establece en el Acuerdo 55/2013, de 1 de octubre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, (JUR 2015/ 131649). En este asunto el pliego califica el contrato como contrato de gestión de servicios públicos, y el tribunal rechaza la calificación ya que el pliego recoge que la contraprestación es una cantidad fija, independiente del número de usuarios, por lo que no puede entenderse que haya transferencia de riesgo operacional. De este modo el riesgo de demanda se transfiere al concesionario cuando la retribución viene de las cantidades que pagan los usuarios por el uso de la obra, como por ejemplo el peaje por el uso de las autopistas, o por recibir un servicio, como por ejemplo el transporte público. Este tipo de concesiones donde se transfiere al concesionario el riesgo de demanda en el sentido de que la retribución de este depende de las cantidades que pagan los usuarios por el uso de la obra o por recibir el servicio, son las denominadas concesiones calientes. No obstante, no solo se transfiere el riesgo de demanda cuando la contraprestación venga de los pagos que hacen los usuarios por el servicio o la infraestructura, sino que, también se entiende transferido el riesgo de demanda cuando los pagos vengan de la Administración, conocido como peaje blando, cuando esta remunere al concesionario en función del uso que hagan los usuarios. Por el contrario, cuando la contraprestación venga de un precio que paga la administración, independiente del uso que hagan los usuarios, para que podamos calificar el contrato como concesión, la actividad ha de estar sujeta a riesgo de oferta, y en este caso estaremos ante la modalidad de concesión fría, en el caso de que no exista tal riesgo de oferta no podremos calificar el contrato como concesión.

Por otro lado el riesgo de oferta, es el referido a que la prestación de servicios no se ajuste a la demanda, conforme al artículo 5 Directiva 24/2013/UE. Significa que, en el caso de concesión de servicios, el concesionario no puede prestar el servicio o entregar la obra en la calidad o cantidad pactada. En este sentido se entiende que el concesionario no puede atender la demanda, se materializa el riesgo de oferta cuando lo ofrecido no coincide con la demanda en ese momento y se produce un desajuste⁵⁸, por lo que el riesgo de oferta haría referencia a la puesta a disposición de la obra o servicio a los usuarios, y que esta puesta a disposición no se ajuste a la demanda⁵⁹, suele entenderse que el riesgo

⁵⁸ SAHÚN PACHECO, R., *Riesgo operacional y servicio público*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019, P.162-173.

⁵⁹ VARCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «La directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de servicios de interés general», en PARISIO, V., AGUADO I CUDOLÁ, V., NOGUERA DE LA MUELA, B.,

de oferta es el debido a que la oferta sea insuficiente para la demanda existente, oferta más baja que la demanda.⁶⁰ En los últimos tiempos, estamos viendo que muchas concesiones quedan desiertas debido al elevado riesgo de oferta, en concreto, por el incremento del coste energético, coste de materias primas y problemas de suministro de ciertos minerales y componentes, como por ejemplo los semiconductores.

En la Directiva 23/2014/UE, se caracteriza el riesgo operacional en los considerandos 18 a 20, y en el artículo 5.

El riesgo asumido ha de **ser real**, esto se introduce en la directiva de concesiones en artículo 5 y de igual forma en la LCSP en el artículo 14.4 y 15.2, “*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*”.

El Riesgo operacional debe ser **entendido como riesgo económico**, esta interpretación deriva del considerando 18 de la directiva 23/2014 cuando establece que el concesionario está expuesto a las incertidumbres del mercado, y de igual forma se interpreta en la destacada STJUE **Eurawasser**, 10 de septiembre de 2009, Sala 3ª, C-206/08, pudiendo no recuperar las inversiones realizadas o costes del servicio, y pudiendo por tanto incurrir en pérdidas al no recuperar la inversión o los costes. De igual forma en STJUE, sentencia 10 de marzo de 2011, citada en el asunto c-274/09 y STJUE *privater rettungsdienst und krankentransport stadler* de 10 de marzo de 2011. Este riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado es lo que se traduce como riesgo de demanda, oferta o ambos.

También ha de ser un riesgo **ajeno al control de las partes**⁶¹, es decir los riesgos que deriven de la mala gestión, incumplimientos del contrato no suponen riesgo operacional, ya que se entiende que son riesgos inherentes a todo contrato, y por ello no se puede

(Directores), en *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, Tirant lo Blanch, 2016. P.126.

⁶⁰ SAHÚN PACHECO, R., *Riesgo operacional y servicio público*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019, P.173

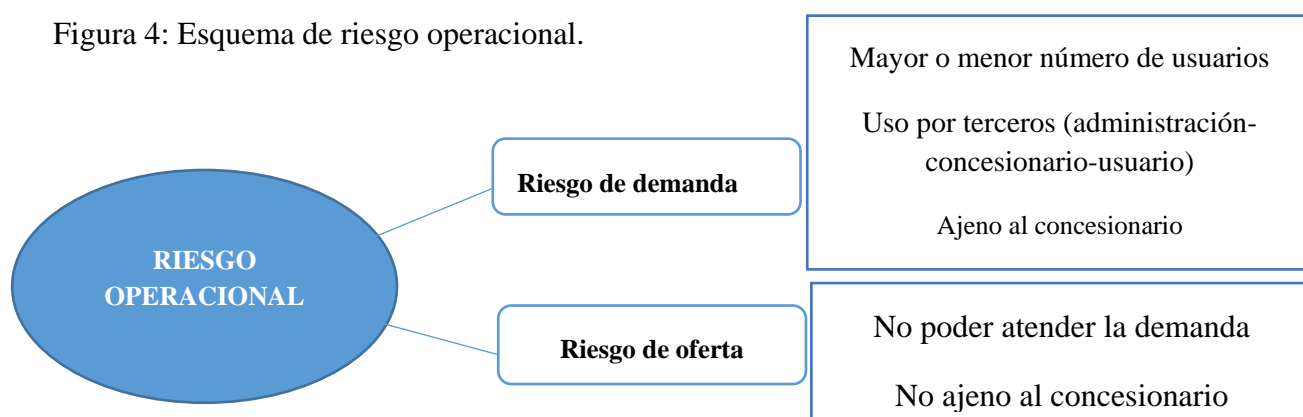
⁶¹ STJUE 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C234/03, apartado 22, de 11 de Junio.

calificar como contrato de concesión por la mera existencia de este riesgo ya que este tipo de riesgos son propios de cualquier tipo de contrato.

Riesgo que ha **de ser significativo**, es posible que parte del riesgo operacional lo asuma el adjudicador pero parte significativa ha de recaer en el concesionario, esto se desprende del art 14.4 LCSP, transferencia de “un” riesgo operacional, no “del riesgo”⁶². En el propio artículo 5 de la directiva se hace referencia a “la parte de los riesgos transferidos al concesionario”, por lo que no tiene que transferirse el 100% del riesgo pero si una parte significativa del mismo. En este sentido destaca la **STJUE Eurawasser**, 10 de septiembre de 2009, Sala 3ª, C-206/08, relativa a la prestación de un servicio de abastecimiento de agua en el que el riesgo de explotación era mínimo, el tribunal entiende, que el hecho de que el riesgo sea limitado no impide a la administración utilizar la modalidad de concesión, ya que, debe transferirse todo o una parte significativa del riesgo para que se considere contrato de concesión, y no importa el hecho de que el riesgo sea mayor o menor. En el caso de que el contratista no asuma un riesgo significativo, estaremos ante la modalidad de contrato de servicios.

En definitiva, para poder calificar un contrato como concesión de obra o concesión de servicio, hemos de comprobar si la contraprestación del concesionario consiste en el derecho a explotar la obra o servicio y si como consecuencia de dicho derecho ha asumido parta significativa del riesgo operacional, solo en el caso de que esto sea así podremos calificarlo como contrato concesional y en caso contrario tendrá que calificarse como contrato de obra o servicios en su caso.

Figura 4: Esquema de riesgo operacional.



Fuente: Elaboración propia

⁶²HUERGO LORA, A., « El riesgo operacional en la nueva ley de contratos del sector público», en *Documentación Administrativa*, nº4, 2017, pp.31-51.

D) Contraprestación: Precio, tasa, tarifa, canon. Concesiones calientes y frías.

Ya se ha analizado anteriormente la regulación que la LCSP 9/2017 hace sobre la contraprestación del concesionario, y en este apartado interesa ahondar en el tema de la contraprestación del concesionario en el contrato de concesión de servicios, distinguiendo en función de si el servicio que presta es o no coactivo.

Interesa aquí la STC, de 9 de mayo de 2019⁶³, que confirma la constitucionalidad de la naturaleza tarifaria de la contraprestación por la prestación de servicios públicos coactivos prestados por gestión indirecta, posteriormente en este mismo sentido cierra el debate la Sentencia de la sección segunda de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo, de 23 de junio de 2020, recurso 283/2018, que incide e introduce modificaciones respecto a su anterior jurisprudencia en lo relativo a la naturaleza del precio que abonan los usuarios por la prestación de servicios públicos. La novedad estriba en que el Tribunal Supremo al tratar las prestaciones que abonan los usuarios por recibir un servicio público, distingue dos elementos, por un lado, la forma de gestión de servicio y por otro la coactividad del servicio, y es en este último elemento donde encontramos lo novedoso de la distinción. Si la gestión del servicio es directa, lo que abona el usuario por recibir el servicio es una tasa y tiene naturaleza tributaria. En el caso de que la forma de gestión del servicio sea indirecta o mediante una empresa privada de capital público, lo que abona el usuario es una tarifa. Tras valorar esto, y dentro del segundo caso de gestión indirecta o mediante empresa privada de capital público, tenemos que ver si el servicio prestado es o no coactivo, si es coactivo estamos ante una prestación patrimonial de carácter público no tributario, si no es coactivo lo que abona el usuario es un precio privado.

Seguidamente se pasa a analizar con más detalle y de forma ejemplificada la distinción que introduce la STS que se acaba de explicar.

⁶³Sentencia 63/2019, de 9 de mayo de 2019. Recurso de inconstitucionalidad 739-2018. Interpuesto por más de cincuenta diputados integrantes del Grupo Parlamentario de Unidos Podemos-En Comú y Podem-En Marea, en relación con diversos preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Principios de igualdad y de universalidad presupuestaria; reserva de ley en el ámbito tributario: constitucionalidad de los preceptos legales relativos a la financiación de servicios mediante prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario. ECLI:ES:TC:2019:63

Si estamos ante un contrato de concesión de servicios en el que el **servicio** prestado es **coactivo** la contraprestación que **recibe el concesionario** merece la denominación de **tarifa**, tarifa que consiste en prestación patrimonial de carácter público no tributario. Por ejemplo, en los casos de suministro de agua, o tratamiento de agua residuales.

Si estamos ante un contrato de concesión de **un servicio coactivo**, y el precio **se paga a la administración**, ese precio merece la denominación de **tasa**, tasa que tiene naturaleza de prestación patrimonial de carácter público de naturaleza tributaria. Por ejemplo, servicio de recogida de residuos.

Si estamos ante un contrato de concesión de **servicios no coactivos**, y la contraprestación la **recibe el concesionario**, merece la denominación de tarifa, pero en este caso no es prestación patrimonial de carácter público no tributario, sino un precio privado. Por ejemplo, el servicio de cafetería de la universidad.

Por último, en el caso de que estemos ante un contrato de concesión de **servicios no coactivos**, y la contraprestación la **recibe la administración**, merece la denominación de precio público.

En el preámbulo de la Ley de Contratos del Sector Público ya se hace hincapié en este tema, donde se establece que las tarifas que abonan los usuarios son prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario, para posteriormente en el articulado confirmar esta naturaleza. Se hace esta precisión ya que no estamos ante ingresos de derecho público como son las tasas y precios públicos, los cuales sí que derivan de la potestad tributaria. Así la STS de 29 de Enero de 1998, Ar. 1904, ya estableció que las tarifas del concesionario *“no son tasas ni prestaciones patrimoniales de carácter público en el sentido del artículo 31.3 CE, sino contraprestaciones al servicio prestado por el concesionario que este hace suyas por título de derecho privado”*, siguiendo esta misma argumentación la STS 30 de abril de 2001 STS 3530/2001.

La distinción entre tasa y tarifa es **relevante también a efectos de analizar si computa o no a déficit**. Si se considera como tasa, supondría que la recaudación de la tasa va destinada a financiar un gasto público, de manera que el servicio se configura como un gasto público que ha de computar en el déficit. Además es relevante la distinción entre tarifa y canon, ya que la tarifa es el pago cuando lo que se transfiere al concesionario es el riesgo de demanda, y al transferir el riesgo de demanda tiene derecho a explotar el servicio y por tanto los pagos que obtiene de los usuarios merecen la denominación de

tarifa. Por otro lado, el canon es el pago que hace la administración al concesionario cuando lo que se transfiere es el riesgo de oferta en concesiones frías, cuando el tercero es usuario indirecto o cuando es la administración la usuaria.⁶⁴

Figura 5: Distinción tarifa/tasa/Canon.



Fuente: Elaboración propia.

Podemos clasificar 4 categorías de concesiones, en función del pago que se hace: dos son concesiones calientes, en las que el usuario es un tercero distinto de la Administración y en las que la contraprestación, tarifa, del concesionario puede provenir de los pagos de los usuarios, conocido como peaje duro, o de los pagos de la Administración en función del uso que hagan los usuarios, conocido como peaje en sombra o blando. **Otras dos son concesiones frías.** En las concesiones frías el pago lo hace la Administración, y son discutidas ya que se considera que no hay realmente una transferencia de riesgo operacional.

Si el usuario paga una tarifa por el uso del bien o infraestructura, o por recibir un servicio, es lo conocido como peaje duro. Claros ejemplos de esto sería un parking municipal o una autopista. Este tipo de concesión es concesión caliente, en la medida de que la contraprestación del concesionario depende del mayor o menor número de usuarios, se ha transferido al concesionario el riesgo de demanda.

Si la administración paga en función del uso que se haga de la infraestructura o servicio, lo conocido como peaje en sombra, por ejemplo en el pago de una autopista en función del número de vehículos que circulen por la misma. Es una concesión caliente. Se ha transferido al concesionario el riesgo de demanda.

Si la administración paga un canon, independientemente del uso que se haga de la infraestructura por los terceros o independientemente del número de usuarios a los que se preste el servicio, a pesar de que los usuarios finales de estas infraestructuras o los que

⁶⁴ Más información en este sentido, TORNOS MAS, «La tarifa como forma de retribución de los concesionarios: una figura constitucional y necesaria», en *El Cronista del Estado social y Democrático de Derecho*, n° 24,2011, pp.22 a 29

recibirán la prestación del servicio serán los ciudadanos, por ejemplo en el caso de un hospital o un colegio. Es una concesión fría.

Si la administración es la que va a disfrutar del objeto de la concesión, es decir, ella es la usuaria de esa infraestructura. Es una concesión fría. Este tipo de concesión es el más discutido, ya que se entiende que no existe concesión como tal, sino que estaríamos en la modalidad de contrato de servicios o de obras. En estos casos algunos autores argumentan que no existe transferencia de riesgo operacional, de oferta, ya que no existe ningún tipo de riesgo ajeno al control del concesionario.

III. CONCLUSIONES.

Llegados al final del trabajo tenemos que destacar una serie de conclusiones. En primer lugar se ha de adoptar una nueva forma de actuación, una nueva visión de política en la que el cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible no se circunscriba al ámbito de llegar a la meta de la Agenda 2030, sino que, vaya más allá y adopte una visión a largo plazo en la que los objetivos de desarrollo sostenible sean los protagonistas y estén presentes de manera transversal en todas las acciones y políticas públicas. La contratación pública es una poderosa herramienta para lograr objetivos a largo plazo, tenemos que recordar que la contratación pública supone cerca de un 20% del PIB nacional y cerca de un 14% del PIB de la UE. Por ello se ha de adoptar una visión estratégica, donde se conciba la contratación como una herramienta transversal que permita alcanzar distintos objetivos y donde la satisfacción del interés público sea la clave. En este sentido coincido con J.M.,GIMENO FELIU, cuando afirma que el contrato público es el interés general, no es gastar menos, sino gastar de la mejor manera posible en relación con el conocido término *Value for money*.

España ha de apostar, como viene insistiendo la UE, por la colaboración público-privada. Se han de dejar a un lado los escepticismos ideológicos y se ha de adoptar la visión de estado garante, donde lo esencial sea la satisfacción del interés público, independientemente de que sea satisfecho por el sector público o privado. No siempre será mejor la gestión directa ni la gestión indirecta sino que se ha de ponderar caso por caso. En cada caso se han de tener en cuenta los riesgos, entre ellos, la incorrecta determinación de los riesgos y asignación, la falta de profesionalización, problemas competitivos, regulatorios, etc.

Actualmente, y en plena crisis sanitaria, estamos inmersos en un proceso de recuperación y encontramos en los Fondos Europeos Next Generation no solo la oportunidad de recuperación económica, sino, la oportunidad de crear una economía más fuerte y resiliente en el largo plazo, como bien indica la Presidenta de la Comisión Europea, Ursula von der Leyen, “*El plan de recuperación convierte el enorme desafío al que nos enfrentamos en una oportunidad, no solo mediante el apoyo a la recuperación, sino también invirtiendo en nuestro futuro*”. Como sabemos, se aprueban los Fondos Next Generation EU y supone que el presupuesto de la UE contará con una financiación adicional de 750.000 millones de euros. Es importante la rápida implementación de estos fondos, pero de forma adecuada, eficaz y eficiente, invirtiendo en ámbitos que puedan

incidir de manera transversal en aras a conseguir la mayor rentabilidad y para así, conseguir transformar la economía presente y futura. Es por ello necesario, como el propio Real Decreto Ley 36/2020 indica, la colaboración del sector público y del sector privado, y el impulso, como se ha venido insistiendo durante este trabajo, de la colaboración público-privada.

Es esencial un cambio de mentalidad, un cambio de cultura en la contratación, que incentive la calidad y que busque la mejor satisfacción del interés público. Como se ha venido insistiendo, ha de actuarse teniendo en cuenta la calidad, el *value for money*, y pensando en clave de valor y no únicamente en clave de precio. No obstante, antes de cerrar la conclusión me gustaría añadir un aspecto que considero relevante y que mayoritariamente no suele mencionarse en los trabajos de la doctrina, y es que, no ha de olvidarse, que la contratación pública supone comprometer dinero público, por lo que, pese a pensar en clave de valor y de inversión, debemos tener en cuenta que se está comprometiendo dinero público, y que este dinero es de todos, de forma que detrás de esa generación de valor o de esa inversión siempre hay dinero público. Unido con esta idea vuelvo a una reflexión hecha en la introducción del trabajo, consistente en que en España tenemos una deficiente cultura de lo público. Considero que se ha de hacer más participe a los ciudadanos de lo que cuestan las infraestructuras y servicios, dando más información adaptada a la comprensión ciudadana. De esta forma no solo se comprendería mejor en qué medida se gasta el presupuesto público (cuanto se destina a cada partida), sino como se gasta, de qué manera, y como repercute esto a cada ciudadano. A modo de ejemplo, en ciertos países de la Unión Europea se apuesta por hacer partícipe a los ciudadanos, entre otras cuestiones, del precio que suponen las pruebas sanitarias que van a realizarse. De esta forma a través de la información se consigue crear una mayor confianza de la ciudadanía en el sector público y una mayor alineación con las actuaciones de este, lo que lleva aun mayor sentimiento y cultura de lo público.

Recientemente se aprobó el Anteproyecto de Ley de equidad, universalidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud, en el que se establece como preferente la fórmula de gestión directa en materia sanitaria. En mi opinión esto supone un claro retroceso, y más aún en los tiempos que acontecen, donde a causa de la pandemia estamos viendo diariamente centros de salud desbordados, con listas de espera interminables, con una atención primaria deficiente y sin recursos, donde se han mostrado claramente las debilidades del sistema sanitario público, situación que ha podido verse salvada gracias a

la participación esencial del sistema sanitario privado durante la pandemia. En esta lucha, puramente ideológica, el que sale perjudicado es el ciudadano, ya que no puede acceder a los servicios básicos, de manera que la sanidad privada no solo permite así garantizar una cierta calidad, sino, que ya está empezando a suponer la clave para el acceso a la misma. Ante la búsqueda de equidad y universalidad, se han de tener en cuenta todos los recursos que tenemos en nuestras manos y esto abarca gestión pública y privada.

Es necesario mirar hacia futuro, revisar la regulación actual y completar sus posibles deficiencias, profesionalizar al comprador público, y apostar por el cambio. El país no puede intentar mejorar o crecer de la forma que tradicionalmente lo ha venido haciendo, ya que la sociedad avanza, las formas avanzan y la cultura ha de avanzar, por lo que no cabe, como bien indica el profesor Gimeno, pensar que “siempre se ha hecho así”⁶⁵.

⁶⁵ GIMENO FELIU, J.M., *Los fondos Next Generation como elemento de transformación de la gestión de la contratación pública: hacia una nueva cultura funcional y no formal*, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 214,2021. PP.39-74.

IV.BIBLIOGRAFÍA

RECURSOS DE INTERNET⁶⁶

Congreso Internacional de Contratación Pública, Noviembre 2021, Zaragoza.

- **Conclusiones del Congreso**, <https://www.obcp.es/noticias/conclusiones-del-i-congreso-internacional-sobre-el-desafio-de-la-recuperacion-y-el-papel>
- **Vídeos de las distintas ponencias**, <https://www.youtube.com/c/pixelware/videos>

Ayuntamiento de Zaragoza, transparencia y datos abiertos
<https://www.zaragoza.es/sede/servicio/transparencia/>

Alianza Gobierno Abierto: https://www.opengovpartnership.org/wp-content/uploads/2018/09/SKEPTICS-GUIDE_20180710.pdf The Skeptics Guide, p.34

ODS

<https://www.agenda2030.gob.es/objetivos/objetivo12.htm>

<https://www.agenda2030.gob.es/objetivos/objetivo17.htm>

https://www.cnmc.es/sites/default/files/3334635_3.pdf

Informe sobre el barómetro de confianza Edelman (2020 y 2021)

<https://www.edelman.com/trust/2020-trust-barometer>

<https://www.edelman.com/sites/g/files/aatuss191/files/2021-03/2021%20Edelman%20Trust%20Barometer.pdf>

Estrategia Europa 2020: la estrategia de la Unión Europea para el crecimiento y la ocupación:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Aem0028>

Plan de acción para la implementación de la Agenda 2030, Hacia una Estrategia Española de Desarrollo Sostenible

<https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:6e0f06b9-a2e0-44c0-955a-dad1f66c11d7/PLAN%20DE%20ACCI%20C3%93N%20PARA%20LA%20IMPLEMENTACION%20DE%20LA%20AGENDA%202030.pdf>

⁶⁶ Fecha de último acceso 1 de Febrero de 2022.

ESADE WEBINAR, Mónica Reig Retos de la CPP
https://www.youtube.com/watch?v=GJnKuU_4-Ew

PIXELWARE, contratación pública y licitación electrónica, Webinar Jose María Gimeno Feliu, Los fondos next generation y la compra publica estratégica.
<https://www.youtube.com/watch?v=Xgi7f3U-ZJY>

El Economista, «La doble velocidad de la inversión de España y Europa», 2021. La doble velocidad de la inversión de España y Europa (eleconomista.es)

LIBROS

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., *Contratación pública y transparencia*, Wolters kluwer, 2016.

MIRANZO DÍAZ, J., *La prevención de la corrupción en la contratación pública*, Wolters Kluwer, 2019.

ESTEVE PARDO, J., *La agenda 2030. Implicaciones y Retos para las administraciones locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2021, pp.16-17.

PERNAS GARCÍA, J.J., *Contratación Pública Estratégica*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.

J.M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

GIMENO FELIÚ, J.M., «Compra publica estratégica», en PERNAS GARCÍA J.J., (Dir.) *Contratación Pública Estratégica*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2013.

GIMENO FELIU, J.M., *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017: sus principales novedades, los problemas interpretativos y posibles soluciones*. Thomson Reuters Aranzadi, 2019. PP. 217-236.

GIMENO FELIU, J.M., SALA SÁNCHEZ, P., QUINTERO OLIVARES, G., *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada*, Cámara de Comercio de Barcelona, Barcelona, 2017.

GIMENO FELIU, J.M., TORNOS MAS, J., et al, *La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada*, Cámara de Comercio de Barcelona, Barcelona, 2018.

MEDINA ARNAIZ, T. «Los retos de futuro en la contratación pública en clave europea», en GIMENO FELIU, J.M. (director), *Observatorio de los contratos públicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2020, pp.70-71

G.MARCOU, *La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos*”, en RUIZ OJEDA, A., Y GOH, J., (director) *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España*, Civitas, Madrid, 2000, pp 27-90.

BERNAL BLAY,M.A., NAVARRO MOLINES, G., *Fondos Europeos para la recuperación, transformación y resiliencia: ejecución y auditoría*. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración pública,2021.

BERNAL BLAY, M.A, *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas "paraconcesionales"*, Civitas, 2011.

PEIRÓ BAQUEDANO, A.I., *El sistema de reparto de riesgos en las concesiones: hacia una nueva gobernanza*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

GIMENO FELIU, J.M., «*La cuestión del re-equilibrio financiero del contrato en el contrato de gestión de servicios públicos (concesión de servicios) y de concesión de obras públicas*», en GIMENO FELIU, J.M. (Director), *Observatorio de los contratos públicos 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

DE GUERRERO MANSO, C., «*La imperiosa necesidad de profesionalización como clave del éxito en la contratación pública.*» en GIMENO FELIU, J.M., (director), DE GUERRERO MANSO, C., (coordinadora) *Observatorio de los Contratos Públicos 2020*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020. P.91

SAHÚN PACHECO, R. *Riesgo operacional y servicio público*, Agenda Estatal del Boletín Oficial del Estado, colección Derecho Administrativo, 2019.

VARCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «*La directiva de concesiones (Directiva 23/2014/UE) y la gestión de servicios de interés general*», en PARISIO V., AGUADO I CUDOLA, V., NOGUERA DE LA MUELA,B., (directores), en *Servicios de interés general, colaboración público privada y sectores específicos*, Tirant lo Blanch, 2016. P.121.

REVISTAS

GIMENO FELIU, J.M., «*La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: Hacia una contratación socialmente responsable y de calidad.*» En *Revista Economía Industrial* núm. 415, 2020, pp. 89-97

GIMENO FELIU, J.M., «*Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y transparencia*», y «*El necesario bing-bang contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control*», en *Revista Internacional de transparencia e integridad*, N°65, 2020.

GIMENO FELIU, J.M., TORNOS MAS, J., et al, «*El nuevo régimen de las concesiones*», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 74, 2018

GIMENO FELIU, J.M., «*El derecho de los contratos públicos en España: novedades y propuestas de futuro*», en *IUS ET VERITAS*, n° 62, junio 2021, pp.111-130.

GIMENO FELIU, J.M., «*La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo*», en *Fundación Democracia y Gobierno Local, Cuadernos de Derecho Local* 2017, pp.31-37.

GIMENO FELIU, J.M., «*Los objetivos de sostenibilidad e inclusividad de la Agenda de las Naciones Unidas y su incidencia en la contratación pública. De las ideas a la acción*», en *La Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Claves 32.

BERNAL BLAY, M.A., NAVARRO MOLINES, G., «*Fondos Europeos para la recuperación, transformación y resiliencia: ejecución y auditoría*». En *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2021.

GIMENO FELIU, J.M., «*Los fondos Europeos “Next Generation” como elemento de transformación de la gestión de la contratación pública: hacia una nueva cultura funcional y no forma*», *Revista Española Derecho Administrativo* n° 214, 2021.

VARCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «*Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro*», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n°74, 2018, p.60.

BERNAL BLAY, M.A., «La colaboración público-privada institucional», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 37, 2010, pp.93-134.

RAMALLO MASSANET, J., «El control externo en las nuevas formas de colaboración público-privada», en *Revista Española de Control Externo*, nº26,2007, pp.18-22.

GARCÍA SOLANA, M. J., «La Colaboración Público-Privada: capacidades públicas para la gestión del modelo desarrollado por el Servicio de Empleo Estatal y las Agencias Privadas de Colocación», en *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública* 4-2, pp.135-168.

HUERGO LORA, A., « El riesgo operacional en la nueva ley de contratos del sector público», en *Documentación Administrativa*, nº4, 2017, pp.31-51.

TORNOS MAS « La tarifa como forma de retribución de los concesionarios: una figura constitucional y necesaria», en *El Cronista del Estado social y Democrático de Derecho*, nº24,2011, pp.22-29.

GAMERO CASADO, E., «Criterios determinantes de la forma de gestión de los servicios públicos; especial referencia a la remunicipalización de servicios locales», en *Revista de Derecho Administrativo*, nº52,2019.

SOFT LAW

Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa* COM/2017/0572.

Consejo de la Unión Europea, Conclusiones de 30 de Noviembre de 2020, *Inversión Pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía resiliente*.

Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010, *Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*.

Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) Conclusiones del Consejo, de 30 de Noviembre de 2020, *Inversión Pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía resiliente*. (2020/C 412 I/01).

Conclusiones del Consejo Europeo, de 11 de Septiembre de 2020, *Profundizar el mercado único para una recuperación sólida y una Europa competitiva y sostenible*, (10698/20).

Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), 31 de Mayo de 2021, *recomendaciones sobre neutralidad competitiva*.

Comunicación interpretativa de la Comisión, de 12 de abril de 2000, sobre las concesiones en el derecho comunitario, (2000/C121/02).

Comunicación interpretativa de la Comisión *relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada* (CPPI), de 5 de Febrero de 2008, (2008/C 91/02).

LEGISLACIÓN

Constitución Española de 1978.

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Tratado de la Unión Europea (TUE)

Libro Verde Comisión Europea, La contratación pública en la Unión Europea, Reflexiones para el futuro, 1996. Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de Noviembre de 1996, a propuesta del Señor MONTI

Libro Verde “Sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones”, Comisión Europea 2004

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

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

Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión de servicios.

Orden HAP/2017/2014, de 6 de noviembre, por el que se establecen los criterios de cálculo del coste efectivo de los servicios prestados por las Entidades Locales.

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Orden HFP/1381/2021, de 9 de diciembre, por la que se regula la organización y funcionamiento de la Oficina Nacional de Evaluación

JURISPRUDENCIA

STJUE (sala tercera) 196/08, de 15 de Octubre de 2009.

STJUE de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C234/03, apartado 22.

Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, Acuerdo 64/2013, de 6 de noviembre de 2013

STJUE de 30 de Enero de 2020, Tim spA.

Informe 1/2015, de 17 de Marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre integración de aspectos sociales y medioambientales en la contratación

Acuerdo 72/2016 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

Acuerdo 55/2013 de 1 de octubre de 2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, (JUR 2015/ 131649

STJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, Parking Brixen

STJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto C-348/10 Norma-A y Dekom,

STJUE Eurawasser, 10 de septiembre de 2009, Sala 3ª, C-206/08,

STJUE, de 10 de marzo de 2011.

STJUE privater rettungsdienst und krankentransport stadler, de 10 de Marzo de 2011.

STS de 29 de Enero de 1998, Ar. 1904

STC 127/1994 de 5 de mayo

STS de 2 de marzo de 1979

STC 41/2016 de 3 de marzo RTC 2016/41

STS, Sección 2ª, Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo, de 23 de junio de 2020, recurso 283/2018.

STC, de 9 de mayo de 2019, ECLI: ES:TC:2019:63

STS de 23 de junio de 2020, recurso 283/2018.