

## ANA BELÉN CASARES MARCOS

*Licenciada en Derecho  
Profesora Ayudante de la Escuela Universitaria de Derecho  
Administrativo en la Universidad de León*



A.B. Casares Marcos

Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el **1.º Premio Estudios Financieros 2004** en la Modalidad de **DERECHO ADMINISTRATIVO**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, don Luis VACAS GARCÍA-ALOS, don Salvador VICTORIA BOLÍVAR, don Jesús María GONZÁLEZ PUEYO, don Santiago GARCÍA IZQUIERDO y don Antonio ALIAGA MÉNDEZ.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de la autora.

**Extracto:**

**DE** entre todas las novedades que ha introducido en nuestro ordenamiento la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, destaca la recién estrenada posibilidad de que sea la propia iniciativa privada la que promueva la creación de una nueva infraestructura y la adjudicación de un contrato de concesión de obra pública a partir de la presentación de un estudio de viabilidad concreto. La proliferación y el provecho de las ventajas que puede llegar a ofrecer esta situación dependen, en buena medida, de la solución que se dé al problema práctico más importante que plantea esta cuestión, y que no es otro que la adecuada regulación de las actuaciones previas que habrán de desembocar en la adjudicación del contrato. Se trata, en definitiva, de que el desarrollo reglamentario de la Ley defina la tramitación a seguir desde la presentación del estudio de viabilidad por el particular hasta la adjudicación final del contrato de concesión de obra pública.

---

---

## Sumario:

---

1. Introducción.
2. Antecedentes normativos.
3. Actuaciones previas y adjudicación del contrato.
  - 3.1. Contenido contractual.
    - 3.1.1. El objeto del contrato de concesión de obras públicas.
      - 3.1.1.1. El contrato de concesión de obras públicas como contrato mixto.
      - 3.1.1.2. La superación de la teoría del contrato mixto por la Ley 13/2003.
    - 3.1.2. Evaluación pública de la oportunidad de la obra proyectada.
  - 3.2. Selección del contratista.
  - 3.3. Estudio de viabilidad.
    - 3.3.1. Problemas jurídicos planteados por la tramitación y aceptación, en su caso, del estudio de viabilidad a iniciativa particular.
    - 3.3.2. La conciliación de los principios de transparencia y publicidad con la confidencialidad de las informaciones presentadas a la Administración.

## 1. INTRODUCCIÓN

La Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, ha apostado decididamente por la intervención de los particulares en este ámbito, no sólo en los sectores tradicionalmente reservados al sector privado, esto es, la construcción, explotación y financiación de la obra pública, sino también en su propia iniciativa, concepción y diseño <sup>1</sup>.

El enfoque de la Ley pretende ser, ante todo, pragmático y así se desprende ya de su Exposición de Motivos, que identifica como objetivo del nuevo texto legal la recuperación de «los rasgos definidores de la figura centenaria de la concesión de obras públicas», entendida como la «contribución de los recursos privados a la creación de infraestructuras y equitativa retribución del esfuerzo empresarial», «si bien ajustando los mismos al modelo administrativo y social de nuestros días», con el propósito declarado de hacer «útil de nuevo la institución».

Se pretende, en definitiva, adaptar una institución ya tradicional y de contornos bien definidos a la nueva realidad socioeconómica, a las exigencias derivadas del desarrollo y crecimiento económicos actuales y a las propias demandas de la sociedad, aprovechando al máximo los beneficios que pudiera reportar la participación privada en la construcción y explotación de infraestructuras.

Lo cierto es, no obstante, que pese a estas loables intenciones el texto legal corre el riesgo de desdibujar en exceso los límites tradicionales de la concesión, forzando su propia esencia con tal de dar cabida al capital privado en este ámbito, lo que podría llegar a poner en peligro alguno de sus

---

<sup>1</sup> Una intención que enlaza con la que se ha dado en llamar «privatización de infraestructuras». Lo cierto es, no obstante, que la privatización no se produce en un sentido estricto, esto es, mediante la enajenación de activos, sino que se refiere a lo que Ginés DE RUS, «Infraestructuras, participación privada y contratos de concesión», en *Economistas*, núm. 87, 2001, p. 380, califica de «ampliación de la utilización del sistema concesional». Y así, el término se emplearía habitualmente en este ámbito «para referirse a la cesión al sector privado de derechos exclusivos de prestación de servicios durante un período de tiempo y unas condiciones preestablecidas». Sobre la innovación que representa la Ley 13/2003 en el ordenamiento jurídico español, *vid.* el número monográfico dedicado por la *Revista de Obras Públicas* a su Proyecto de Ley bajo el título «El nuevo sistema concesional. Consideraciones sobre el Proyecto de Ley reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas», núm. extraordinario 3.425, octubre de 2002.

elementos esenciales como, por ejemplo, el principio de riesgo y ventura que debe acompañar en todo momento a la gestión empresarial del concesionario <sup>2</sup>. Son muchos los claroscuros que presenta en este sentido la Ley 13/2003. El desarrollo reglamentario de la Ley habrá de ir dirigido pues, necesariamente, a evitar y solucionar, en su caso, este conflicto, resguardando, de un lado, los caracteres propios de la concesión y alentando, de otro, la intervención privada en la proyección, construcción, gestión y financiación de las obras públicas.

Se trata, en cualquier caso, de una pretensión comprensible tomando en consideración el contexto en que ve la luz la Ley 13/2003, marcado, fundamentalmente, por la insuficiencia presupuestaria para hacer frente desde el sector público a las grandes infraestructuras proyectadas para los próximos años. No en vano, el Plan Director de Infraestructuras, elaborado por la Secretaría General de Planificación y Concertación Territorial del Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente, y aprobado por el Consejo de Ministros el 4 de marzo de 1994, ha dado paso, finalmente, al Plan de Infraestructuras de Transporte 2000-2007, documento de referencia actual en materia de planificación de infraestructuras de transporte para el Ministerio de Fomento, en el que la inversión total prevista supera en este momento los 100.000 millones de euros <sup>3</sup>. Se cuenta con que el 60 por 100 de esa cantidad provenga de la financiación pública, confiando un 20 por 100 a los fondos europeos y reservando el 20 por 100 restante a la iniciativa privada.

A captar el interés de esta última y a asegurar su inversión efectiva en las infraestructuras contempladas en el Plan vigente responde, en consecuencia, la propia formulación de la Ley 13/2003, que introduce la regulación del contrato de concesión de obras públicas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, convirtiéndolo así en un contrato típico, si bien sumamente singularizado.

Ciertamente, la introducción definitiva de esta figura contractual en la legislación sobre contratación administrativa vigente desde 1995 no ha evitado, sin embargo, la subsistencia de muchas de sus peculiaridades y especialidades. Y así, llama la atención, en este sentido, la ruptura consagrada por la nueva Ley de la prelación normativa que establece con carácter general para todos los contratos administrativos el artículo 7.1 del TRLCAP.

<sup>2</sup> Para Antonio EMBID IRUJO y Eloy COLOM PIAZUELO, *Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas (Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas)*, Aranzadi, 2003, pág. 40, no cabe duda que hay en la Ley «una voluntad consciente de favorecer el desempeño del contrato de concesión de obras públicas con el otorgamiento de ayudas públicas y el favorecimiento, en general, de las condiciones de participación del capital privado en la construcción y explotación de obras públicas».

<sup>3</sup> La inversión prevista alcanza, concretamente, 104.806 millones de euros, en euros de 1999 y ya con la última modificación al alza de puertos. *Cfr.*: el Balance de ejecución del Plan de Infraestructuras de Transporte 2000-2007, presentado en Consejo de Ministros y posteriormente en Conferencia de Prensa por el Ministro de Fomento, D. Francisco Álvarez Cascos, el 24 de octubre de 2003.

Frente a la regla general que contiene este último precepto <sup>4</sup>, su nuevo párrafo 2 afirma que «el contrato de concesión de obras públicas se regirá, con carácter preferente a lo dispuesto en el apartado anterior, por las disposiciones contenidas en el Título V del Libro II de esta Ley, sus disposiciones de desarrollo y por la legislación sectorial específica en cuanto no se oponga a dicho Título», todo ello sin perjuicio de lo establecido para las obras públicas hidráulicas en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

De ahí la importancia del desarrollo reglamentario que en los próximos meses habrá de producirse, ya que será precisamente esta normativa de desarrollo la que habrá de plasmar las condiciones que posibiliten el buen uso y la consolidación de algunas de las técnicas y novedades más importantes que ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico la Ley 13/2003, de 23 de mayo.

De entre todas ellas destaca fundamentalmente una a la que dedicaremos las reflexiones que integran este estudio. No es otra que la recién estrenada posibilidad de que sea la propia iniciativa privada la que promueva la creación de una nueva infraestructura y la adjudicación de un contrato de concesión de obra pública a partir de la presentación de un estudio de viabilidad concreto.

En efecto, conforme al tenor literal del artículo 222 del TRLCAP «con independencia de la iniciativa de la Administración competente para licitar posibles concesiones, podrá iniciarse el procedimiento a instancia de personas naturales o jurídicas o de otras Administraciones que se propongan construir y explotar una obra de las reguladas en esta Ley, siempre que el solicitante, además de cumplir los requisitos generales establecidos en ella, acompañe su petición del correspondiente estudio de viabilidad previsto en el artículo 227 con el contenido previsto en el apartado 2 de dicho artículo. Esta solicitud iniciará el procedimiento establecido en dicho artículo». <sup>5</sup>

De esta forma, si en la regulación tradicional del contrato se reservaba la iniciativa de forma prácticamente exclusiva a la Administración, la reforma operada por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, supone, significativamente, abrir la vía a la intervención del sector privado, no sólo para la construcción y financiación de la obra pública en sentido estricto, y a cambio de la adjudicación de su posterior explotación, sino para el planteamiento de su misma oportunidad y para la propia definición del modelo a seguir en su proyección.

La licitación posterior de la concesión y la concurrencia efectiva, por tanto, entre este promotor inicial y otros empresarios privados que aspiren también a convertirse en eventuales concesionarios habrá de repercutir, en nuestra opinión, en un mayor aprovechamiento de los recursos y

<sup>4</sup> El enunciado literal del artículo 7.1 del TRLCAP, tras la modificación del artículo operada por la Ley 13/2003, dice así: «Los contratos administrativos, con la salvedad establecida en el apartado siguiente, se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por esta ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado. No obstante, los contratos administrativos especiales, que se definen en el artículo 5.2, párrafo b), se regirán por sus propias normas con carácter preferente».

<sup>5</sup> El artículo 227 se refiere expresamente a este supuesto de iniciativa privada en la presentación de estudios de viabilidad de eventuales concesiones en su párrafo 5. Volveremos sobre ello *infra*.

las capacidades de que dispone el sector privado para abordar la definición y ejecución de la obra pública de que se trate. A garantizarlo y a establecer el cauce adecuado para el fomento, la adecuada utilización y el mayor provecho público de esta iniciativa privada debe ir dirigido, en consecuencia, el desarrollo reglamentario de la Ley 13/2003, de 23 de mayo.

## 2. ANTECEDENTES NORMATIVOS

La novedad que supone la incorporación del artículo 222 del TRLCAP por la Ley 13/2003 no es, en cualquier caso, absoluta, sino que queda relativizada por la existencia previa en nuestro ordenamiento jurídico de otros ejemplos normativos que consagran la iniciativa particular en el procedimiento concesional<sup>6</sup>. Son tres, en concreto, los antecedentes normativos más importantes de la regulación recién inaugurada por la legislación aplicable al contrato de concesión de obras públicas<sup>7</sup>.

El primero de ellos se encuentra recogido en los artículos 56, 58, 76 y 95 de la Ley General de Obras Públicas, de 13 de abril de 1877<sup>8</sup>. Por lo que se refiere a la iniciativa privada para la construcción y explotación de obras públicas, la Ley exige, en todos los casos, que se adjunte a la solicitud el proyecto correspondiente «con todos los datos que con sujeción a lo que se disponga en los reglamentos sean necesarios para formar cabal juicio de la obra, de su objeto y de las ventajas que de su construcción han de reportar los intereses generales»<sup>9</sup>. A ello se suma, además, la necesidad de que se proceda al depósito del 1 por 100 del presupuesto de la obra en garantía de sus propuestas<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Se trata de un reto que no es, en efecto, totalmente desconocido en este ámbito. Así, Marcelo MARTÍNEZ-ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración española. Compilación de la novísima legislación de España en todos los ramos de la Administración pública*, Madrid, 1923, págs. 742 y ss., afirma rotundamente que «complicada, y en algunos puntos contradictoria, es la legislación promulgada sobre el importante ramo de las obras públicas, como producto de distintos criterios, según se ha considerado que la construcción de aquéllas debía centralizarse más o menos, encomendarse a la espontánea iniciativa de los particulares o reservarse a la previsión administrativa».

<sup>7</sup> Representan indudablemente un paso adelante, en este sentido, los artículos 133 a 135 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, que desarrollan pormenorizadamente la intervención privada en la construcción y explotación de obras hidráulicas. Estos artículos recogían una regulación similar a la actualmente contenida en la Ley 13/2003, considerándose uno de sus antecedentes más inmediatos, por lo que han sido derogados para establecer en su lugar solamente ciertas especialidades en materia de obras hidráulicas. Ahora bien, su valor como antecedente de la regulación actual en materia de concesión de obras públicas se circunscribe, fundamentalmente, al ámbito concreto de su financiación privada, y no de la iniciativa particular para su proyección y construcción que es lo que aquí nos interesa. El Texto Refundido de la Ley de Aguas se inscribe así en la tendencia inaugurada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, que pretendía paliar el endeudamiento de la Hacienda Pública fomentando la financiación vía usuarios de las obras hidráulicas.

<sup>8</sup> A los que se suman los artículos 21 y concordantes del Reglamento para su ejecución, aprobado por Real Decreto de 6 de julio de 1877. Todos ellos hacen referencia a la iniciativa particular en el procedimiento de concesión administrativa, si bien los artículos 56 y 58 se centran en las obras ejecutadas por particulares sin solicitud de subvención u ocupación de dominio público, el artículo 76 se refiere a las obras subvencionadas con fondos públicos sin que llegue a ocuparse el dominio público y, finalmente, el artículo 95 está dedicado a las concesiones de dominio público y dominio del Estado.

<sup>9</sup> Así lo exige el tenor literal del artículo 56 de la Ley General de Obras Públicas de 1877, pronunciándose en términos muy similares el artículo 76.

<sup>10</sup> Artículos 58 y 76 de la Ley de 13 de abril de 1877.

Esta regulación, derogada expresamente por la Ley 13/2003, de 23 de mayo <sup>11</sup>, constituye, sin lugar a dudas, el punto de partida del segundo de los antecedentes normativos al actual artículo 222 del TRLCAP. Nos referimos, en concreto, a los artículos 117 y siguientes del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955. Integrados en el Capítulo V, «Gestión indirecta de los servicios», de su Título III, relativo a los servicios de las corporaciones locales, desarrollan el procedimiento a seguir «cuando algún particular solicitare por su propia iniciativa la concesión de un servicio» <sup>12</sup>.

Es posible hallar, por otra parte, un último precedente del artículo 222 del TRLCAP en el primer párrafo del artículo 5 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de las autopistas en régimen de concesión <sup>13</sup>, si bien es cierto, sin embargo, que por lo que se refiere a la iniciativa privada de las concesiones administrativas en el ámbito de las autopistas de

<sup>11</sup> La disposición derogatoria única de la Ley 13/2003 deroga expresamente en su apartado c) los artículos 53 a 105 y el artículo 111 de la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877.

<sup>12</sup> El artículo 117, que reconoce y establece esta posibilidad, impone al particular la obligación de «presentar Memoria sobre el [servicio] que se tratare de establecer y en la que justifique la conveniencia de prestarlo en régimen de concesión». Una vez presentada, «la Corporación examinará la petición y, considerando la necesidad o no del establecimiento del servicio y la conveniencia para los intereses generales de su gestión por concesión, la admitirá a trámite o la rechazará de plano». El Reglamento de Servicios continúa detallando, en los preceptos siguientes, los pasos que es preciso dar para desembocar, finalmente, en la aprobación por la corporación del proyecto que, «redactado por particulares o por la misma Corporación», hubiere de servir de base a la concesión del servicio. Estos preceptos, afectados en múltiples pasajes de su enunciado por la aprobación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y por su Reglamento General, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que los deroga en todo lo que se opongan a él en su disposición derogatoria única, primer párrafo, apartado f), continúan, no obstante, vigentes y son una buena muestra de la aceptación sin paliativos de la iniciativa privada en la contratación pública, y más concretamente, en el ámbito específico de la proyección y propuesta de concesión para la gestión de un servicio público local. Ahora bien, no hay que olvidar que se trata de una mera sugerencia de muy escasas consecuencias jurídicas, ya que la entidad local interesada goza de libertad prácticamente absoluta para admitirla a trámite o rechazarla «de plano». Es más, aún cuando la admitiera a trámite, semejante decisión no comportaría otra consecuencia que la mera apertura de la tramitación correspondiente y de una licitación posterior. Insiste en ello Fernando ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Aguilar, Madrid, 1960, pág. 543, para quien «es notorio que la utilización de una u otra fórmula gestora para la prestación de los servicios públicos constituye atribución discrecional de la Administración pública, que en ningún caso puede determinar un derecho subjetivo para los particulares». En idéntico sentido, Jose Antonio LÓPEZ PELLICER, «La concesión de servicios locales», en José Antonio LÓPEZ PELLICER y José Luis SÁNCHEZ DÍAZ, *La concesión administrativa en la esfera local. Servicios, obras y dominio público*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1976, págs. 78 y ss.

<sup>13</sup> La experiencia adquirida en su aplicación constituye, para Pablo MARTÍN HUERTA, «Incidencia de la nueva Ley en la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión (disposiciones adicionales séptima, octava y novena y disposición derogatoria)», en la obra colectiva dirigida por Adolfo MÉNENDEZ MÉNENDEZ, *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 401, un «sustrato fundamental» sobre el que se edifica la nueva regulación del contrato. En él se establece que «las personas físicas o jurídicas, privadas o públicas, podrán presentar propuestas, estudios y proyectos de construcción y explotación de las autopistas que puedan ser objeto de concesión». La propia Exposición de Motivos de la Ley subraya esta posibilidad al afirmar que el texto legal «establece y concretas», en su Capítulo II, «las actuaciones preparatorias que deben preceder a toda concesión, posibilitando la colaboración de la iniciativa privada en la promoción de estas concesiones».

peaje, la Ley 8/1972 se limita simplemente a reconocerla, sin concretar sus requisitos ni desarrollar el procedimiento a que habría de dar lugar su empleo <sup>14</sup>.

El estudio de estos precedentes ha de servir, en nuestra opinión, para procurar a la iniciativa particular en la concesión de obras públicas de un régimen jurídico apropiado para alcanzar su finalidad y propiciar su desarrollo. Con ello se habrán de evitar los inconvenientes que han atenazado tradicionalmente a aquellos antecedentes normativos, explotando al máximo sus beneficios. No creemos, sin embargo, que sea oportuno recurrir a ellos en busca de criterios interpretativos para resolver aquellas dudas que pudiera plantear, en este terreno, la articulación práctica del artículo 222 del TRLCAP, introducido por la Ley 13/2003.

No compartimos, en consecuencia, la opinión de aquellos autores que defienden que «a ellos habrá que acudir también, si ello es preciso, como elemento auxiliar para la interpretación del texto que ahora analizamos cuando se juzgue que existe insuficiencia de regulación y ello sea necesario» <sup>15</sup>. Entendemos que sería deseable, por el contrario, y en aras de una mayor seguridad jurídica, que fueran tomados en consideración a la hora de desarrollar reglamentariamente los cauces y trámites de aplicación del citado precepto y que este desarrollo fuera suficiente en sí mismo para garantizar el logro de sus fines. Que la experiencia adquirida con estos antecedentes y la doctrina y jurisprudencia derivadas de los mismos ayuden, en definitiva, a desarrollar el enunciado de los preceptos de la Ley 13/2003, colmando sus carencias, lagunas o silencios <sup>16</sup>.

### 3. ACTUACIONES PREVIAS Y ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO

La proliferación y el provecho de las ventajas que puede llegar a ofrecer la situación objeto de este estudio –la iniciación por el particular o sector privado del procedimiento de licitación de una concesión de obra pública– dependen, en buena medida, de la solución que se dé al problema práctico más importante que plantea esta cuestión, y que no es otro que la adecuada regulación de las actuaciones previas que habrán de desembocar en la adjudicación del contrato.

<sup>14</sup> De ahí el escaso valor práctico de este precepto, derogado finalmente por la disposición derogatoria única b) de la Ley 13/2003, de 23 de mayo. Cabría afirmar, por tanto, que la Ley de 1972 se limitó a ser, en esta materia concreta, una declaración de buenas intenciones, sin que éstas llegarán realmente a contar con un vehículo jurídico pormenorizado y adecuado para facilitar su cristalización y realización práctica. Un hecho enraizado en la propia vocación originaria de la Ley, que vendría, en palabras de Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, «En torno a la Ley de Autopistas de Peaje», en *RAP*, núm. 68, mayo-agosto 1972, págs. 327 y ss., a recoger «unos principios consagrados por la experiencia», estableciendo «un marco jurídico unitario, aplicable a la concesión de autopistas de peaje». De ahí que entienda que «se trata de una Ley de ámbito limitado, no obstante lo cual apunta soluciones de carácter más amplio».

<sup>15</sup> Así lo afirman, refiriéndose a los artículos 117 y siguientes del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 y al artículo 5.1 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, A. EMBID IRUJO y E. COLOM PIAZUELO, *Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas...*, *op. cit.*, pág. 138.

<sup>16</sup> Llama la atención sobre el auxilio interpretativo que presta la Ley 8/1972 a la nueva Ley 13/2003 en materia de infraestructuras lineales, P. MARTÍN HUERTA, «Incidencia de la nueva Ley en la Ley 8/1972...», *op. cit.*, pág. 425.



Se trata, en definitiva, de dar respuesta a una incógnita fundamental, definiendo la tramitación a seguir desde la presentación del estudio de viabilidad por el particular hasta la adjudicación final del contrato de concesión de obra pública. La importancia del régimen jurídico aplicable a este proceso está fuera de toda duda, ya que es aquél el que garantiza, precisamente, la existencia de una concurrencia efectiva en el mercado que permita abaratar los costes y maximizar los beneficios derivados de la intervención privada en la construcción y explotación de grandes infraestructuras.

Pero no sólo eso, una adecuada regulación de esos pasos previos a la adjudicación del contrato habrá de redundar, asimismo, en una protección aún mayor del interés general presente y de la inversión pública comprometida, por cuanto habrá de permitir el manejo, por parte del órgano de contratación competente, de criterios claros y coherentes que permitan evaluar no sólo el estudio de viabilidad presentado sino, incluso, la conveniencia misma de abordar la ejecución de la obra a través de un contrato de concesión de obra pública.

Esta cuestión, en la que se entrecruzan consideraciones de carácter jurídico, económico e incluso político, ha sido ampliamente debatida y tratada ya en el Derecho británico. La vigencia en su ordenamiento jurídico desde 1992 del sistema de la *Private Finance Initiative* –en adelante PFI– o, traducido literalmente, de la iniciativa de financiación privada, ofrece, sin dudas, gran interés para España, por la oportunidad de extraer de la experiencia comparada conclusiones valiosas para el ordenamiento jurídico propio, aprendiendo de los aciertos, errores y, en su caso, corrección de los mismos, que se hayan podido plantear en otros Derechos extranjeros<sup>17</sup>. Es por esta razón que iremos aludiendo, a lo largo de nuestra exposición y de una forma constante, al sistema británico, por ser éste el más consolidado y, por tanto, perfeccionado en cuanto a la iniciación privada del proceso de construcción y/o explotación de una obra pública se refiere.

### 3.1. Contenido contractual.

Tanto la regulación como la política de obras públicas han sufrido mutaciones importantes desde su alumbramiento en el ordenamiento jurídico español. Lo que se ha mantenido, sin embargo, constante es la actividad de fomento de los poderes públicos en este ámbito.

Resalta así, frente al abstencionismo político y económico propio de los poderes públicos del liberalismo del siglo XIX, la actividad pública de fomento y construcción de obras públicas que

<sup>17</sup> Para Juan DE LA CRUZ FERRER, «Hacia un nuevo modelo de regulación de las infraestructuras», en la obra colectiva coordinada por Juan Manuel URGOITI, *Infraestructuras y crecimiento económico, Papeles de la Fundación para el análisis y los estudios sociales*, Madrid, 1999, pág. 550, la experiencia británica «podría ser de aplicación universal ya que no tiene nada diseñado específicamente para el Reino Unido», de forma que «podría aplicarse a todos los países, especialmente para aquellos que como España pretenden aumentar sus inversiones en infraestructuras, sin aumentar los impuestos o la deuda pública». Sobre la aplicación concreta del sistema británico al diseño, construcción, financiación y explotación de carreteras, vid. Francisco Javier LÁZARO PÉREZ, «Experiencia del PFI en Gran Bretaña», en *La nueva era de la gestión privada de las infraestructuras. XXIII Semana de la Carretera. IV Encuentro Nacional de la Carretera. Isla de La Toja, 23-27 de octubre de 2000*, Asociación Española de la Carretera, Madrid, 2000, págs. 363 y ss.

desde fechas muy tempranas incide de forma decisiva, si bien indirectamente, en la propia economía, con el propósito final de facilitar la cohesión socioeconómica y territorial del Estado<sup>18</sup>. Son muchos los autores que han subrayado, en este sentido, el papel vertebrador de las infraestructuras y su significado final para el progreso económico y social<sup>19</sup>. Se ha llegado a hablar, incluso, de la «extracomercialidad» de las infraestructuras, en cuanto soporte necesario para la actividad social y económica pero «previas» al propio mercado, lo que justificaría su asignación al sector público y su consideración como responsabilidad de los poderes públicos<sup>20</sup>.

Junto a esta asunción de un protagonismo cada vez más acusado en el ámbito económico, es preciso poner de relieve la ampliación progresiva del propio concepto de obra pública, sustituido actualmente, en buena medida, por el término de infraestructura<sup>21</sup>. El primer problema que se plantea, en

<sup>18</sup> Para Martín BASSOLS COMA, *Las obras públicas y el urbanismo. Los actos de uso del suelo y la ejecución de obras promovidas por la Administración del Estado*, MOPTMA, Madrid, 1994, pág. 18, la construcción de obras públicas «no supone una interferencia en los mecanismos del ciclo económico, pero, en última instancia, son un elemento de regulación o estabilización del sistema económico».

<sup>19</sup> Así, *vid.* por todos, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Público y privado en la construcción y gestión de grandes infraestructuras pública», en la obra colectiva *XI Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo. Barcelona-Girona, 26, 27 y 28 de septiembre de 1996*, Cedecs, Barcelona, 1998, pág. 88, para quien estas infraestructuras enlazan directamente con el progreso social y económico que, conforme al artículo 40.1 de la Constitución, deben promover los poderes públicos. Es más, entiende que son «medios para ulteriores progresos, que ocasionalmente se convierten en fines a alcanzar». En un sentido similar se pronuncia J. DE LA CRUZ FERRER, «Hacia un nuevo modelo de regulación...», *op. cit.*, págs. 493 y ss., para quien las infraestructuras de transporte, energía y comunicaciones representan, como características jurídicas y económicas comunes a todas ellas, «los servicios esenciales para el crecimiento y el desarrollo económico». Es más, entiende que dependen de estos servicios «no sólo la competitividad económica, sino los aspectos cruciales de lo que hoy entendemos como calidad de vida (Estado Social)».

<sup>20</sup> Alberto RUIZ OJEDA, «Análisis jurídico del futuro marco regulador de la concesión de obra pública. Algunas propuestas para el sector de carreteras», en la obra colectiva coordinada por Cristina FERNÁNDEZ MEDRANO, *Jornadas sobre contratación, construcción y explotación de carreteras en España. Palma de Mallorca, 15, 16 y 17 de mayo de 2002*, Asociación Española de la Carretera, Madrid, 2002, pág. 87, para quien «ese mecanismo de generación, distribución y asignación de recursos que se llama mercado necesita, por tanto, de elementos que él no puede darse a sí mismo y sin los cuales no podría funcionar adecuadamente».

<sup>21</sup> La Real Academia define la obra pública como aquella «que es de interés general y se destina a uso público», conceptualizando la infraestructura en su primera acepción como «parte de una construcción que está bajo el nivel del suelo». La sustitución paulatina de un término por otro enlaza, a nuestro entender, y siguiendo en este punto a L. MARTÍN-RETORTILLO, con la segunda de las acepciones que reconoce la Real Academia para el vocablo «infraestructura» y con la propia importancia que se atribuye a las obras públicas desde un punto de vista socioeconómico. En efecto, en su segundo significado se afirma que la infraestructura está constituida por el «conjunto de elementos o servicios que se consideran necesarios para la creación y funcionamiento de una organización cualquiera», siendo así que hoy día colectividades completas –ciudades, pueblos, provincias e incluso regiones– las han convertido en su aspiración primera y principal. De ahí que el ámbito reservado a las obras públicas pueda ser calificado hoy de prácticamente inabarcable, ya que a su contenido tradicional cabe sumar hoy aquel que deriva de la construcción y explotación de infraestructuras en materia de energía o telecomunicaciones, entre otras. De ahí también el protagonismo indudable de los poderes públicos, llamados a intervenir en defensa y garantía de la multiplicidad de exigencias sociales, de bienes y de servicios, en definitiva, que la colectividad demanda y espera de las infraestructuras. Para L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Público y privado en la construcción y gestión...», *op. cit.*, pág. 87, «el panorama resulta sin duda vastísimo». Y así, suma a las ya citadas otro tipo de infraestructuras como las sanitarias, comerciales, deportivas, culturales o artísticas, o del espectáculo. J. DE LA CRUZ FERRER, «Hacia un nuevo modelo de regulación...», *op. cit.*, pág. 502, sostiene la insuficiencia del funcionamiento del mercado en este ámbito, reclamando como imprescindible «una actuación primaria del Estado», una regulación de estas materias que establezca «obligaciones para los operadores que garanticen niveles adecuados de seguridad, calidad y protección medioambiental», respondiendo así a las demandas sociales de «calidad de vida» y de «crecimiento sostenido».

consecuencia, al abordar el régimen jurídico de la preparación y adjudicación del contrato de concesión de obras públicas en nuestro ordenamiento jurídico, es el de definir, en términos estrictos, el contenido y el objeto del propio contrato. Se trata de un paso previo inexcusable, en cuanto la Ley 13/2003 ha introducido modificaciones sustanciales respecto a la legislación tradicional en la materia.

Si el artículo 130 del TRLCAP disponía, en su párrafo primero, con anterioridad a la reforma de 2003, que «se considera como contrato de concesión de obras públicas aquel en el que, siendo su objeto alguno de los contenidos en el artículo 120, la contraprestación a favor del adjudicatario consista en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio», la Ley 13/2003 ha alterado radicalmente el concepto del contrato.

Y así, el artículo 220 del TRLCAP dispone ahora, en su primer párrafo, que constituye este contrato «aquel en cuya virtud la Administración pública o entidad de Derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título».

Se amplía así, en consecuencia, el propio contenido del contrato de concesión de obras públicas que ya no está obligado a abarcar en su objeto un supuesto del contrato de obra, regulado en el artículo 120 del TRLCAP<sup>22</sup>, sino que puede hacer frente, en general, a otras obras que «siendo susceptibles de explotación», fueran necesarias para la prestación de servicios de interés general o, más concretamente, de servicios públicos de naturaleza económica<sup>23</sup>. Ahora bien, es preciso resaltar que la innovación más importante en este sentido estriba, no obstante, en el reconocimiento legal de un nuevo objeto para este contrato, que no hace referencia a la construcción de la obra, sino a su mera explotación.

<sup>22</sup> Conforme al artículo 120 del TRLCAP, puede ser objeto del contrato de obras:

- «a) La construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble, tales como carreteras, ferrocarriles, puertos, canales, presas, edificios, fortificaciones, aeropuertos, bases navales, defensa del litoral y señalización marítima, monumentos, instalaciones varias, así como cualquier otra análoga de ingeniería civil.
- b) La realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo, como dragados, sondeos, prospecciones, inyecciones, corrección del impacto medioambiental, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas u otros análogos.
- c) La reforma, reparación, conservación o demolición de los definidos en las letras anteriores.»

<sup>23</sup> Para el Consejo de Estado, en su Informe de 5 de diciembre de 2001, relativo al Anteproyecto de Ley reguladora de la Concesión de Obras Públicas, no cabe duda que con ello se «amplía notablemente la noción de obra pública en términos que no se compadecen con el artículo 120 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al que se remite el artículo 130 para delimitar el objeto de la concesión de obra pública, y lo que es aún más relevante, delimita el concepto de obra pública en atención a criterios distintos del propio de la titularidad de la obra, incluyendo muy probablemente supuestos, reconocidos actualmente por el vigente ordenamiento jurídico, de obras e infraestructuras que, por la liberalización de que han sido objeto, son de titularidad privada, aunque de interés general o público».

Se reforman, asimismo, las modalidades de pago al concesionario, cuya satisfacción puede proceder, de acuerdo con el artículo 225 del TRLCAP, de la propia gestión de la obra, es decir, mediante el precio que abone en este caso el usuario o la Administración por su utilización, de los rendimientos procedentes de la explotación de la zona comercial, en segundo lugar, y, en su caso, de las aportaciones de la propia Administración, si bien con una salvaguarda fundamental en cuanto se debe respetar el principio de asunción de riesgo por el concesionario.

Nos encontramos, en definitiva, ante un contrato de contenido sumamente complejo, no sólo por la ampliación de su objeto respecto a su regulación anterior, sino por el reconocimiento legal de nuevas formas de retribución al concesionario. El núcleo inicial de este contrato –la construcción por un sujeto privado, mediante financiación también privada, de una obra pública cuya explotación habría de servir de retribución a ese concesionario–, se expande irremediamente a la par que aumentan las dificultades de la hacienda pública y las restricciones presupuestarias, alcanzando, progresivamente, cotas de complejidad cada vez mayores.

A ello se suma la obligación de los poderes públicos de proteger en cada caso el interés general y la finalidad y rentabilidad de la inversión pública, desembocando finalmente en un nuevo sistema, el articulado por la Ley 13/2003, que pretende ser capaz de atraer la iniciativa y financiación privadas al ámbito de actividades, empresas y obras de interés público indudable.

Ahora bien, la necesidad institucionalmente impuesta y ampliamente sentida de ir avanzando en la equiparación o convergencia real con Europa y las limitaciones que esa exigencia ha acarreado en el ámbito del gasto público, no pueden inducir al error de considerar toda financiación privada como aceptable. Es cierto que la inversión privada redonda en una contención indudable del gasto público, en la medida en que permite un ahorro evidente al sector público que deja la financiación de ciertas obras e infraestructuras en manos privadas, pero está también constatado que aquélla se enfrenta a costes financieros más altos de forma que, en ciertas circunstancias, pudiera ocurrir que el coste real y final de una infraestructura fuera mayor bajo el prisma de la financiación privada que si hubiera sido financiada por la Administración pública competente.

Los problemas de esta opción contractual quedan así fuera de toda duda. No es suficiente la mera estimación *ex ante* de costes y beneficios, sino que es preciso valorar las posibilidades que existen de materializar realmente esos beneficios sin que la escalada de costes acabe por repercutir en el saldo positivo inicial convirtiéndolo, finalmente, en un saldo costes-beneficios negativo.

Son varias las razones que se han apuntado para explicar esa posible divergencia entre los valores inicialmente tasados, de una parte, y los reales manifestados durante la propia vida de la infraestructura, de otra. Asimismo, son también diversos los argumentos empleados para poner de relieve las ventajas y desventajas de un sistema de financiación exclusivamente público o privado para esos costes.

En primer lugar, la realización efectiva de los beneficios esperados de una infraestructura proyectada depende de múltiples variables de difícil definición *ex ante*. No hay que olvidar que, por sus

propias características, la vida útil de la obra pública en construcción es larga y está marcada, en numerosas ocasiones, por la inexistencia de posibles usos alternativos, a lo que acompaña habitualmente un coste económico importante y una demanda de uso impredecible para períodos de tiempo muy prolongados. A estas dificultades de predicción y de cálculo del riesgo, contra las que poco puede hacerse, ya que va a resultar imposible su erradicación completa, se sumarían, además, aquellas otras derivadas de la propia regulación y configuración legal del contrato de concesión de obra pública <sup>24</sup>.

Es preciso prestar una especial atención, en este sentido, al desarrollo reglamentario de la Ley, ya que de éste depende, en buena medida, que logren sortearse estos inconvenientes. Si se quiere evitar la conclusión de contratos sobre unos beneficios y costes estimados que después se muestren, sin embargo, en la práctica, completamente ajenos a lo previsto inicialmente, es necesario afinar la respuesta de nuestro ordenamiento ante cuestiones tales como, entre otras, la evaluación por parte de la Administración de la vía contractual más adecuada para la provisión de la infraestructura, la concurrencia real y efectiva entre los licitadores, la competitividad de sus ofertas y de la financiación proyectada sobre bases y cálculos realistas susceptibles de comprobación y contraste por parte del órgano contratante o, finalmente, la valoración pública de la posibilidad real que existe de materializar esas propuestas trasladando al adjudicatario de forma efectiva los riesgos inherentes a la construcción o gestión de la obra pública.

Pero es que además cabe constatar, en segundo lugar, la insuficiencia de cualquier sistema de financiación de obras públicas de procedencia exclusivamente pública o privada. Ambos presentan serias deficiencias que hacen aconsejable la búsqueda de un régimen mixto de financiación.

La financiación y gestión exclusivamente públicas adolecen de menoscabos importantes. De un lado, la mala prensa y peores resultados que ha acarreado en múltiples ocasiones la gestión empresarial de los poderes públicos. Resulta indudable la supremacía del sector privado en este ámbito, que es capaz de ofrecer, por regla general, mejores resultados con menor inversión. De otro lado, la exigencia actual de contención del gasto público y la necesidad, en consecuencia, de mantener el equilibrio presupuestario.

En esta línea, el Consejo de Estado ha hecho hincapié, en su Informe de 5 de diciembre de 2001, relativo al Anteproyecto de Ley reguladora de la Concesión de Obras Públicas, en la «diversificación de los instrumentos de financiación de las actuaciones en materia de infraestructuras» a que conducen la «búsqueda de una mayor eficiencia financiera pública», motivada por los «condicionamientos impuestos por los factores macroeconómicos», y las «restricciones de la política fiscal», circunstancias que «han terminado por condicionar la búsqueda de fórmulas de participación y financiación privada en la provisión de infraestructuras».

<sup>24</sup> Vid. G. DE RUS, «Infraestructuras, participación privada y...», *op. cit.*, pág. 376, quien sostiene que ambas razones, relacionadas, respectivamente, con las características de la actividad y con el diseño del contrato de concesión, «están enraizadas en la propia naturaleza de las obras de ingeniería».

A pesar de ello, no resulta tampoco aconsejable optar por un sistema de financiación exclusivamente privada. Su gestión, más ágil y eficiente, en líneas generales, no consigue anular del todo el lastre que supone tener que hacer frente a unos costes financieros significativamente más elevados que para las inversiones públicas, y ello a pesar de las medidas económicas adoptadas para limar semejantes diferencias <sup>25</sup>. Simultáneamente, el interés general que trasciende a la obra y su papel como revulsivo, en muchas ocasiones, de la situación socioeconómica de la zona en que se implanta exige un seguimiento de cerca por parte de la propia Administración e incluso de su esfuerzo económico para hacer la inversión más atractiva y rentable al sector privado.

Se perfila, en consecuencia, como necesaria la colaboración entre los sectores público y privado <sup>26</sup>, dependiendo de cada caso en concreto su alcance y la articulación específica de la solución más idónea para la provisión y gestión de la infraestructura <sup>27</sup>. Resulta insoslayable, en nuestra opinión, establecer criterios claros y coherentes que permitan, en este sentido, evaluar las posibles alternativas a un estudio de viabilidad presentado por la iniciativa particular con el fin último de concluir qué tipo de contrato resulta más adecuado. No sólo en lo que se refiere a la determinación, en sentido estricto, del objeto propiamente dicho del contrato de concesión de obras públicas, sino también de la propia conveniencia y de las vías concretas para dar entrada, en su caso, al sector privado en su proyección, ejecución y gestión <sup>28</sup>.

Compartimos por ello, plenamente, la advertencia que realiza RUIZ OJEDA al recordar que «la provisión de infraestructuras públicas sólo añade riqueza si los procesos productivos asociados son

<sup>25</sup> Y que han sido sintetizadas por J. DE LA CRUZ FERRER, «Hacia un nuevo modelo de regulación...», *op. cit.*, págs. 498 y ss., en cuya opinión se ha reducido esa diferencia de costes «por la puesta en práctica de depuradas técnicas e instrumentos financieros y por la internacionalización de los mercados de capitales», así como por los actuales tipos de interés a que han llevado «los criterios de estabilidad macroeconómica». Una realidad en la que insiste, asimismo, el Informe del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 2001, al afirmar que «esa diferencia de costes se ve en parte superada» por el empleo de las medidas citadas.

<sup>26</sup> Una conclusión que deriva de las externalidades positivas de la provisión de infraestructuras y de las tasas de retorno insuficiente que presenta en muchos casos. *Cf.*: J. DE LA CRUZ FERRER, «Hacia un nuevo modelo de regulación...», *op. cit.*, pág. 499.

<sup>27</sup> El Informe del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 2001 se hace eco de la recomendación que realiza en este sentido la OCDE en su Informe de 1991 *Urban Infrastructure: Finance and Management*, para que los «poderes públicos apliquen posibles fórmulas de participación privada en la construcción y gestión de infraestructuras públicas consolidadas en la práctica, como son, en primer término, la constitución de entidades de participación conjunta o mixta (pública-privada) *-joint public-private organizations-* ensayadas en el Derecho francés y en países de influencia anglosajona; o también las empresas privadas de participación pública *-joint ventures-* de innegable cuño anglosajón (utilizadas en el Reino Unido para la construcción y financiación de infraestructuras ferroviarias), en las que la aportación pública habitualmente se produce mediante aportaciones en especie. En segundo lugar, la captación de la participación privada a través de técnicas diversas, en las que podría recurrirse a fórmulas variadas de financiación, como la captación de recursos en el mercado de capitales, las denominadas "contribuciones negociadas" (*negotiated contributions*) o la emisión de títulos o bonos».

<sup>28</sup> Enlazando así con el propio objeto del contrato de concesión de obra pública diseñado por la Ley 13/2003 que no es otro, en opinión de Francisco SANZ GANDÁSEGUI, «El concepto de contrato de concesión de obras públicas (arts. 5, 7, 220 a 225)», en la obra colectiva dirigida por Adolfo MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 81, que «concretar la colaboración del sector privado en la construcción y explotación de obras públicas, buscando un punto de equilibrio que permita salvaguardar el interés público en la ejecución y explotación de las obras públicas, con especial atención a los derechos del usuario, y el respeto a la seguridad jurídica y los legítimos intereses empresariales, de quienes comprometen su capital en este tipo de proyectos».

eficientes en la gestión de recursos y, hasta cierto punto, esto es independiente del vehículo de captación y aplicación de recursos monetarios que se utilice; se trata simplemente de saber los problemas específicos con los que hay que lidiar cuando elegimos una determinada alternativa y ser conscientes de las potencialidades que procura la decisión adoptada»<sup>29</sup>.

### 3.1.1. El objeto del contrato de concesión de obras públicas.

Conforme a la Exposición de Motivos de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, «cuatro conceptos o notas fundamentales caracterizan la figura de la concesión, tal como la concibe esta Ley, conceptos que constituyen el núcleo de ésta, imprimiéndole carácter». Son los de «obra pública», «riesgo concesional», «equilibrio económico de la concesión» y «diversificación de la financiación»<sup>30</sup>.

Continúa precisando, respecto al primero de estos factores, que la obra pública es el criterio fundamental para la definición del objeto del contrato de concesión de obras públicas, debiendo entenderse aquélla como «sinónimo de bien inmueble de interés público creado por la actividad del concesionario que realiza el proyecto aprobado por la Administración», cobrando, además, su «cabal significado para posibilitar el contrato cuando es susceptible de constituirse en soporte instrumental para la ejecución de actividades y servicios varios de interés público, incluido el que pueda desprenderse de su propia naturaleza cuando se destine al general uso o aprovechamiento».

Cabe concluir, a la vista de estas afirmaciones, que el objeto del contrato de concesión de obras públicas ha sufrido una de las transformaciones de mayor entidad de todas las que acomete el nuevo texto legal, especialmente si consideramos la evolución de su configuración desde la aprobación de la LCAP de 1995.

#### 3.1.1.1. El contrato de concesión de obras públicas como contrato mixto.

Esta última Ley, LCAP de 1995, incorporó a su articulado el concepto de concesión de obras públicas plasmado en la Directiva 93/37/CEE, del Consejo<sup>31</sup>, que en su artículo 1 configura aquella concesión como una simple modalidad del contrato de obras, diferenciándose inicialmente ambos

<sup>29</sup> A. RUIZ OJEDA, «Análisis jurídico del futuro marco regulador...», *op. cit.*, pág. 88.

<sup>30</sup> Sobre el significado y alcance de estos cuatro conceptos en la nueva regulación del contrato de concesión de obras públicas, *vid.* Ramón PARADA, *Derecho Administrativo I. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2003, págs. 331 y ss.

<sup>31</sup> Así lo sostienen, entre otros muchos, Estebán ARIMANY LAMOGLIA y Mariano MAGIDE HERRERO, «Retribución, riesgo y garantías de los financiadores en la concesión de obra pública (a propósito del Proyecto de Ley reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas)», en *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, núm. 3, 2002, pág. 69, para quienes «la redacción original de la LCAP se limitó a transponer, casi literalmente, los preceptos dedicados a la concesión de obras públicas en la Directiva 93/37 del Consejo sobre el contrato de obras».



contratos en la contrapartida a percibir por el contratista, ya que en el caso de la concesión aquélla debería consistir en la explotación de la obra o en este derecho acompañado de un precio <sup>32</sup>.

La reforma posterior de la LCAP por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, introdujo una novedad fundamental al configurar expresamente la concesión de obra pública como contrato mixto. Si el artículo 130 de la LCAP de 1995 había dispuesto hasta ese momento, en su párrafo 2, que el contrato quedaba «sujeto a las normas generales de los contratos de obras», ajustándose el concesionario «en la explotación de la obra» a lo establecido para la ejecución del contrato de gestión de servicios públicos, la nueva redacción dada a ese precepto en 1999 suponía que «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6», relativo a los contratos mixtos, el contrato de concesión de obras públicas quedaba sujeto en ciertas materias a las normas vigentes para los contratos de obras y en otras, en cambio, a lo establecido para los contratos de gestión de servicios públicos <sup>33</sup>.

Se reconoce con ello expresamente el carácter mixto del contrato, en el que se integrarían, conforme al enunciado del ya citado artículo 6 de la LCAP «prestaciones correspondientes a otro u otros [contratos] administrativos de distinta clase», debiendo atenderse «para su calificación y aplicación de las normas que lo regulen, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico».

En resumen, la caracterización del contrato de concesión de obras públicas como contrato mixto supondría reconocer en su configuración prestaciones propias del contrato público de obras y otras inherentes, por el contrario, al contrato de gestión de servicios públicos, dependiendo su régimen jurídico en cada caso concreto de la que tuviera mayor importancia en términos económicos.

Así lo ha defendido el Consejo de Estado, en su Informe de 5 de diciembre de 2001 al Anteproyecto de Ley, para quien «la concesión de obras públicas se caracteriza por ser un negocio, cuya peculiaridad reside en su objeto –al comprender la construcción, conservación y explotación de la

<sup>32</sup> La Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio, del Consejo, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, define los contratos públicos de obras en su artículo 1, apartado a), como aquéllos «de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador definido en la letra b), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el Anexo II o de una obra definida en la letra c), bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador», asumiendo, en el apartado d) del mismo precepto, que es contrato de concesión de obras públicas el que «presente los caracteres contemplados en la letra a), con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio».

<sup>33</sup> Dispone el enunciado originario del artículo 130.2 de la LCAP de 1995, refiriéndose al contrato de concesión de obras públicas: «Este contrato queda sujeto a las normas generales de los contratos de obras y, en particular, a las de publicidad de los mismos, con las especialidades previstas en el artículo 139. El concesionario deberá ajustarse en la explotación de la obra a lo establecido en el artículo 162». Establece, por el contrario, tras su reforma por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6, el contrato de concesión de obras públicas queda sujeto a las normas de publicidad de los contratos de obras, con las especialidades previstas en el artículo 139. El concesionario deberá ajustarse en la explotación de la obra a lo establecido en el artículo 161». La diferencia resulta abismal, por cuanto la invocación expresa del artículo 6 de la LCAP supone admitir y consagrar normativamente la naturaleza de la concesión de obras públicas como contrato mixto.



obra pública-, y en la forma de financiación– al otorgarse al concesionario el derecho a la explotación de la obra por él construida». Pero no sólo eso, «se caracteriza, además, por ser un negocio jurídico típico de carácter mixto». Es por esta razón que advierte y subraya que «la mera explotación de una obra podría constituir en sí misma el objeto de otro contrato, distinto al de la concesión, bien administrativo (de gestión de los servicios públicos) bien privado, bien típico, bien atípico»<sup>34</sup>.

Pero no sólo el Consejo de Estado, también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha insistido repetidamente en el carácter mixto del contrato de concesión de obra<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Crítica, asimismo, la redacción originaria del artículo 12.1 del Anteproyecto de Ley, considerándola «impertinente» por cuanto permitía la posibilidad de que «puedan ser objeto de la concesión de obras públicas la construcción y mantenimiento de una obra "no susceptible de explotación económica", pues ello, además de constituir en realidad un contrato administrativo de obra (construcción de la obra) y otro de asistencia técnica o de servicios (mantenimiento de la obra), desvirtúa injustificadamente la verdadera esencia y naturaleza de la concesión de obras públicas, corolario de una arraigada tradición jurídica que la configura como instrumento al servicio de la acción administrativa y que ahora se pueden menoscabar». Reitera con ello la doctrina recogida en su Dictamen núm. 4.464, de 22 de diciembre de 1998, en el que se abogaba, además, por la aplicación al contrato de concesión de obras públicas del criterio de la combinación, ya que se trata de un «contrato mixto típico en el que –concurriendo prestaciones de dos contratos diferentes– tales prestaciones no llegan a coexistir, sino que se realizan sucesivamente: primero, se construye la obra y, después, se explota». De ahí que sostenga que «sería más acorde a la naturaleza de esta figura que su régimen jurídico se delimitase con arreglo a la teoría de la combinación: la realización de la obra se regularía por las normas del contrato de obra (incluidas las relativas a su publicidad y con las especialidades pertinentes); y una vez recibida la obra por la Administración, comenzarían a aplicarse las normas propias del contrato de gestión de servicios públicos».

<sup>35</sup> En su Informe 24/1996, de 30 de mayo de 1996, sostiene que las obras de adaptación y la explotación de una residencia universitaria, «pueden ser objeto de contratos distintos e independientes», recordando, no obstante, que si «se opta por la celebración de un único contrato con doble prestación [...] se aplicarán las normas resultantes de la calificación del contrato», correspondientes a la «prestación más importante desde el punto de vista económico, sin admitir la posibilidad de aplicación de normas de distintos tipos de contratos». Es más, la Junta Consultiva llegó a defender la aplicación al contrato de este carácter mixto y, en parte, de la normativa propia del contrato de gestión de los servicios públicos con anterioridad, incluso, a la reforma de la LCAP por Ley 53/1999, de 28 de diciembre, acudiendo, para reforzar aún más su doctrina, al precedente que suponía en esta materia el Derecho comunitario y al propio enunciado literal del artículo 130 de la LCAP. En su Informe 49/1997, de 17 de noviembre de 1997, afirma expresamente que «como la LCAP, en la regulación de las concesiones de obras públicas pretende únicamente [...] incorporar el contenido de la Directiva 93/37/CEE es indudable que la regulación nacional no puede tener un alcance distinto que el de la regulación comunitaria, por lo que lo esencial de la LCAP, aparte de los conceptos que incorpora, es someter estos contratos a las reglas de publicidad comunitaria y en este sentido es significativo que el artículo 130.2 de la LCAP, después de establecer que la concesión de obras públicas queda sujeta a las normas generales de los contratos de obras, añade que "en particular" a las de publicidad de los mismos, con lo que viene a resaltar la misma finalidad de las Directivas comunitarias, lo que no sería necesario si la concesión de obra pública, en su modalidad de construcción y explotación, quedara sujeta a la total regulación del contrato de obras, por lo que no habría que resaltar la aplicación "en particular" de las normas de publicidad». Y así, afirmará posteriormente en su Informe 25/2001, de 30 de enero de 2002, que «precisamente para aclarar las dificultades interpretativas que suscitaba la primitiva redacción del artículo 130 de la LCAP, en el que, definiendo bajo la rúbrica de concesión de obra pública un contrato de gestión de servicios públicos, se declaraban aplicables las normas del contrato de obras, la nueva redacción del artículo 130, llevada a cabo por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, e incorporada al Texto Refundido de la Ley, aclara que las normas del contrato de obras aplicables son exclusivamente las de publicidad por resultar esta exigencia de las propias Directivas comunitarias». Se hace eco la Junta, en este sentido, de la propia doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que defiende la identidad propia de este contrato y la aplicación al mismo de normas diversas en función de su objeto. Destaca, en este sentido, su Sentencia de 19 de abril de 1994 al declarar que «un contrato mixto, cuyo objeto es a la vez la ejecución de obras y una cesión de bienes no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 71/305/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, si la ejecución de las obras solo tiene carácter accesorio respecto de la cesión de bienes».

También el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse, si bien indirectamente, sobre estas cuestiones, ratificando la naturaleza mixta de la concesión de explotación de una obra pública en su Sentencia de 6 de junio de 1997 <sup>36</sup>. En su jurisprudencia el Tribunal ha hecho un especial hincapié en la diferenciación de los contratos de obra y de concesión de un servicio público <sup>37</sup>, siendo así que el contrato de concesión de obras públicas se encuentra a medio camino entre uno y otro, aunando características propias de ambos y destacando, en definitiva, porque a la realización de una obra sigue su gestión y explotación.

De estos antecedentes se derivaría, en consecuencia, la calificación de la concesión de obras públicas como contrato mixto. Se trata, no obstante, de una configuración sumamente debatida y discutida en la doctrina <sup>38</sup>, que ha ido poniendo de relieve tanto la insuficiencia de la caracterización del contrato en la LCAP de 1995 como la inadecuación de aquella otra recogida en su modificación posterior de 1999.

Son muchas, por un lado, las diferencias que presenta la concesión de obras públicas con el contrato de obras, siendo inapropiado el régimen jurídico de este último para hacer frente a las cuestiones planteadas por la primera. Pero es que, además, el artículo 6 de la LCAP, aplicable a la concesión de obras tras la reforma de 1999, es claramente incapaz, por otro lado, de dar respuesta a algunos de los interrogantes planteados en la práctica por el contrato de concesión de obras públicas. Su opción por el criterio de la absorción, frente al de la combinación, «exigiría, en primer lugar, la deci-

<sup>36</sup> En ella diferencia tajantemente entre la fase de construcción y la de explotación de la obra, en el caso de autos una autopista, «la cual ya no se encontraba en fase de construcción por estar terminada hace varios años y sí en régimen de explotación», tratándose de una concesión mixta, «de servicio público y demanial, puesto que el concesionario para la prestación del servicio público está utilizando un bien de dominio público» (FJ 3). La propia Sentencia se remite a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia, citando expresamente las Sentencias de 4 de julio de 1967 y de 20 de noviembre de 1969.

<sup>37</sup> Mientras que en el primero, *locatio operis*, «el empresario se obliga a realizar una obra, es decir, el resultado de un trabajo mediante la contraprestación de una remuneración», en el segundo, *facere*, «se obliga no a ejecutar una obra, sino a prestar un servicio, o lo que es lo mismo, se promete el trabajo en cuanto tal y no el resultado que ha de producir ese trabajo». Esta jurisprudencia, extraída del FJ 3 de la Sentencia de 3 de julio de 1997, reitera la de Sentencias anteriores de 29 de noviembre de 1988, de 5 de diciembre de 1988 o de 23 de mayo de 1997. Asimismo, la Sentencia de 20 de julio de 1983 va más allá al afirmar, en su FJ 2, que «el objeto de la concesión de un servicio público está, precisamente, constituido por la transferencia que a favor del particular se realiza, exclusivamente de facultades para la gestión del servicio», siendo indiferente «que como etapa previa a la ejecución de la concesión, el concesionario haya de acometer la construcción de determinadas obras, ya que esta concesión mixta de obras y gestión del servicio público [...] no desvirtúa cuanto en relación con dicha gestión venimos exponiendo».

<sup>38</sup> Si bien es cierto que tanto el Tribunal Supremo, como el Consejo de Estado o la Junta Consultiva de Contratación se han mostrado partidarios de la teoría del contrato mixto en el supuesto concreto de la concesión de obras públicas, insistiendo en el criterio de la absorción que consagra el artículo 6 del TRLCAP, no han faltado voces doctrinales cuestionando la calificación por entender que no da una respuesta satisfactoria a muchas de las incógnitas que plantea esta figura contractual. Y así, E. ARIMANY LAMOGLIA y M. MAGIDE HERRERO, «Retribución, riesgo y garantías de los financiadores...», *op. cit.*, pág. 70, sostienen que «los problemas surgen del hecho fácilmente constatable de que la regulación del contrato de gestión de servicios públicos no puede dar una respuesta adecuada a las cuestiones jurídicas que surgen durante la construcción de la obra, del mismo modo que la regulación propia del contrato de obras no sirve para resolver las situaciones que pueden plantearse durante la explotación de la obra». Sobre el debate doctrinal desatado por la confusa calificación de la concesión de obras públicas como contrato mixto, vid. F. SANZ GANDÁSEGUI, «El concepto de contrato de concesión de obras públicas...», *op. cit.*, págs. 95 y ss., y las referencias doctrinales que allí se contienen.

sión (no siempre fácil) de cuál es la prestación de mayor peso económico (la construcción de la obra o su explotación), para aplicar posteriormente, junto con los escasos preceptos expresamente dedicados en la LCAP a la concesión de obras públicas, el régimen jurídico del contrato de obras o el propio del contrato de gestión de servicios públicos»<sup>39</sup>.

### 3.1.1.2. La superación de la teoría del contrato mixto por la Ley 13/2003.

Frente a las soluciones propugnadas por las Leyes de 1995 y 1999, la Ley 13/2003, de 23 de mayo, ha optado por una postura claramente innovadora, en cuanto ha independizado por fin el contrato de concesión de obras públicas respecto de cualquier otra figura contractual, sacando su regulación del Título I del Libro II del TRLCAP, relativo al contrato de obra, para adicionar a este mismo Libro del texto legal un nuevo Título V dedicado en exclusiva al contrato de concesión de obras públicas.

La novedad, que ha sido saludada con agrado por ciertos sectores doctrinales, por cuanto supone dar autonomía a la figura contractual estudiada atendiendo a sus peculiaridades y exigencias propias<sup>40</sup>, va acompañada, sin embargo, de cierta tosquedad en la delimitación y el deslinde de las figuras contractuales concretas de la concesión de obras públicas y la gestión de servicios públicos o de servicios.

En efecto, no parece haber problema alguno en el deslinde de los contratos típicos de obras y de concesión de obras públicas. Este último puede comprender la construcción y explotación o tan sólo la explotación de una obra pública<sup>41</sup>. Ese elemento de gestión de la obra, ya sea construida por el propio contratista o entregada al mismo por la Administración concedente, es el criterio de distinción fundamental entre ambos contratos. Mientras que el primero se centra exclusivamente en la obtención de un resultado, el segundo implicará siempre la prestación de una actividad por el contratista.

<sup>39</sup> E. ARIMANY LAMOGLIA y M. MAGIDE HERRERO, «Retribución, riesgo y garantías de los financiadores...», *op. cit.*, pág. 70.

<sup>40</sup> Para F. SANZ GANDÁSEGUI, «El concepto de contrato de concesión de obras públicas...», *op. cit.*, pág. 84, la «insuficiencia» de la normativa anterior «hacia necesario dotar a esta figura de un nuevo régimen jurídico que, desde una perspectiva general, actualizara, respetando la tradición jurídica, este contrato, con una regulación lo más completa posible de los procedimientos necesarios para su concepción y adjudicación, de los derechos y obligaciones de las partes, previendo técnicas de financiación privada adaptadas a los nuevos instrumentos que han ido apareciendo en el mercado e incorporando las nuevas técnicas y experiencias desarrolladas a lo largo de todo este tiempo». Si bien es cierto que la legislación anterior no resolvía todas las dudas planteadas por el contrato de concesión de obras públicas, no resulta, sin embargo, tan indiscutible, en nuestra opinión, que la Ley 13/2003, de 23 de mayo, articule la respuesta más adecuada a esta necesidad contrastada de actualización.

<sup>41</sup> Sobre los posibles objetos del contrato de concesión de obras públicas, *vid.* A. EMBID IRUJO y E. COLOM PIAZUELO, *Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas...*, *op. cit.*, págs. 79 y ss., quienes profundizan en la realización de la obra, la explotación de la obra ya construida y, finalmente, la construcción y explotación de la obra como posibles contenidos de la prestación del concesionario de obras públicas, analizando, asimismo, la novedad que supone la posibilidad de que la prestación comprenda también la construcción y/o explotación de zonas complementarias de explotación comercial.

Más dudas plantea, sin embargo, la distinción de los contratos de concesión de obras públicas y de concesión de la gestión de servicios públicos o de servicios. Son muchas más las dudas que asaltan al jurista al intentar trazar la línea divisoria entre ambos negocios jurídicos, sobre todo cuando el primero consiste únicamente en la explotación de una obra pública preexistente<sup>42</sup>. La Ley 13/2003 adolece, en este sentido, de un planteamiento un tanto deficitario, por cuanto no ha procedido a realizar una reforma en profundidad del contrato de gestión de servicios públicos, al objeto de diferenciar claramente ambas figuras, sino que se ha limitado a superponer un contrato de nueva creación –la concesión de la explotación de una obra pública– a otro ya tradicional en nuestro ordenamiento jurídico y que resulta en principio adecuado para el cumplimiento de este mismo fin, es decir, la explotación de una infraestructura pública ya existente.

Ha habido voces, sin embargo, que se han apresurado a dar la bienvenida a esta nueva modalidad contractual, defendiendo la necesidad de un régimen jurídico propio para el contrato de concesión de obra pública cuyo único objeto lo constituya la explotación. Se afirma, en concreto, que en estos casos «la obra está ya construida pero por razones conceptuales (no se trata de la prestación de un servicio público) y prácticas (la explotación requerirá de importantes inversiones que deberán ajustarse a la economía concesional), la relación contractual debe contar con reglas *ad hoc* que permitan establecer un marco jurídico de derechos y obligaciones estable y seguro»<sup>43</sup>.

En cualquier caso, parece, a la vista del articulado de la Ley, que se hubiera querido reservar y asegurar la mayor discrecionalidad posible para la decisión administrativa, que es prácticamente libre a la hora de optar entre una u otra solución contractual. Con ello se facilita al máximo, en nuestra opinión, el recurso por parte de los poderes públicos al contrato de concesión de obras públicas para la mera explotación o gestión de una obra de estas características, beneficiándose la Administración de la regulación de este nuevo contrato que permite la afluencia de capital privado a la construcción

<sup>42</sup> Para A. EMBID IRUJO y E. COLOM PIAZUELO, *Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas...*, *op. cit.*, pág. 49, «no hay en la Ley 13/2003 examinada elementos suficientes para discernir en todos los casos en qué supuestos deberá utilizarse la figura del contrato de concesión de obras públicas o cuándo deberá acudir al contrato de gestión de servicios públicos o al de servicios». Lo que habrá de desembocar, en su opinión, en una «sustantiva litigiosidad». En idéntico sentido, E. ARIMANY LAMOGLIA y M. MAGIDE HERRERO, «Retribución, riesgo y garantías de los financiadores...», *op. cit.*, págs. 70 y ss., para quienes el deslinde es especialmente difícil por «la concepción amplia que se tiene del servicio público en nuestro ordenamiento, especialmente en la legislación de régimen local, y el hecho de que el propio Proyecto proclama expresamente que las obras públicas cuya concesión contempla pueden servir perfectamente de soporte a la prestación de una actividad declarada formalmente como de servicio público».

<sup>43</sup> F. SANZ GANDÁSEGUL, «El concepto de contrato de concesión de obras públicas...», *op. cit.*, pág. 98. A. EMBID IRUJO y E. COLOM PIAZUELO, *Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas...*, *op. cit.*, págs. 84 y ss., intentan vencer la inseguridad jurídica derivada del tratamiento legal de esta cuestión ofreciendo una interpretación de la distinción entre los distintos contratos del TRLCAP basada en el propio concepto de servicio público, de forma que «cuando se esté en presencia de un servicio público competencia de una Administración y se quiera prestar de forma indirecta en su modalidad de concesión será preciso aplicar los artículos 154 y ss. de la LCAP. En cambio, si no se está ante un servicio público, se aplicará la nueva regulación del contrato de obra pública». Son conscientes, no obstante, de que se trata simplemente de una interpretación «sujeta en última instancia al control jurisdiccional».

y explotación de infraestructuras y su convivencia con las ayudas públicas que pudieran concederse a estos efectos <sup>44</sup>.

Ahora bien, no cabe ignorar la inseguridad jurídica que conlleva esta indefinición y que habrá de ser, seguramente, fuente de numerosos litigios en el futuro. Un riesgo que no contribuye a hacer que este tipo de contratos resulten precisamente atractivos a la iniciativa privada. La doctrina se ha encargado de poner de manifiesto, al poco tiempo de la aprobación de la Ley, cómo «la incorporación de la regulación del contrato de concesión de obra pública previsto en la Ley 13/2003 a la vigente LCAP se realiza sin coordinar dicha regulación con el resto de articulado de la LCAP, ni indicar tampoco su correspondencia con las categorías previstas en la normativa comunitaria sobre contratación de obras y servicios», lo que «ha creado un problema de coherencia interna de la propia LCAP, y problemas de calificación de algunos supuestos» <sup>45</sup>.

Razón más que suficiente para desear que el desarrollo reglamentario de la Ley incorpore criterios de distinción lo suficientemente claros que permitan acotar el ámbito propio de contratos ya tradicionales, los de gestión de servicios públicos o de servicios, frente al de otro de reciente creación, como es el contrato de concesión de obras públicas para la explotación de una obra preexistente. Una aspiración plasmada ya en el Dictamen del Consejo Económico y Social, de 15 de enero de 2002, sobre el Anteproyecto de Ley reguladora de la Concesión de Obras Públicas, cuando recomienda «una mayor precisión sobre lo que ha de entenderse por "contrato de concesión de obras públicas" al objeto de diferenciarlo con claridad de otras figuras o instrumentos jurídicos con los que cuenta la Administración para el logro de los objetivos públicos pretendidos por el Anteproyecto» <sup>46</sup>. Resulta

<sup>44</sup> Estas nuevas posibilidades llegan así, en palabras de A. EMBID IRUJO y E. COLOM PIAZUELO, «Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas...», *op. cit.*, pág. 49, a «objetos que antes eran contenido de otros contratos y donde no tienen aplicación tal tipo de disposiciones favorecedoras». Se pretende con ello, en definitiva, extender a la totalidad de las obras públicas el régimen establecido por el artículo 1.1 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, para el ámbito concreto de las autopistas de peaje. Ha llamado la atención sobre ello el Consejo de Estado, en su Informe de 5 de diciembre de 2001 al Anteproyecto de Ley, afirmando que «la generalización de tal previsión, inspirada claramente en la legislación sectorial de autopistas, unido a otras prevenciones del anteproyecto como las referidas a las ayudas de la Administración en la ejecución de la obra (art. 22.1 y 2) y las excepciones al principio de riesgo y ventura por causa de fuerza mayor (art. 24.2 y 3), desvirtúa en buena medida los perfiles legales que definen la institución concesional».

<sup>45</sup> A. EMBID IRUJO y E. COLOM PIAZUELO, *Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas...*, *op. cit.*, p. 78. Estas dificultades para diferenciar los contratos regulados en la legislación sobre contratación administrativa motivaron en su día la presentación de distintas enmiendas al artículo único, apartado 5, del Proyecto de Ley que se traduciría, finalmente, en el artículo 220.1 del TRLCAP tras la aprobación de la Ley 13/2003, de 23 de mayo. Cabe citar, en este sentido, las enmiendas núm. 103 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados, o las enmiendas núms. 65, 118 y 135 de los Grupos Parlamentarios Entesa Catalana de Progrés, Mixto y Socialista del Senado, respectivamente.

<sup>46</sup> Más lejos aún va la Federación Española de Municipios y Provincias en sus observaciones sobre el artículo 3 del Anteproyecto: «En su apartado 2, segundo párrafo, contempla el supuesto de que el contrato de concesión de obras públicas tenga por único objeto la explotación de obras ya construidas. Pero el objeto propio y definitorio del contrato de concesión de obra pública es, precisamente, la realización de una obra pública». En consecuencia, «dado que en este supuesto no se trata de un verdadero contrato de concesión de obras [...], se propone que dicho párrafo se limite a una remisión a las normas del contrato de gestión de servicios, de la misma forma que lo hacen en el TRLCAP los artículos 158.2 (en el caso del contrato de gestión de servicio público) en que se remite al contrato de concesión de obras cuando éste comprenda la ejecución de obras y el artículo 130.2, segundo párrafo (en la actual redacción del TRLCAP), que dispone que el concesionario deberá ajustarse en la explotación a lo establecido en el artículo 161 del citado Texto Refundido».

inevitable, en nuestra opinión, si se quiere motivar realmente al sector privado favoreciendo su participación en este ámbito, establecer cauces jurídicos claros y precisos para su intervención.

### 3.1.2. Evaluación pública de la oportunidad de la obra proyectada.

La complejidad del objeto del contrato de concesión de obras públicas tiene un impacto indudable en el supuesto específico que es objeto de análisis en nuestra investigación, esto es, la iniciativa privada en el procedimiento de adjudicación de la concesión, en cuanto será en estos casos el propio aspirante a concesionario el que determine el objeto del contrato proyectado, correspondiendo a la Administración la difícil tarea de evaluar su contenido y propuestas.

En efecto, a las incertidumbres que hemos visto que plantea el ámbito objetivo del contrato se suman, además, aquellas otras propias de la decisión que se abre ante la Administración a consecuencia de la presentación por un particular de un estudio de viabilidad concreto. ¿Cómo evaluar el proyecto? ¿Qué criterios se deben aplicar a este fin para garantizar la solución más adecuada al interés general?

A las reflexiones políticas y de oportunidad o conveniencia territorial, temporal o de cualquier otro tipo a tomar en cuenta respecto a una infraestructura proyectada, se añaden, además, una serie de criterios económicos a considerar, cuya concreción resulta mucho más ardua y que tienen que ver con la determinación más exacta posible de los costes reales de la obra pública proyectada y con la identificación del sujeto o colectivo sobre el que finalmente habrían de recaer <sup>47</sup>.

La enorme repercusión social de la construcción y gestión de obras públicas desde una perspectiva económica y presupuestaria, exige una cuidadosa ponderación, por parte de la Administración, de los intereses, tanto públicos como privados, implicados en cada caso concreto al objeto de salvaguardar finalmente el interés general. La duración de los contratos de concesión de obras públicas, que se dilatan en el tiempo a lo largo de muchos años y a veces décadas, así como los compromisos que suponen estos acuerdos en términos estrictamente económicos para el sector público, comprometiendo incluso el gasto público de varios ejercicios presupuestarios, contribuyen a acentuar aún más, si cabe, la importancia de una evaluación en profundidad de los proyectos presentados por la iniciativa privada a la Administración pública <sup>48</sup>.

Una reflexión plenamente vigente a la luz de los postulados que consagra la Ley 13/2003, de 23 de mayo. No hay que olvidar que esta Ley establece la posibilidad, reconocida en el artículo 222

<sup>47</sup> Una preocupación de la que se hace eco la Memoria que acompaña al Proyecto de Ley reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, cuando afirma: «El concepto de financiación de las obras públicas dista mucho de estar clarificado. Esto es, aunque siempre se refiere o se utiliza para identificar la procedencia de los recursos necesarios para su construcción, la tarea de investigación de su fuente mediata o primaria suele quedar inconclusa. Este desconocimiento de la financiación real de la infraestructura, sin perjuicio de conseguir una regulación adecuada de las fases intermedias o instrumentales de la misma, no resulta sin embargo neutral para instrumentar la concesión y explotación de la obra, ya que se hace imprescindible identificar quién habrá de soportar su coste en último término».

<sup>48</sup> Así, G. DE RUS, «Infraestructuras, participación privada y...», *op. cit.*, págs. 378 y ss., ha puesto de relieve las diferencias entre un sistema concesional de plazo fijo y uno de plazo variable y cómo la opción entre uno y otro afecta a los términos económicos de la concesión, a su coste real y, en última instancia, al propio contribuyente a través del gasto público implicado.



del TRLCAP, de que sea la propia iniciativa privada la que abra el procedimiento de adjudicación de la concesión de obra pública, a través de la presentación de un estudio de viabilidad. Esta situación exige necesariamente una capacidad de respuesta adecuada por parte de la Administración pública, que ha de ser capaz de valorar debidamente aquellos proyectos que, planteados desde el sector privado, tienen por finalidad satisfacer alguna necesidad en materia de construcción o explotación de infraestructuras públicas.

El protagonismo alcanzado en la nueva Ley de concesión de obras públicas por la colaboración y participación privadas ha sido reconocido abiertamente por el partido político responsable de la presentación en su día del Proyecto de Ley, que junto al impulso a la iniciativa privada destaca como novedad fundamental del texto presentado la introducción de «criterios de mercado» en todo el proceso inversor en materia de obras públicas, «desde la selección de los proyectos hasta el diseño de la obra, su construcción y la fase de explotación, complementando la actuación de la Administración Pública y optimizando la utilización de los recursos»<sup>49</sup>.

El empeño de la Ley por lograr captar y garantizar, en definitiva, la participación de la financiación privada en estos cometidos y la previsión de posibles ayudas e incentivos públicos que contribuyan a hacerla aún más atractiva, son factores que habrán de incidir decisivamente en los estudios de viabilidad que puedan presentarse<sup>50</sup>. Pese al silencio de la Ley en esta materia, nos resistimos a reconocer una potestad absolutamente discrecional de la Administración para la valoración de las propuestas que se le hagan llegar. Resulta indispensable, en aras del interés general, definir con la mayor precisión los criterios que habrá de manejar el órgano competente en la evaluación del estudio de viabilidad y del contenido del contrato de concesión de obras públicas que se le presenta, así como el procedimiento concreto a seguir en dicha apreciación.

La dificultad de la materia, que tiende en su desarrollo actual a un grado cada vez mayor de complejidad financiera, tecnificación e interrelación, incluso confusión, de elementos públicos y privados, reclama una Administración pública capaz de hacer frente a los retos que se le plantean en este ámbito y de discernir abiertamente los claros oscuros existentes, como paso previo a la puesta en marcha de esta nueva posibilidad consagrada por el artículo 222 del TRLCAP. Así lo exige el interés general, que pone de relieve la necesidad de una organización administrativa lo suficientemente formada y especializada en estas tareas como para poder evaluar en profundidad los términos del contrato, determi-

<sup>49</sup> Documento del Partido Popular sobre el Proyecto de Ley reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, en el que se da noticia de la aprobación de su remisión a las Cortes Generales en la sesión del Consejo de Ministros de 7 de junio de 2002, así como de las características del contrato y principales novedades del Proyecto. Está disponible en la página web [www.pp.es](http://www.pp.es)

<sup>50</sup> Este empeño se refleja en la propia Memoria que acompaña al Proyecto de Ley por cuanto califica de «aspecto esencial de la concesión» la cuestión del «tratamiento del capital privado que debe hacerla viable». Se reconoce que «su monto será importante», que «su recuperación y rentabilidad eventual se dilatarán en el tiempo durante el plazo concesional» y que «el inversor privado, aún consciente de que debe asumir un riesgo, aspira a reducir éste y a asegurar una rentabilidad tanto más elevada cuanto mayor sea el riesgo asumido». Así, «si el poder adjudicador aspira a que existan aspirantes a concesionarios deberá conciliar las lógicas aspiraciones del empresario privado con las exigencias del interés público». Todo ello pretende facilitar la «aceptación» de la figura de la concesión y, por tanto, su «utilidad o función social», estimulándose en definitiva «la colaboración del sector privado».

nando desde las primeras fases si interesa el contrato propuesto tal y como ha sido diseñado, si la modalidad contractual propuesta es la más apropiada a su objeto y al interés general que subyace a cada infraestructura pública, si los términos económicos del mismo representan una alternativa realmente viable o incluso un ahorro frente a la vía tradicionalmente empleada por el sector público, etc.

La necesidad de alcanzar este alto grado de especialización por parte de la Administración y la convivencia en esta materia de funciones administrativas muy dispares, entre otras, de fomento, control, o regulación, han contribuido decisivamente a avivar el debate sobre la necesidad de una Administración independiente capaz de dar respuesta a los múltiples interrogantes que es capaz de suscitar el contrato desde el planteamiento inicial del estudio de viabilidad hasta su ejecución final <sup>51</sup>. Esta cuestión, sumamente discutida durante la tramitación tanto del Anteproyecto como del Proyecto de la Ley 13/2003, se ha zanjado finalmente con un silencio absoluto por parte del legislador, que ha declinado la posibilidad de introducir una reforma de estas características en nuestro ordenamiento <sup>52</sup>.

No se pueden descartar sin más, no obstante, las propuestas realizadas en este sentido, sobre todo si tomamos en consideración la experiencia británica de la PFI. El estudio de este ejemplo comparado resulta fundamental para el ordenamiento jurídico español, por cuanto tiene un período de vigencia lo suficientemente dilatado, desde 1992, como para poder apreciar su evolución y aprender de los múltiples errores que, en un principio, amenazaron al propio sistema por suponer un desplazamiento del equilibrio económico del contrato excesivamente favorable, en muchas ocasiones, al concesionario <sup>53</sup>. A esta situación se llegaba, fundamentalmente, por la posición de desventaja en

<sup>51</sup> L. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, «Público y privado en la construcción y gestión...», *op. cit.*, pág. 96, sostiene que la trascendencia del tema de las infraestructuras y sus enormes implicaciones financieras reclaman la «mayor sincronización de todos los mecanismos de control habituales en un Estado Social de Derecho». Por ello afirma que «acaso no fuera ocioso» intentar lograr una cierta especialización en la materia, plasmada en una oficina independiente «a modo de comisionado parlamentario para una supervisión general de todo lo referente a las infraestructuras, a modo de Vigilante o Controlador de las Infraestructuras».

<sup>52</sup> Una decisión saludada como un acierto indudable por parte de Adolfo MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «La financiación privada de la construcción de obras públicas y la nueva regulación del contrato de concesión en su contexto social y económico», en la obra colectiva dirigida por el mismo, *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 27, por tres motivos que se desprenden, fundamentalmente, de la «problemática incardinación constitucional en nuestro sistema» de las Administraciones independientes: en primer lugar, porque «para que la Administración desarrolle eficazmente su papel regulador lo importante es dotarla de las potestades jurídicas acordes con ese papel, además de los medios humanos y materiales necesarios»; en segundo lugar, porque «la independencia puramente orgánica en relación con el poder político de esas nuevas administraciones es relativa y al contrario, en ocasiones, pueden ser potencialmente más permeables que la magnífica y sufrida función pública española al entrismo de ciertos intereses de los sectores regulados»; y, por último, porque «la relación que une a la Administración concedente con el concesionario de la obra es una relación contractual en sentido estricto» por lo que no aprecia en absoluto «la necesidad de crear un órgano regulatorio independiente en este contexto».

<sup>53</sup> J. DE LA CRUZ FERRER, «Hacia un nuevo modelo de regulación...», *op. cit.*, págs. 549 y ss., pone de relieve los factores que contribuyeron a dificultar aún más los comienzos de la PFI: «En primer lugar, existen diferencias entre la "cultura" del Sector público y del privado, y recelos recíprocos. En segundo lugar, los proyectos son grandes y complejos y los costes de presentarse a las licitaciones también son altos. Muchos de los sectores son nuevos para el mercado de capitales al asumir la financiación de proyectos. La asignación de riesgos tiene que ser cuidadosamente negociada, antes de comprometerse. Los estudios legales para diseñar los contratos a largo plazo, con sistemas complejos de rendimientos y de pagos y de asignación de riesgos, tienen que desarrollarse». Sobre los problemas y obstáculos identificados inicialmente en la aplicación de la PFI y la profunda revisión de las bases del sistema británico en 1997, *vid.* Juan DE LA CRUZ FERRER y Nuria ÓNEGA CARRIÓN, «Financiación y gestión público-privada: experiencia de la "iniciativa de financiación privada" en el Reino Unido», en *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núms. 2 y 3, 2000, págs. 480 y ss.



que se encontraba inicialmente el órgano de contratación, que carecía de los conocimientos y de las aptitudes suficientes para realizar una evaluación en profundidad de las propuestas que se le presentaban en toda su extensión y complejidad. De esta forma, la selección del contratista y la negociación de los términos del contrato nacían viciadas por cuanto estaban en manos, fundamentalmente, de los empresarios privados<sup>54</sup>.

Ha dedicado una especial atención al caso británico y a sus implicaciones para el Derecho administrativo español RUIZ OJEDA que, al margen de las críticas vertidas sobre la existencia y la incardinación constitucional de las Administraciones independientes y desde un pragmatismo absoluto, constata un hecho innegable, que no es otro que «la incapacidad de las Administraciones públicas para alcanzar y, sobre todo, para mantener compromisos duraderos». Teniendo en cuenta que «los contratos concesionales son contratos de tracto muy prolongado, cuya virtualidad depende inevitablemente de decisiones ecuanímes, sustraídas del juego político y de la confrontación de los intereses del momento», concluye afirmando que «la carencia de mecanismos e instancias reguladoras constituye la razón del fracaso de cualquier intento de transferencia de riesgos al sector privado». Quizá sea por esta razón que entiende que la independencia, tanto del organismo público responsable de la adjudicación como del sector privado implicado, es compatible «con diversos grados de separación orgánica»<sup>55</sup>.

En efecto, independientemente de la articulación concreta que se quiera dar a esa nueva instancia pública en el ámbito contractual, lo que está fuera de toda duda, a nuestro juicio, es su misma necesidad y conveniencia. Son muchos los beneficios que puede aportar al sistema la existencia de una organización especializada en estas materias, encargada de solventar dudas e inconvenientes que pudieran surgir en el proceso de contratación, de controlar los procesos de adjudicación contractual garantizando la preeminencia del interés general en cada caso sobre el interés particular del sector privado implicado, de interpretar, en definitiva, aquellas cláusulas que dieran lugar a problemas durante la ejecución del contrato, etc.

Su papel sería, en cualquier caso, fundamental respecto a la iniciativa particular prevista en el artículo 222 del TRLCAP, en cuanto sería la encargada de suministrar a los órganos contratantes aquellos criterios de evaluación que resultaran pertinentes para la valoración de las propuestas presentadas, controlando en cada caso que los términos del estudio de viabilidad fueran los más adecuados al interés general que debe guiar a la Administración pública.

<sup>54</sup> Se ha hecho eco de ello en nuestro ordenamiento jurídico A. RUIZ OJEDA, «Análisis jurídico del futuro marco regulador...», *op. cit.*, pág. 98, para quien «aunque esto pueda parecer una simplificación, la realidad nos enseña que atribuir esa función a la Administración contratante [función de regulación], además de la incompatibilidad entre la función de fomento y de regulación, equivale en gran medida a confiar el cuidado del contrato al contratista».

<sup>55</sup> A. RUIZ OJEDA, «Análisis jurídico del futuro marco regulador...», *op. cit.*, pág. 98 y ss., se pregunta, en este sentido, «¿cómo va a existir una auténtica asignación de riesgos al sector privado si no hay nadie que se ocupe con un mínimo de independencia de verificar su control, de cuantificar objetivamente las consecuencias de su materialización y de solventar con ecuanimidad –es decir, libre de contaminación de intereses– los conflictos que, en relación con la estructura de transferencia de riesgos del contrato, se planteen a lo largo y ancho de su ejecución?».

La falta de experiencia histórica en este ámbito no es excusa, en este sentido, para rechazar su existencia. Son muchas las innovaciones que introduce la Ley 13/2003 y que suponen una ruptura con nuestra legislación tradicional. Todas ellas están dirigidas a garantizar la participación privada en una tarea –la construcción y gestión de obras públicas– reservada, en principio, al sector público. Su éxito y aprovechamiento desde la perspectiva del interés general depende, en buena medida, de que la Administración, y el órgano contratante en particular, tengan a su alcance los conocimientos, técnicas e instrumentos precisos para ello <sup>56</sup>. Quizá tengan razón quienes se afanan en reclamar consecuentemente un cambio de «mentalidad de gestión» antes de proceder a tramitar un cambio legislativo <sup>57</sup>.

### 3.2. Selección del contratista.

Se ha insistido hasta aquí en la importancia de la función evaluadora de la Administración respecto de la iniciativa particular ejercitada en el ámbito de las obras públicas al amparo del artículo 222 del TRLCAP. Estas facultades públicas, si bien van a ejercitarse en cada una de las etapas de la relación contractual, se van a poner especialmente a prueba en la fase correspondiente a la selección del concesionario.

Si lo que se pretende es interesar, en última instancia, a la iniciativa privada en la promoción de este tipo de contratos, es absolutamente indispensable someter a revisión el procedimiento de licitación seguido habitualmente en el procedimiento contractual, evitando las disfunciones actualmente detectadas en el mismo, especialmente la complejidad y la lentitud en su tramitación <sup>58</sup>.

La nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, guarda silencio sobre la forma de licitación y adjudicación más adecuada de los contratos de concesión de obras públicas, en la medida en que, tras la reforma, el artículo 235 del TRLCAP se limita a afirmar, en su párrafo primero, que «la adjudicación de las concesiones podrá llevarse a cabo por procedimiento abierto o restringido, siempre median-

<sup>56</sup> J. DE LA CRUZ FERRER, «Hacia un nuevo modelo de regulación...», *op. cit.*, pág. 551, apuesta, en este sentido, por «la coordinación de esfuerzos en una iniciativa global, que podría impulsarse mediante la creación de un Panel o Comisión de expertos, compuesta por representantes de los sectores interesados».

<sup>57</sup> A. RUIZ OJEDA, «Análisis jurídico del futuro marco regulador...», *op. cit.*, pág. 100. Reclama también un cambio de rumbo y orientación, respecto al ámbito concreto de la construcción de infraestructuras viarias, Francesc ROBUSTÉ, *Hacia un modelo de operador de carreteras como concreción de una asociación público-privada*, CENIT, 2001, para quien «resulta imprescindible consolidar la ya comenzada mutación de las concesionarias de autopistas entendidas como soluciones financieras a restricciones de presupuesto [...] hacia operadores y gestores de la movilidad en colaboración con la Administración que define las políticas generales», lo que nos sitúa «ante las puertas de nuevas relaciones entre la Administración y los operadores privados que cristalizarán de forma inminente en modelos más ricos y socialmente aceptables».

<sup>58</sup> No en vano se han identificado como problemas fundamentales en la aplicación de la PFI británica, la complejidad y lentitud del procedimiento de licitación. Dan noticia de ello J. DE LA CRUZ FERRER y N. ÓNEGA CARRIÓN, «Financiación y gestión público-privada...», *op. cit.*, pág. 481, que relatan como «la ausencia de un procedimiento-tipo para la obtención de información, la indefinición de los proyectos, la lentitud a la hora de realizar la evaluación comparativa o el gran número de licitadores invitados a presentar ofertas han retraído la participación del sector privado en proyectos con importantes costes de preparación de las ofertas, cuya recuperación no está en ningún caso garantizada». A ello se suma, además, el hecho de que «algunos proyectos de gran envergadura han sido adjudicados varios años después del inicio de la fase de licitación».

te concurso, o por procedimiento negociado de acuerdo con lo previsto en la presente ley». Si se conjuga el tenor literal de este precepto con lo que establece al respecto el Libro I del Texto Refundido en su artículo 75.1, conforme al cual «el procedimiento negociado sólo procederá en los casos determinados en el Libro II de la presente Ley para cada clase de contrato», resultaría que el procedimiento negociado no sería jamás de aplicación a la concesión de obras públicas<sup>59</sup>.

Frente a esta primera lectura, derivada de la aplicación literal de los preceptos citados, la propia naturaleza del contrato analizado exige una interpretación más flexible y acorde a sus peculiaridades y caracteres propios. Así lo ha entendido la Comisión en el ámbito del Derecho comunitario y así lo ha plasmado en la Comunicación interpretativa 2000/C 121/02, de 29 de abril de 2000, sobre concesiones en el Derecho comunitario, que en su apartado 3.2.1.2 afirma sin ambages que «por lo que se refiere a las concesiones de obras el concedente es libre de elegir el procedimiento más conveniente y, en particular, de emprender el procedimiento negociado»<sup>60</sup>.

Una afirmación que entendemos plenamente aplicable al ordenamiento jurídico español, pese a la redacción inadecuada en este punto del artículo 235 del TRLCAP. Queda, en consecuencia, al arbitrio de la Administración contratante la elección del procedimiento de adjudicación que estime en cada caso oportuno, pudiendo acudir al procedimiento negociado para la concesión de obras públicas siempre y cuando se respeten las exigencias que establece en este sentido el Derecho comunitario, ya sea en las Directivas relativas a contratación pública o en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, interpretadas en la línea de la Comunicación citada.

La configuración y sucesión concreta de los trámites que conforman el procedimiento de selección del concesionario tiene una importancia, en este sentido, fundamental, en cuanto trasciende lo que son meramente actuaciones preparatorias del contrato para incidir directamente en la definición de su razón de ser, en la valoración de su viabilidad, en la articulación de la colaboración entre los sectores público y privado y en el provecho de la participación de este último desde la perspectiva

<sup>59</sup> Para Manuel PAZ TABOADA, «Breve repaso al contenido de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas», en *El Consultor*, núm. 18, septiembre de 2003, pág. 3.129, la determinación de «las causas que permitan acudir a este procedimiento es labor de interpretación, ya que el artículo 235 no hace una remisión expresa a ningún precepto concreto. Por ello tanto pudiera pensarse que se trata de las causas previstas en el artículo 141 para los contratos de obra, o bien de las enumeradas en el artículo 159 para los de gestión de servicios públicos». Una solución que no compartimos por cuanto el TRLCAP recoge, tras la reforma operada en su enunciado por la Ley 13/2003, un régimen jurídico propio y específico para el contrato de concesión de obras públicas en su Libro II, Título V, por lo que no entendemos que las remisiones realizadas por el Libro I a lo que establezca la Ley «para cada clase de contrato» deban entenderse realizadas, en el caso de la concesión de obras públicas, a los contratos de obras o de gestión de servicios públicos recogidos, respectivamente, en los Títulos I y II del Libro II del Texto Refundido.

<sup>60</sup> De esta forma, y en palabras de Francisco ALONSO COLOMER, «Actuaciones previas (arts. 222, 227 a 234, disposiciones adicionales 4.<sup>a</sup> a 7.<sup>a</sup>) y adjudicación del contrato (artículo 235)», en la obra colectiva dirigida por Adolfo MENENDEZ MENÉNDEZ, *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 162, «la idea subyacente en el procedimiento de adjudicación de cualquier contrato público, en el sentido de que el procedimiento negociado constituye un procedimiento en cierto modo excepcional o residual al ser en principio el que peor responde a las exigencias de igualdad de trato, transparencia y objetividad, quebraría en relación con el contrato de concesión de obras dada la singularidad de éste, pudiendo el órgano de contratación recurrir libremente al procedimiento negociado sin necesidad de justificación expresa».

del interés general. Una realidad que se acentúa aún más cuando la iniciativa parte del propio ámbito privado. En estas circunstancias, la opción de la Administración, en la mayor parte de las ocasiones y como regla general, a favor del procedimiento negociado pone de relieve el papel protagonista que ha de recaer necesariamente sobre su capacidad negociadora de los distintos extremos a los que se refiere el acuerdo contractual.

La nueva coyuntura socioeconómica y el advenimiento de nuevas técnicas jurídicas capaces de plasmar fórmulas diversas de compromiso y colaboración entre el sector público y la iniciativa privada, tanto en el ámbito internacional o de Derecho comparado como en el interno, exigen a nuestra Administración pública un esfuerzo adicional por actualizarse, formarse y especializarse en procedimientos y criterios imprecisos y marcados por muchos clarooscuros, pero también muy beneficiosos para los intereses de la colectividad si son bien empleados. Si se quiere incentivar realmente la promoción privada de la concesión de obras públicas y aprovechar al máximo la posible aportación del sector privado al amparo del artículo 222 del TRLCAP es necesario que el órgano contratante realice una selección rigurosa del contratista sobre criterios objetivos y fiables que permitan predecir, aun con el grado lógico de incertidumbre, el resultado final de la ejecución del contrato, los frutos, en definitiva, que han de trascender para el interés general <sup>61</sup>.

Son muchos los escollos con los que tropieza la aplicación práctica de un sistema asentado en la participación real de la iniciativa privada en el diseño, la construcción, la financiación, el mantenimiento y la explotación de infraestructuras y obras públicas. Hay que lograr interesar de forma efectiva, por un lado, al sector privado en la adjudicación de este tipo de contratos, eliminando las barreras que impiden el acceso a los mismos de nuevas empresas y creando con ello un auténtico mercado en el ámbito de la concesión de obras públicas. Sólo así se logrará asegurar el mayor grado de formación y especialización posible por parte no sólo de la Administración, sino también de los contratistas privados. Asimismo, hay que procurar garantizar, por otro lado, la transferencia real y efectiva de la gestión del riesgo desde el sector público al sector privado, siendo inevitable, no obstante, que ciertos riesgos permanezcan siempre en el ámbito de la Administración. Lo esencial es que logren transferirse por completo aquellos riesgos que el sector privado está mejor capacitado para asumir y enfrentar que la propia Administración. Por último, es preciso intentar no caer en el peligro de reducir en exceso la disponibilidad de recursos públicos para contratos futuros por compromisos de este tipo que se dilatan en el tiempo y se hubieran asumido con anterioridad por el sec-

<sup>61</sup> Esta cuestión tiene una importancia capital. No en vano la aplicación del artículo 222 del TRLCAP supone que el proyecto y el diseño, en definitiva, del objeto de la concesión correspondiente corre a cuenta del aspirante a concesionario. Este simple hecho se ha revelado sumamente ventajoso para el sector público británico en aquellos supuestos en que se plantean iniciativas para la construcción y el mantenimiento, por ejemplo, de infraestructuras viarias, ya que en estos casos el estudio de viabilidad derivado de la iniciativa particular se erige en un instrumento adecuado para lograr el mayor ahorro posible en la construcción. El sector privado, sobre el que recae la obligación de diseñar, construir y gestionar la obra pública resultante, garantiza entonces la interconexión e interrelación de estas fases realizando el diseño que mejor conviene, a largo plazo, para la construcción y explotación de la infraestructura. *Vid.* al respecto, Neil RODEN, «Delivering BOT Projects. The UK experience of design, build, finance and operate projects», en *Routes/Roads*, núm. 295, julio de 1997, págs. 26 y ss.

tor público sin un análisis detallado y suficiente de las obligaciones financieras que comportaban para la hacienda pública <sup>62</sup>.

El desarrollo reglamentario de los artículos 222 y 227.5 del TRLCAP, introducidos por Ley 13/2003, debe partir de las reflexiones anteriores al objeto de diseñar adecuadamente y en profundidad un sistema de iniciativa privada de la concesión de obra pública, que cuente en su procedimiento de selección con aquellos trámites que resulten precisos para garantizar el equilibrio entre la protección por parte de la Administración contratante de los intereses públicos implicados y la legítima aspiración del sector privado de preservar y salvaguardar sus propios intereses.

A la vista de los resultados obtenidos con el sistema de la PFI británica, la concurrencia competitiva habrá de erigirse, inevitablemente, en piedra angular de ese sistema. Se deben arbitrar todas las medidas necesarias que contribuyan a garantizar la existencia de una concurrencia efectiva, dejando margen a la innovación que pueda aportar el sector privado.

En efecto, son muchos los beneficios que derivan de la competencia privada en el ámbito de las infraestructuras. La existencia de una concurrencia de estas características desplaza la tensión convirtiendo el enfrentamiento público-privado en una confrontación *inter privados* <sup>63</sup>. Resulta, en este sentido, la vía más adecuada para garantizar una disminución de los costes sin que se vea afectado el nivel de calidad originariamente exigido <sup>64</sup>. Pero es que, además, repercute de forma decisiva sobre el papel de la Administración contratante que ve como se reduce no sólo el volumen de su gasto público, sino incluso el de su trabajo, ya que son los interlocutores competitivos los que se van a encargar de detectar oportunidades no previstas inicialmente por el sector público <sup>65</sup>.

<sup>62</sup> Resulta de gran utilidad, también en este punto, la experiencia británica por cuanto se puede aprender mucho de sus errores iniciales. Respecto a los contratos de concesión de obras públicas a iniciativa particular, se ha constatado la necesidad de realizar un estudio detallado de cada propuesta para asegurar que la transferencia de riesgos es real y se ha insistido también en la importancia de abrir el mercado de estos contratos al máximo. En este sentido, los elevados costes a que deben enfrentarse los contratistas que presentan una propuesta y no resultan finalmente adjudicatarios, han contribuido a extender en el sector privado la idea de que resulta sumamente difícil que una empresa cuente con la experiencia o los medios económicos suficientes como para poder entrar en el procedimiento de selección. *Vid.* sobre el particular, Richard DIMENT, «Britain's roads: the infrastructure and the service», ponencia presentada en la *Jornada sobre la política británica de transportes*, organizada por el Ministerio de Fomento y celebrada en Madrid el 7 de febrero de 2000.

<sup>63</sup> En este sentido L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Público y privado en la construcción y gestión...», *op. cit.*, pág. 94, para quien «es una cuestión de libre competencia o de abrir oportunidades», que puede reflejarse incluso en el «enfrentamiento entre el concesionario único –particular, con una posición afianzada, normalmente sin competencia, para un cierto tiempo– y otros aspirantes a ejercer la actividad en cuestión».

<sup>64</sup> G. DE RUZ, «Infraestructuras, participación privada y...», *op. cit.*, pág. 377, hace referencia a los motivos por los que «un resultado positivo *ex ante* en el análisis coste-beneficio no es garantía de un resultado económico *ex post* positivo», por lo que habría que intentar «conseguir que, para el nivel de calidad elegido, los costes de construcción, conservación y operación sean los más bajos posibles y para esto la introducción de competencia es lo más adecuado».

<sup>65</sup> La experiencia de la PFI británica demuestra que, incluso en los supuestos en que la iniciativa de concesión parte de la propia Administración, la existencia de una concurrencia efectiva en el sector privado por la adjudicación de estos contratos repercute favorablemente en los intereses públicos, ya que el órgano contratante define como objeto del contrato proyectado unos servicios a suministrar, fijando lo que quiere en términos prestacionales y encargándose el sector privado de elegir libremente los métodos de provisión más apropiados para la realización de esas prestaciones. *Vid.*, en este sentido, J. DE LA CRUZ FERRER, «Hacia un nuevo modelo de regulación...», *op. cit.*, págs. 547 y ss.; así como, J. DE LA CRUZ FERRER y N. ÓNEGA CARRIÓN, «Financiación y gestión público-privada...», *op. cit.*, págs. 477 y ss., quienes sostienen que los contratos enmarcados en el sistema británico «son otorgados por entes públicos y alcanzan elevadas cuantías», lo que da lugar a «licitaciones altamente competitivas en las que será un factor importante alcanzar el mejor valor para las inversiones que realice el sector público».

De ahí que frente a los modelos antiguos de regulación de este tipo de contratos sea cada vez más frecuente en el Derecho comparado el recurso a modelos nuevos de regulación para la competencia, que «se apoyan en un eje vertebral consistente tanto en la privatización de los entes gestores como en la separación de las actividades competitivas de las no competitivas»<sup>66</sup>.

Las ventajas de un sistema de selección asentado en el principio de la libre competencia van acompañadas, sin embargo, de ciertos peligros, en cuanto se deben procurar medidas que garanticen una concurrencia realmente efectiva, evitando, en primer lugar, que el número inadecuado de participantes pueda desembocar en una posición de dominio prácticamente monopolístico de un aspirante concreto, por la existencia de un número reducido de interesados, o en el efecto justamente contrario del que se persigue en caso de que se desincentive la competencia entre particulares por la afluencia excesiva de licitadores; pero es que, además, es preciso poner de relieve la importancia que reviste la existencia previa de criterios objetivos para la adjudicación del contrato. Sin ellos no se logrará una competitividad auténtica, ya que la incertidumbre del sector privado sobre los factores valorados por la Administración en su evaluación del estudio de viabilidad presentado, no compensará los riesgos y costes que asume el aspirante a concesionario al desarrollar su propuesta.

El posible establecimiento en materia de contratación administrativa de criterios objetivos para la adjudicación del concurso fue abordado ya por el Consejo de Estado en sus Dictámenes de 19 de noviembre y 22 de diciembre de 1998. De la doctrina contenida en ambos se desprende su aceptación del reconocimiento que se pueda realizar de criterios objetivos nuevos, «variables y acomodables a cada caso», que puedan incidir en la adjudicación de algunos tipos de contratos, siempre y cuando no dejen «de ser objetivos ni de estar referidos a la oferta más ventajosa para los intereses públicos».

No cabe duda que, por lo que respecta al supuesto que nos ocupa, son extremos fundamentales a valorar por la Administración en la propuesta realizada a iniciativa particular, los tres que aparecen ya citados y esbozados en la propia Memoria que acompaña al Proyecto de Ley, esto es, la aplicación a cada caso concreto de la definición de los límites del riesgo, la delimitación del significado y efectos del principio de equilibrio económico y las medidas previstas para garantizar la concurrencia o diversificación de las fuentes privadas de financiación. Estas tres nociones, citadas en la Memoria e incorporadas por el legislador a la Ley como vías para la promoción más adecuada de la participación privada, han de influir extraordinariamente en la selección del contratista, dependiendo de la forma en que se plasmen en cada caso en el estudio de viabilidad correspondiente<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> J. DE LA CRUZ FERRER, «Hacia un nuevo modelo de regulación...», *op. cit.*, págs. 511 y ss., compara los rasgos esenciales de ambos modelos y analiza los motivos que han llevado a la implantación del segundo de ellos.

<sup>67</sup> Afirma al respecto L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Público y privado en la construcción y gestión...», *op. cit.*, pág. 94, que «es preciso huir de simplismos y, sin negar la importancia de unos principios rectores –el de la igualdad de oportunidades parece así postulado imprescindible–, habrá que tener en cuenta en cada caso como se aborda la financiación y como se garantiza que lleguen las prestaciones a todos los destinatarios previstos».

El éxito de la promoción implícita que realiza el artículo 222 del TRLCAP de la iniciativa privada en el ámbito de la concesión de obras públicas depende así, en buena medida, de que logre concretarse en la práctica un marco normativo que garantice de forma efectiva la concurrencia privada, evitando caer en la discrecionalidad administrativa para la evaluación de las propuestas, y sorteando, asimismo, la presión monopolística que puede llegar a ejercer la existencia de un único aspirante o de un número muy escaso de ellos. No cabe duda que corresponde un protagonismo fundamental, en este sentido, al estudio de viabilidad presentado por la iniciativa particular, tanto en su contenido como en su evaluación por la Administración y en la tramitación a que da lugar, ya que se constituye en auténtico punto de partida del procedimiento de selección del contratista y adjudicación de la concesión.

### 3.3. Estudio de viabilidad.

El Título V del Libro II del TRLCAP dedica a las actuaciones previas preparatorias del contrato de concesión de obras públicas la Sección 1.ª de su Capítulo II. El primero de sus preceptos, artículo 227, inaugura la Sección desarrollando la regulación aplicable al estudio de viabilidad. Conforme a su párrafo primero «con carácter previo a la decisión de construir y explotar en régimen de concesión una obra pública, el órgano que corresponda de la Administración concedente acordará la realización de un estudio de viabilidad de la misma». Una posibilidad que se extiende asimismo a la iniciativa privada, en virtud del párrafo quinto de este artículo 227 y del ya citado artículo 222 del Texto Refundido.

De esta forma, el estudio de viabilidad se convierte en un paso previo a la iniciación, en sentido estricto, del procedimiento de concesión de la obra pública, ya que no prejuzga ni condiciona la toma de decisión del poder público sobre el proceso, sino que se limita a avalar «la factibilidad y racionalidad del resultado deseado, dentro de un determinado contexto técnico, económico, social y medioambiental, que garanticen el buen fin de la empresa»<sup>68</sup>.

La Ley encomienda la redacción del estudio de viabilidad a la propia Administración contratante, a otra Administración distinta o a un particular. La tramitación del procedimiento posterior es, no obstante, diversa y ofrece ciertas especialidades que contribuyen a diferenciarlo en función de que la iniciativa proceda del sector público o, por el contrario, del ámbito privado.

Se trata, en todo caso, de un trámite del que se puede prescindir en el primero de los casos, no así en principio en los demás supuestos de iniciación privada o por Administración distinta a la concedente, ya que en función del párrafo sexto del artículo 227, «la Administración concedente podrá acordar motivadamente la sustitución del estudio de viabilidad a que se refieren

<sup>68</sup> F. ALONSO COLOMER, «Actuaciones previas...», *op. cit.*, pág. 142.



los apartados anteriores por un estudio de viabilidad económico-financiera cuando por la naturaleza y finalidad de la obra o por la cuantía de la inversión requerida considerara que éste es suficiente. En estos supuestos la Administración elaborará además, antes de licitar la concesión, el correspondiente anteproyecto o proyecto para asegurar los trámites establecidos en los apartados 3 y 4 del artículo 228».

Se prevé, en definitiva, la posibilidad de suplir en ciertos casos el estudio de viabilidad inicialmente previsto por un análisis de la factibilidad meramente económica y financiera de la concesión proyectada <sup>69</sup>. Esa sustitución deberá ser acordada motivadamente por la Administración concedente, sin que se recoja previsión expresa alguna por la que pueda ser convenida a instancias de un particular o de otra Administración diversa a la concedente. Con ello queda prácticamente excluida la aplicación del artículo 227.6 al procedimiento iniciado al amparo del artículo 222 del TRLCAP.

Y es que si algo debe caracterizar precisamente al estudio de viabilidad realizado por el sector privado al amparo de este último precepto, es su carácter innovador, su capacidad de dar respuesta a necesidades aún no identificadas por la Administración. Se han señalado ya *supra* los efectos beneficiosos que habrían de derivar de esta iniciativa particular en cuanto encargada de detectar oportunidades no previstas inicialmente por el sector público. Es por eso que resulta aún más difícil imaginar que pudiera existir un pronunciamiento *a priori* por parte de la Administración competente exonerando, en general y con efectos futuros, de la redacción de un estudio de viabilidad completo para una infraestructura cuya oportunidad y conveniencia no se ha planteado aún el poder público.

A la aprobación del estudio de viabilidad sigue, en principio, la del anteproyecto de construcción y explotación de la obra, que no es de redacción obligatoria sino que podrá ser acordado por la Administración concedente, conforme al artículo 228.1, «en función de la complejidad de la obra y del grado de definición de sus características». El párrafo 2 del precepto establece el contenido mínimo del anteproyecto, algo que no recoge, sin embargo, el artículo 229 respecto al proyecto de la obra y su replanteo que sigue en la tramitación del procedimiento. Su primer párrafo se limita a afirmar que «en el supuesto de que las obras sean definidas en todas sus características por la Administración concedente, se procederá a la redacción, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto de acuerdo con lo dispuesto en los correspondientes artículos de esta ley».

El enunciado de la Ley y la regulación que establece de estas materias es, cuando menos, farragosa. Son muchos y muy variados los problemas de interpretación que plantea, especial-

<sup>69</sup> M. PAZ TABOADA, «Breve repaso al contenido de la Ley 13/2003...», *op. cit.*, pág. 3.127, expresa sus reservas al respecto, al entender que «como siempre, se prevé una excepción, que andando el tiempo y a la vista de la práctica administrativa se verá si opera como tal o se convierte en la regla general, a modo de vía de escape para evitar tener que redactar los estudios de viabilidad».



mente si consideramos el supuesto concreto en que es la propia iniciativa del particular la que abre el procedimiento de concesión. Al ya mencionado sobre la imposible suplantación del estudio de viabilidad del artículo 222 por uno que abarque tan sólo los aspectos económicos y financieros de la concesión, se unen además aquellos otros que tienen que ver con el carácter no necesario o meramente dispositivo del anteproyecto y con la ausencia de una mención expresa al contenido esencial del proyecto de obras.

Entendemos que el particular no puede ver exonerada su obligación de presentar un estudio de viabilidad completo, en caso contrario se desnaturalizaría el propio fin para el que fue concebido el artículo 222 del TRLCAP. Una vez tomado en consideración, tramitado y aprobado, la Administración podrá acordar la redacción del anteproyecto cuya autoría representa, asimismo, una incógnita, ya que la Ley nada dice sobre quién está capacitado para su redacción. Una vez aprobado el anteproyecto, o en caso de que éste no fuera necesario, se procederá a la redacción y tramitación del proyecto, abriéndose de nuevo el interrogante sobre su posible autoría y, muy especialmente, sobre su contenido. El silencio de la Ley en este punto es especialmente negativo, por cuanto la posible ausencia del anteproyecto podría implicar, por ejemplo, que se redactara el proyecto sin que se hubiera realizado un estudio en profundidad relativo a la financiación y al régimen tarifario aplicable a la infraestructura o al régimen de utilización y explotación de la obra. Ya han surgido voces que han reclamado, en este sentido, una solución por la vía reglamentaria <sup>70</sup>.

Topamos así con el primero de los inconvenientes que presenta la regulación actual de la concesión de obras públicas a iniciativa particular, el de los problemas jurídicos planteados a raíz de la tramitación y posible aceptación, en su caso, de los propios términos del estudio de viabilidad que eleva a la Administración concedente el sector privado.

Ahora bien, existe asimismo otro flanco débil en esta materia además del procedimental expuesto hasta aquí. Es el relacionado con la propia valoración del estudio y con la concreción de las razones por las que la Administración concedente aprueba o rechaza la iniciativa particular que se le ha presentado. Nada dice el TRLCAP al respecto, limitándose el artículo 227.5 a abrir un plazo de tres meses tras la presentación del estudio de viabilidad para que el órgano competente «comunique al particular la decisión de tramitar o no tramitar el mismo o fije un plazo mayor para su estudio que, en ningún caso, será superior a seis meses».

La experiencia británica ha puesto de relieve la conveniencia de que exista algún tipo de índice que sirva para comparar de forma efectiva la utilidad y el ahorro público que representaría, en su caso, la iniciativa particular frente al gasto público que podría implicar, por el contrario, la adopción e implementación de ese proyecto por parte de la propia Administración. El

<sup>70</sup> Destacadamente A. EMBID IRUJO y E. COLOM PIAZUELO, «Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas...», *op. cit.*, págs. 114 y ss., quienes han señalado, además, la insuficiencia de la remisión en esta materia a la regulación del contrato de obras contenida en los artículos 120 y siguientes del TRLCAP.

sistema de la PFI cuenta así con el llamado *public sector comparator*, un índice elaborado caso por caso por la Administración concedente antes de la apertura del proceso de selección del contratista y para cuyo cálculo se toman en cuenta los costes de construcción, explotación y mantenimiento a que tendría que hacer frente el sector público en caso de no concederse a la iniciativa privada la posibilidad de intervenir en la provisión de la obra pública, así como el coste o el ahorro que habría de representar para la Administración la asunción o transmisión, en su caso, de los diversos riesgos inherentes al contrato. El valor resultante se caracteriza por ser, en consecuencia, sumamente variable, ya que plasma el reparto concreto de riesgos que se propone para un contrato específico y se compara con el coste total resultante de la asunción y ejecución del objeto del contrato por la propia Administración. Sólo si la primera magnitud resulta significativamente más baja que la segunda prosperará la iniciativa particular <sup>71</sup>. Sólo en este caso se asegura de forma efectiva que el rendimiento o valor obtenido a cambio del dinero público comprometido, *value for money*, es el máximo <sup>72</sup>.

El análisis de esta experiencia comparada y la propia complejidad que introduce la Ley 13/2003 en la concepción del contrato de concesión de obras públicas y en la determinación de su objeto, aconsejan la adopción de algún sistema reglado que excluya la mera discrecionalidad administrativa y que evite el rechazo de proyectos social y económicamente acertados o la aceptación de otros de consecuencias desastrosas desde el punto de vista de las arcas públicas. No se discute la libertad de la Administración para decidir sobre la oportunidad o conveniencia de la infraestructura, pero sí la ausencia de controles o de un procedimiento tasado que asegure que, una vez adoptada la decisión de proveer la infraestructura, la valoración del estudio de viabilidad presentado y la articulación concreta tanto del contrato como del reparto de riesgos que conlleva sea la óptima para los intereses públicos.

No compartimos, por ello, la opinión de ALONSO COLOMER, para quien el legislador se ha planteado las «consecuencias de la iniciativa de los particulares», en la Ley 13/2003, «con carácter eminentemente previsor» <sup>73</sup>. No puede ser tildada de prudente o precavida la postura que se limita a reconocer esta iniciativa, de enormes posibilidades, sin concretar el procedimiento a seguir por la Administración en su toma de consideración, aceptación o descarte, ni el órgano competente o los criterios a emplear para la adopción de semejante decisión.

<sup>71</sup> Sobre el cálculo y la aplicación concreta del *public sector comparator* a las infraestructuras viarias del Reino Unido, *vid.* N. RODEN, «Delivering BOT Projects...», *op. cit.*, pág. 30.

<sup>72</sup> Para J. DE LA CRUZ FERRER y N. ÓNEGA CARRIÓN, «Financiación y gestión público-privada...», *op. cit.*, págs. 473 y ss., el índice de *value for money* «constituye uno de los estándares más empleados por el sector público anglosajón para introducir criterios de eficiencia en la adquisición de recursos y en la producción de bienes y servicios, tanto para el uso de la Administración como para el uso del público», partiéndose de la idea de que «el precio más bajo no siempre refleja el mejor *value for money*, valorándose especialmente que se produzca una óptima asignación de los riesgos del proyecto» en función de los diversos tipos de contenido que pueden corresponder al objeto del contrato y a las distintas prestaciones y formas de intervención que podrían recaer, en consecuencia, en el sector público.

<sup>73</sup> F. ALONSO COLOMER, «Actuaciones previas...», *op. cit.*, pág. 147.

Se enlaza así con el tema, ya tratado *supra*, de la conveniencia de una estructura institucional apropiada y lo suficientemente especializada como para poder tomar parte en la tramitación de este tipo de contratos desde su iniciación por parte del sector privado, valorando adecuadamente los distintos tipos de transacciones y acuerdos que se pudieran proponer y adoptar en función del objeto contractual, y aclarando a quién corresponde en cada caso la gestión de los riesgos y el coste final del contrato.

Se trata, en definitiva, de garantizar que exista una evaluación previa de la viabilidad real del proyecto antes de iniciar la fase de licitación, con el fin último de evitar que su ausencia se ponga de manifiesto una vez comenzado el proceso de contratación o cuando ya se haya adjudicado el contrato <sup>74</sup>. De ahí la necesidad de que se establezcan normativamente índices de formulación y aplicación obligatoria en la valoración concreta de un estudio de viabilidad elevado a la Administración. Estas magnitudes, como paso primero y previo a la licitación, habrán de ayudar decisivamente, además, a la identificación y delimitación más concreta y adecuada del objeto del contrato.

Solamente así se podrá garantizar el aprovechamiento óptimo de todas las ventajas y de la utilidad que ofrecen en este ámbito las fórmulas de asociación público-privada y la incorporación decidida del sector privado a la planificación, propuesta y diseño de las infraestructuras públicas <sup>75</sup>. No existen razones para tratar con desconfianza las fórmulas de participación entre ambos sectores, el público y el privado, menos aún si se establecen las salvaguardas y garantías necesarias para resguardar, en cada caso, el interés público.

### 3.3.1. Problemas jurídicos planteados por la tramitación y aceptación, en su caso, del estudio de viabilidad a iniciativa particular:

El estudio de viabilidad ha sido definido como un «documento plural», en la medida en que «son muchos los elementos convergentes o susceptibles de consideración a la hora de

<sup>74</sup> J. DE LA CRUZ FERRER y N. ÓNEGA CARRIÓN, «Financiación y gestión público-privada...», *op. cit.*, pág. 481, resaltan el papel que corresponde, en este sentido, a la *PFI Taskforce Policy Team* en la experiencia del Reino Unido y la necesidad detectada, en un momento dado del desarrollo del sistema, de «una estructura institucional nueva y mejor perfilada para la dirección de los procedimientos de licitación de los proyectos».

<sup>75</sup> La Comisión Europea ha subrayado de forma resuelta la importancia de la asociación entre los sectores público y privado, fundamentalmente a raíz de las dificultades experimentadas por el proyecto Eurotúnel, en el que una buena parte del mismo fue a riesgo y ventura exclusivamente del sector privado. Frente a ello, la colaboración público-privada habría de aportar ventajas indudables. En primer lugar, en cuanto se constituyen en medio y no en fin, a lo que debe sumarse el hecho de que constituyen auténticas asociaciones de intereses, no meras privatizaciones de un ámbito público, y que no impiden, por otra parte, la existencia de ayudas públicas para los mayores proyectos de infraestructuras pese a la reducción de financiación pública que representan. Precisamente por su complejidad y por los beneficios que comportan, este tipo de asociaciones habría de aportar una última virtud, que no es otra que la evaluación rigurosa de cada caso individual, tanto por el sector público como por la iniciativa privada implicada, para evitar riesgos y problemas futuros que no hayan sido previstos. *Vid.*, en mayor profundidad, J. DE LA CRUZ FERRER, «Hacia un nuevo modelo de regulación...», *op. cit.*, págs. 520 y ss.

adoptar un pronunciamiento sobre la coherencia y destino de una concesión»<sup>76</sup>. Una reflexión avalada plenamente por el párrafo segundo del artículo 227 del TRLCAP que recoge los puntos sobre los que deberán versar «al menos» los «datos, análisis, informes o estudios que procedan» y que se incorporen a él.

La Ley desglosa, en el enunciado de este último precepto, las materias y el contenido mínimo que habrán de integrar el estudio de viabilidad, independientemente de su autoría o de la procedencia concreta de la iniciativa para su redacción. De esta forma, el particular interesado en promover la concesión de obras públicas deberá acompañar su solicitud de un estudio de viabilidad en el que se concreten, al menos, los siguientes aspectos:

- a) «Finalidad y justificación de la obra, así como definición de sus características esenciales». Se ha destacado ya el valor de la iniciativa privada como vía adecuada para descubrir oportunidades no advertidas por el sector público. Al recoger este extremo, el artículo 227.2 obliga al particular interesado en la concesión a concretar las razones de oportunidad o conveniencia que aconsejan la realización y/o explotación de la obra, así como a definir su objeto y rasgos esenciales. No en vano será ésta la primera decisión a adoptar por el poder público, la conveniencia o no, el interés, en definitiva, de llevar a la práctica el objeto contractual propuesto.
- b) «Previsiones sobre la demanda de uso e incidencia económica y social de la obra en su área de influencia y sobre la rentabilidad de la concesión». El legislador ha subrayado en este apartado la importancia de que el promotor tome en consideración, como paso previo a solicitar la iniciación del procedimiento, una estimación aproximada de la demanda de uso de la obra pública, una vez que ésta haya sido ofertada y puesta a disposición de la sociedad, así como de su utilidad y beneficios socioeconómicos en el área donde se desarrolle la concesión y, en última instancia, de la rentabilidad que pudiera generar. Con ello se facilita la valoración del estudio por parte del poder público, garantizando una mejor asignación de los recursos, que siempre son escasos, a las incontables necesidades que pueden ser detectadas en el ámbito de las infraestructuras públicas.
- c) «Valoración de los datos e informes existentes que hagan referencia al planeamiento sectorial, territorial o urbanístico». La obra pública está llamada a ser construida y explotada en un emplazamiento físico concreto que puede estar inmerso ya en una planificación sectorial, territorial o urbanística específica o que puede exigir, por el contrario, su adaptación y modificación para ajustarlo a la concesión propuesta. Un extremo que debe tomar en cuenta quien redacte el estudio de viabilidad y proponga la concesión de una obra pública. El propio artículo 227 prevé, en su párrafo 3, el traslado del estudio de viabilidad «para informe a los órganos de la Administración General

<sup>76</sup> F. ALONSO COLOMER, «Actuaciones previas...», *op. cit.*, pág. 142.

del Estado, las Comunidades Autónomas y corporaciones locales afectados cuando la obra no figure en el correspondiente planeamiento urbanístico», abriéndose en este caso el plazo de un mes para emitirlo.

Afectan también a esta materia las disposiciones adicionales primera, segunda, tercera y quinta de la Ley 13/2003, de 23 de mayo. La primera se refiere a la planificación sectorial de obras o a aquellos planes que incluyan las obras a realizar, afirmando que «serán preceptivos cuando así lo exija la legislación general o la específica reguladora de cada clase de obras» y que «podrán incluir las obras susceptibles de ser objeto del contrato de concesión». Más complejidad presenta la segunda de estas disposiciones adicionales, en la que se concretan el deber y las vías de colaboración y coordinación entre Administraciones públicas «en el ejercicio de sus actuaciones de planificación y construcción de obras públicas» (apdo. 1), «a fin de articular la planificación y construcción de las obras públicas de interés general con los planes de ordenación territorial y urbanística» (apdo. 2), concretándose, además, las reglas a aplicar para la resolución de posibles desacuerdos. La disposición adicional tercera se centra, por su parte, en la construcción de las obras públicas de interés general y en la resolución de las discrepancias que pudieran surgir por su no adecuación al planeamiento urbanístico que resulte de aplicación.

Se desplaza con ello, en el ámbito concreto de las obras públicas, el rigor del enunciado del artículo 244 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, en el que se establece el régimen aplicable a los actos promovidos por Administraciones públicas para garantizar su conformidad y encaje en el planeamiento urbanístico en vigor <sup>77</sup>. En relación con este precepto, ha de hacerse notar la contraposición de su tenor literal y del enunciado de las disposiciones citadas de la Ley 13/2003, especialmente la disposición adicional tercera, que ha acertado los plazos y simplificado el

<sup>77</sup> Dispone este artículo 244 en sus párrafos 2, 3 y 4, aún vigentes:

- «2. Cuando razones de urgencia o excepcional interés público lo exijan, el Ministro competente por razón de la materia podrá acordar la remisión al Ayuntamiento correspondiente del proyecto de que se trate, para que en el plazo de un mes notifique la conformidad o disconformidad del mismo con el planeamiento urbanístico en vigor. En caso de disconformidad, el expediente se remitirá por el Departamento interesado al Ministro de Obras Públicas y Transportes, quien lo elevará al Consejo de Ministros, previo informe sucesivo del órgano competente de la Comunidad Autónoma, que se deberá emitir en el plazo de un mes, y de la Comisión Central del Territorio y Urbanismo. El Consejo de Ministros decidirá si procede ejecutar el proyecto, y en este caso, ordenará la iniciación del procedimiento de modificación o revisión del planeamiento, conforme a la tramitación establecida en la legislación urbanística.
3. El Ayuntamiento podrá en todo caso acordar la suspensión de las obras a que se refiere el número 1 de este artículo cuando se pretendiesen llevar a cabo en ausencia o en contradicción con la notificación, de conformidad con el planeamiento y antes de la decisión de ejecutar la obra adoptada por el Consejo de Ministros, comunicando dicha suspensión al órgano redactor del proyecto y al Ministro de Obras Públicas y Transportes, a los efectos prevenidos en el mismo.
4. Se exceptúan de esta facultad las obras que afecten directamente a la defensa nacional, para cuya suspensión deberá mediar acuerdo del Consejo de Ministros, previa propuesta del Ministro de Obras Públicas y Transportes, a solicitud del Ayuntamiento competente e informe del Ministerio de Defensa.»

procedimiento para solicitar la conformidad de las Administraciones urbanísticas implicadas, garantizando, en cualquier caso, la preeminencia de la decisión de la Administración General del Estado en todas aquellas materias que sean de competencia exclusivamente estatal <sup>78</sup>.

En la línea del tratamiento que nuestro ordenamiento otorga a la defensa nacional, ha de ser advertido el rigor que acompaña al informe preceptivo del Ministerio de Defensa exigido por la disposición adicional quinta, con carácter previo a la aprobación de los estudios de viabilidad, en aquellos casos en que el contrato pudiera incidir sobre «zonas declaradas de interés para la defensa nacional o bien sobre terrenos, edificaciones e instalaciones, incluidas sus zonas de seguridad, vinculados a los fines de la defensa nacional». El informe, que deberá ser evacuado en el plazo de dos meses, tendrá carácter vinculante, entendiéndose desfavorable si no fuera emitido en el plazo establecido. Esta solución ha sido muy criticada por ALONSO COLOMER en la medida en que reserva a un solo Departamento ministerial una decisión que podría afectar e interesar a varios, por lo que entiende que supone «una renuncia al diálogo interadministrativo y sacralizan un criterio sin que el legislador aluda al posible estudio de alternativas a las soluciones que pudiera considerar el Ministerio de Defensa como preferentes» <sup>79</sup>.

- d) «Estudio de impacto ambiental cuando éste sea preceptivo de acuerdo con la legislación vigente. En los restantes casos, un análisis ambiental de las alternativas y las correspondientes medidas correctoras y protectoras necesarias». Por su repercusión indudable sobre el medio ambiente, la construcción y/o explotación de obras públicas queda supeditada, antes de la iniciación incluso del procedimiento concesional, a las exigencias derivadas de la protección ambiental. Se dispone, de un lado, y en conjunción con la disposición adicional cuarta de la Ley 13/2003, su sujeción al procedimiento de evaluación de impacto ambiental en los casos en que así se establez-

<sup>78</sup> Establece, en concreto, la disposición adicional tercera de la Ley 13/2003, de 23 de mayo:

- «1. Los proyectos de obras públicas de interés general se remitirán a la Administración urbanística competente, al objeto de que informe sobre la adaptación de dichos proyectos al planeamiento urbanístico que resulte de aplicación. Este informe se emitirá en el plazo de un mes, pasado el cual se entenderá evacuado en sentido favorable.
2. En el supuesto de que tales obras vayan a construirse sobre terrenos no reservados por el planeamiento urbanístico, y siempre que no sea posible resolver las eventuales discrepancias mediante acuerdo, de conformidad con la normativa de aplicación, la decisión estatal respecto a la ejecución del proyecto prevalecerá sobre el planeamiento urbanístico, cuyo contenido deberá acomodarse a las determinaciones de aquélla.
3. La construcción, modificación y ampliación de las obras públicas de interés general no estarán sometidas a licencia o a cualquier otro acto de control preventivo municipal, siempre que se siga lo previsto en el apartado 1 de esta disposición.
4. No procederá la suspensión de la ejecución de las obras públicas de interés general por los órganos urbanísticos cuando éstas se realicen en cumplimiento de los planes y proyectos de obras aprobados por los órganos competentes por el procedimiento establecido o se trate de obras de emergencia.»

<sup>79</sup> F. ALONSO COLOMER, «Actuaciones previas...», *op. cit.*, pág. 144.

ca en la legislación ambiental<sup>80</sup>. Se exige, de otro, la realización de un análisis pormenorizado en esta materia cuando el supuesto no esté sometido por la legislación vigente al trámite de la evaluación de impacto ambiental. Se pretende con ello que la Administración concedente cuente con información suficiente para evaluar los perjuicios ambientales que pudieran derivarse de la concesión, incentivando además al proponente del estudio de viabilidad a incorporar en el mismo las alternativas que permitan su prevención o, en su caso, corrección.

- e) «Justificación de la solución elegida, indicando, entre las alternativas consideradas si se tratara de infraestructuras viarias o lineales, las características de su trazado». Si por el enunciado del artículo 227.2, apartado a), el estudio de viabilidad ha de contener información suficiente para justificar la concesión propuesta y su finalidad, este apartado e) exige razonar el por qué de la solución concreta por la que se ha optado para materializar la obra, es decir, justificar la opción elegida entre todas las soluciones posibles y exponer las causas técnicas, financieras, o de otro tipo que hayan podido llevar a su elección. El legislador detalla este requisito para el caso específico de las infraestructuras viarias o lineales, citando expresamente la necesidad de que se argumente sobre las características y la adecuación del trazado elegido para el supuesto concreto.
- f) «Riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de la obra». La concepción tradicional de la concesión en el Derecho español se fundamenta, con carácter general, en el principio de gestión a riesgo y ventura del concesionario, que se ha visto un tanto atenuado en la redacción de la Ley 13/2003, en aras a una mayor participación y colaboración del sector privado en la provisión y gestión de las obras públicas. El éxito de la concesión en este ámbito dependerá así, en consecuencia, de que se realice un reparto adecuado de los riesgos que implica la ejecución contractual. Es lo que se formula en el sistema británico de la PFI como el principio de la gestión del riesgo por quien tiene la mejor capacidad de soportarlo.

No cabe duda, en concreto, de que los «riesgos operativos y tecnológicos» derivados de la construcción o explotación de la obra serán mejor y más eficientemente gestionados por el sector privado. Ahora bien, esta conclusión no es obstáculo para que el proponente del estudio de viabilidad disertar en el mismo sobre su identificación, enumeración y neutralización o, si ésta no fuera posible, reducción. Se trata, por tanto, de ofrecer a la Administración concedente información suficiente sobre los riesgos que comporta el proyecto para que pueda evaluar *a priori* la capacidad de la iniciativa privada de anticiparse a su aparición y de resolver los problemas que plantea su gestión.

<sup>80</sup> Establece la disposición adicional cuarta de la Ley 13/2003, de 23 de mayo: «Las obras públicas que se construyan mediante contrato de concesión se someterán al procedimiento de evaluación de impacto ambiental en los casos establecidos en la legislación ambiental». Sobre la complejidad de la normativa de evaluación de impacto ambiental, tanto estatal como autonómica, y su incidencia en el ámbito de las obras públicas, vid. la obra colectiva dirigida por Tomás QUINTANA LÓPEZ, *Comentario a la legislación de evaluación de impacto ambiental*, Civitas, Madrid, 2002; así como la recopilación normativa realizada por Tomás QUINTANA LÓPEZ y Ana Belén CASARES MARCOS, *Legislación de Evaluación de Impacto Ambiental Estatal y Autonómica*, Civitas, Madrid, 2001.



- g) «Coste de la inversión a realizar, así como el sistema de financiación propuesto para la construcción de la obra con la justificación, asimismo, de la procedencia de ésta». Este enunciado está relacionado con la mención que realiza a la previsión de uso y rentabilidad de la concesión el ya citado apartado b). Va, no obstante, más allá en cuanto exige la concreción de los términos económicos de la concesión desde la perspectiva de su financiación primera. No se trata de identificar a quien ha de soportar el coste final de la infraestructura o de su explotación, sino de determinar la procedencia originaria de los fondos con los que se va a proveer a su construcción o gestión. El estudio de viabilidad deberá aportar, por lo tanto, datos suficientes como para poder conocer el coste total de la inversión proyectada y las fuentes de financiación previstas para sufragarlo.

Los siete apartados del artículo 227.2 expuestos hasta aquí, se corresponden con otras tantas exigencias que deben integrar, necesariamente, el estudio de viabilidad redactado a iniciativa particular, si bien es posible que se vean completados por cuanta información considere adecuada el promotor para la valoración y evaluación de la propuesta elevada a la Administración. Se trata, en todo caso, de un precepto bastante completo, sobre todo a la vista del contenido que exigen a las memorias correspondientes otros antecedentes normativos, citados *supra*, de la iniciativa particular consagrada en el artículo 222 del TRLCAP, en especial, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 y el Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001 <sup>81</sup>.

La redacción y elevación en estos términos del estudio de viabilidad al órgano administrativo competente de la Administración concedente, se erige así en punto de partida para la tramitación del procedimiento de concesión de obras públicas a iniciativa particular. Un proceso plagado de cuestiones procedimentales muy complejas a consecuencia de la regulación claramente insuficiente que recoge la Ley 13/2003 de la iniciativa particular ejercitada en el marco del artículo 222 del TRLCAP.

Conforme al párrafo quinto del artículo 227 del TRLCAP, el estudio de viabilidad presentado por la iniciativa privada «será elevado al órgano competente», que dispondrá de un plazo de tres meses para comunicar al particular su decisión de «tramitar o no tramitar el mismo», o bien de fijar un plazo mayor para su estudio que no podrá ser superior, en ningún caso, a los seis meses. La doctrina ha recibido con agrado la fijación de un plazo específico para la contestación al particular, evitándose así que su iniciativa resultara «estéril» ante la

<sup>81</sup> El artículo 117 del Reglamento de Servicios de 1955 se limita a disponer, en su párrafo primero, que «cuando algún particular solicitare por su propia iniciativa la concesión de un servicio deberá presentar Memoria sobre el que se tratare de establecer y en la que justifique la conveniencia de prestarlo en régimen de concesión». El artículo 131 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, reconoce, por su parte, la iniciativa particular de las comunidades de usuarios u organizaciones representativas de los mismos, para la declaración de una obra hidráulica como de interés general, limitándose a exigir, en su párrafo cuarto, la inclusión en el expediente correspondiente de «una propuesta de financiación de la construcción y explotación de la obra, así como un estudio sobre los cánones y tarifas a satisfacer por los beneficiarios».



incertidumbre provocada por la eventual ausencia de unos requisitos «en orden a que la reacción de la Administración se produzca de una manera rápida, aunque con tiempo razonable para valorar la iniciativa»<sup>82</sup>.

Ahora bien, este dato no evita la zozobra que provoca el hecho de no saber a quién se refiere la norma cuando permite la elevación del estudio al «órgano competente». Un extremo que tendrá que ser concretado al detalle por la norma reglamentaria que desarrolle el TRLCAP en materia de concesión de obras públicas, si se quiere promocionar realmente la iniciativa de los particulares en el procedimiento de licitación y adjudicación del contrato.

La continuación del procedimiento una vez presentado el estudio exige, por tanto, una respuesta expresa por parte de la Administración que podrá optar entre tramitarlo, aplicando los párrafos 3 y 4 del artículo 227 del TRLCAP, o no hacerlo, denegando al particular la opción de que pueda prosperar su iniciativa. Cabe incluso una tercera opción, que no es otra que aplazar la decisión definitiva ampliando el plazo inicial de tres meses a un plazo máximo de seis.

Son muchas las incógnitas y los problemas procedimentales concretos que se plantean a partir de este momento. En primer lugar, las relaciones entre el estudio de viabilidad y ese posible sustitutivo que establece el artículo 227 en su párrafo 6, el estudio de viabilidad económico-financiera, un problema al que nos hemos referido ya supra. A ello se suma el hecho de que el artículo 227.5 nada dice sobre los criterios a aplicar por la Administración concedente para valorar el estudio de viabilidad, ni sobre los motivos que podrían llevarla a admitir o a rechazar su tramitación.

Resulta lógica, por la propia trascendencia del contrato de concesión de obras públicas, la atribución por este precepto de efectos desestimatorios al silencio administrativo una vez transcurrido el plazo máximo que establece la Ley para que la Administración se pronuncie sobre el estudio presentado a iniciativa particular. No es, sin embargo, tan evidente ni aceptable el silencio de la Ley sobre el carácter motivado de la resolución denegatoria.

Si se pretende incentivar realmente la intervención de los particulares en este ámbito y la presentación por los mismos de proyectos novedosos que resuelvan necesidades de infraestructuras antes, incluso, de que hayan sido identificadas por la propia Administración competente, es preciso exigir a esta última de forma taxativa que realice el esfuerzo de motivar todas sus resoluciones denegatorias y detallar los motivos por los que no se ha considerado oportuno continuar la tramitación del estudio de viabilidad. De esta forma, la propia experiencia adquirida por el sector privado en la aplicación del artículo 227.5 del TRLCAP habría de servir de vía para el perfeccionamiento progresivo de los estudios presentados a la consideración de la Administración.

<sup>82</sup> F. ALONSO COLOMER, «Actuaciones previas...», *op. cit.*, pág. 147.

Es más, aun cuando el estudio hubiera sido aceptado para su tramitación por el «órgano competente» tras esta primera valoración, siguen siendo muchos los interrogantes que quedan por resolver a partir del contenido del segundo párrafo del artículo 227.5 del TRLCAP: «En el supuesto de que el estudio de viabilidad culminara en el otorgamiento de la correspondiente concesión tras la correspondiente licitación, su autor tendrá derecho, siempre que no haya resultado adjudicatario y salvo que el estudio hubiera resultado insuficiente de acuerdo con su propia finalidad, al resarcimiento de los gastos efectuados para su elaboración, incrementados en un 10 por 100 como compensación, gastos que podrán imponerse al concesionario como condición contractual en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares. El importe de los gastos será determinado por la Administración concedente en función de los que resulten acreditados por quien haya presentado el estudio, conformes con la naturaleza y contenido de éste y de acuerdo con los precios de mercado». De acuerdo con el texto legal transcrito son tres las posibilidades que se abren para el autor de un estudio de viabilidad concreto, una vez que ha sido aceptado para su tramitación posterior. Es posible, en primer lugar, que resulte adjudicatario en el proceso de selección del concesionario. Se entiende que este hecho encierra en sí mismo cualquier tipo de compensación a que pudiera tener derecho el adjudicatario por la presentación del estudio de viabilidad originario y la apertura de toda la tramitación posterior.

Podría ocurrir, en segundo lugar, que una vez abierto el proceso de selección a otros candidatos, no resultara elegido como adjudicatario el autor inicial del estudio de viabilidad que se sitúa como punto de partida del procedimiento de contratación. En estos casos, el particular del que ha derivado el estudio originario tendrá derecho, como regla general, a una compensación económica, que deberá pagar quien se haya erigido finalmente como concesionario de la obra pública<sup>83</sup>. Este resarcimiento incluye la indemnización de todos los gastos efectuados para la elaboración del estudio de viabilidad<sup>84</sup>, incrementándose la cantidad resultante en un 10 por 100. Se trata de un aumento que debe entenderse, en todo caso, como un incentivo para la promoción de la iniciativa particular contemplada en el artículo 222 del TRLCAP.

Ahora bien, tomando en consideración la complejidad del estudio de viabilidad que regula el artículo 227 de la Ley y el contenido mínimo que exige el segundo párrafo de este precepto para su redacción, es obvio que la compensación prevista en este artículo es más que insuficiente para fomentar de una forma efectiva la creación de un mercado privado de provisión de infraestructuras públicas a iniciativa meramente particular. Habida cuenta de los costes que deben desembolsar quienes pretenden ejercitar esta iniciativa, de los lapsos de tiempo tan sumamente dilatados que pueden transcurrir desde que comienza la elaboración del estudio de via-

<sup>83</sup> Obligación que podrá venir impuesta, incluso, en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato, tal y como establece el precepto comentado. De la redacción del precepto parece desprenderse el carácter potestativo de este pago por parte del concesionario final —«gastos que podrán imponerse al concesionario como condición contractual»—, lo que plantearía el interrogante de saber si podría ser la propia Administración y en qué condiciones la que hiciera frente a ese pago.

<sup>84</sup> Estableciéndose, no obstante, una garantía a favor del adjudicatario final, en cuanto el importe de los gastos debe ser fijado por la Administración de acuerdo con los precios vigentes en el mercado y siempre y cuando respondan a gastos acreditados conformes a la naturaleza del estudio de viabilidad.

bilidad hasta que culmina el proceso de adjudicación del contrato, y de los riesgos que asume, en definitiva, quien eleva su propuesta a la Administración ante la indefinición de los criterios empleados por ésta para la decisión inicial de tramitar o no el estudio y para la determinación posterior de la compensación a percibir en caso de no resultar adjudicatario, no cabe duda alguna que puede resultar mucho más provechoso y lucrativo, incluso, para el sector privado confiar en la planificación e iniciativa pública en materia de construcción y explotación de obras públicas que dar por sí mismo el primer paso.

Es por esta razón que estamos en desacuerdo con ALONSO COLOMER cuando aplaude la opción final del legislador y afirma que «no parece que la iniciativa prevista en la norma (arts. 222 y 227.5 del TRLCAP) deba tener más compensación que la que corresponda al esfuerzo realizado». Evidentemente, tiene razón al defender que «el título concesional debe recaer, por obvias e irrenunciables exigencias de interés público, en la mejor oferta que se presente y no en la más madrugadora», pero no, en nuestra opinión, al excluir la posibilidad para el particular de «una mejor consideración derivada de su iniciativa (preferencia en caso de empate o puntuación suplementaria)»<sup>85</sup>.

Si esto se mantiene así, ¿qué necesidad tiene, entonces, el sector privado de arriesgarse a lo desconocido, planificando, proyectando y planteando al sector público un estudio de viabilidad completo y novedoso sobre la construcción y/o explotación de una obra pública no licitada hasta entonces por la Administración? No se trata de premiar sin más al que haya sido más madrugador, pero sí de reconocer el esfuerzo realizado y plasmado en su propuesta y el potencial de esta última, que queda fuera de toda duda desde el momento en que la Administración concedente decide continuar su tramitación y accede a licitar el contrato. Convendría reflexionar, en este sentido, sobre la posibilidad de otorgar algún incentivo más a la iniciativa privada que atrajera realmente su atención e interés a la puesta en práctica del artículo 222 del TRLCAP; la defensa, en tal sentido, del derecho de tanteo como reconocimiento al autor del estudio de viabilidad cuya tramitación se ha acordado inicialmente, pero en los que el adjudicatario final resulta ser sin embargo otro, no es nuevo, sino que aparece recogido ya en los artículos 38 y 45 del Reglamento de Obras Públicas de 6 de julio de 1877, por el que se desarrolla la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de ese mismo año<sup>86</sup>,

<sup>85</sup> F. ALONSO COLOMER, «Actuaciones previas...», *op. cit.*, pág. 147.

<sup>86</sup> Dispone textualmente el segundo párrafo del artículo 38 del Reglamento de Obras Públicas de 6 de julio de 1877 respecto a las concesiones para ejecutar sin subvención obras comprendidas en los planes del Estado: «Al peticionario cuyo proyecto hubiese servido de base al remate se le reserva en todo caso el derecho de tanteo, y por lo mismo el de ser declarado adjudicatario por la cantidad que hubiere ofrecido el mejor postor. Para poder ejercerlo deberá asistir por sí o por un representante debidamente autorizado al acto de la subasta, el cual se prorrogará por media hora para que el interesado pueda hacer la declaración correspondiente, que en su caso se hará constar en el acta del remate. Si transcurriese esta media hora sin hacerse declaración alguna, se entenderá que el peticionario renuncia al derecho de tanteo y el presidente declarará mejor postor al firmante de la proposición más ventajosa». Una declaración que reitera, punto por punto, el artículo 45 del Reglamento en relación a las concesiones para ejecutar con subvención obras a cargo del Estado. En ambos casos, si el adjudicatario no fuese el firmante de la propuesta cuyo proyecto hubiere servido de base a la licitación, tendrá la obligación de abonar a este último la cantidad «a que ascendiera la tasación del proyecto». *Vid.* los artículos 39 y 45 *in fine* del Reglamento de 1877.

y en los artículos 118 y 123 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 <sup>87</sup>.

Ahora bien, todo ello sin olvidar que el establecimiento, sin más, del derecho de tanteo a favor del titular de la primera iniciativa puede llegar a desincentivar asimismo a otros posibles licitadores. Es por esta razón que, en caso de ser reconocido el derecho de tanteo, habría que premiarles también de alguna forma, dado que su oferta final es la elegida. Se revela así una tensión interna que incide de forma decisiva sobre la participación de la iniciativa privada en la concesión de obras públicas y que no se resuelve con el mero reconocimiento del derecho de tanteo, sino que exige una reflexión en profundidad al objeto de articular un sistema de mayor complejidad que atienda a la variedad de matices e intereses que se entrecruzan en este ámbito.

Por último, cabe una tercera posibilidad y es que el procedimiento de contratación de la concesión de obras públicas que ha sido propuesto a iniciativa particular sea aceptado por la Administración para su licitación y adjudicación, considerándose, no obstante, que el estudio de viabilidad inicial es «insuficiente de acuerdo con su propia finalidad». En este supuesto, la iniciativa privada de la que ha surgido todo el proceso carece de cualquier tipo de compensación por el trabajo desarrollado, independientemente de que pueda participar en el proceso de selección del concesionario. Se plantea de inmediato el problema de definir con certeza y dotar de seguridad jurídica a las condiciones que rodean y determinan este rechazo por parte del sector público.

¿Quién decide si el estudio de viabilidad presentado en un primer momento es suficiente o no a la finalidad de la concesión licitada? ¿El mismo «órgano competente» que decide si procede o no su tramitación inicial? Interesa saber, asimismo, en qué momento se produce esta declaración de «insuficiencia». ¿Antes o después de la adjudicación? Y sobre todo, ¿con qué criterios y en qué supuestos cabe esa declaración? A todo ello se suman, además, las críticas vertidas por PARADA VÁZQUEZ, ante la supresión por parte de la Ley del tradicional trámite de los proyectos en competencia, «que consistía, con carácter previo a la fase

<sup>87</sup> El artículo 118.2 c) recoge el derecho de tanteo sobre la adjudicación como una de las posibilidades que podrá ofrecer la corporación local en las bases de la convocatoria del correspondiente concurso de proyectos. El artículo 123 establece, por su parte:

- «1. El peticionario iniciador a que alude el artículo 117 tendrá derecho de tanteo si participare en la licitación y entre su propuesta económica y la que hubiere resultado elegida no existiere diferencia superior a un 10 por 100.
2. El propio derecho corresponderá en iguales circunstancias al titular del proyecto que hubiere resultado elegido en el concurso previo de proyectos, de haberse celebrado, si en las bases se le otorgare como premio tal derecho a tenor de lo previsto en el apartado c) del párrafo 2 del artículo 118.
3. Podrá ejercerse este derecho en el acto de la apertura de pliegos, que se prolongará al efecto treinta minutos después de la adjudicación provisional.
4. Si hicieran uso del derecho de tanteo las personas a que se refieren los párrafos 1 y 2 se otorgará, de las dos, a quien hubiere presentado la propuesta más económica, y si existiere empate entre ambas se resolverá por pujas a la llana [...] partiendo de la propuesta sobre la que se ejercitare el indicado privilegio.
5. En el acto de licitación se hará constar si se hizo o no del derecho de tanteo.»

de otorgamiento de la concesión de obra pública, en valorar entre distintos proyectos el más conveniente, lo que no implicaba que el titular del seleccionado fuere después el adjudicatario de la concesión, sin perjuicio de su derecho al premio y resarcimiento de los gastos realizados»<sup>88</sup>. Por último, ¿qué premio tendrá el proponente inicial cuyo estudio de viabilidad es declarado mejorable? Ha realizado ya un trabajo que puede ser después aprovechado por tercero para mejorarlo, ahorrándose este último, en consecuencia, costes. Es más fácil y, por tanto, más barato, en definitiva, mejorar que hacer *ex novo*. De ahí la trascendencia de la solución que se dé a este interrogante, ya que es importante también para hacer operativo el sistema.

Son muchos, como vemos, los interrogantes en esta materia que quedan sin respuesta en el Texto Refundido tras su modificación por Ley 13/2003. Cuestiones e incógnitas que inciden directamente en la propia capacidad y virtualidad de esta iniciativa privada tal y como ha quedado diseñada por la Ley 13/2003, de 23 de mayo. No se compadecen, en este sentido, los pronunciamientos de su Exposición de Motivos a favor de la intervención privada en el ámbito de la construcción y explotación de las infraestructuras públicas, con la tosquedad y brevedad con que ha sido diseñada esta participación. Corresponde, en este sentido, un papel clarificador y organizador evidente al desarrollo reglamentario de la Ley, que debe ser consciente de las lagunas, silencios y cortapisas que manifiesta en esta cuestión el texto legal con el propósito de completar, detallar y enmendar lo mejor posible su regulación. Solamente así podrá asumir el sector privado el protagonismo que la Ley ha pretendido concederle<sup>89</sup>. La responsabilidad del redactor del Reglamento es mucha, dado que buena parte de su articulado será de carácter básico, lo cual otorga cobertura a la capacidad del Reglamento para incidir en aspectos fundamentales de la regulación como los señalados hasta aquí<sup>90</sup>.

Ante la iniciativa ejercitada por parte del sector privado, la Administración ha de responder sopesando el contenido del estudio de viabilidad propuesto. No sólo para determinar la oportunidad y conveniencia de su tramitación, sino para definir también, en caso de que aquella sea acordada, si el estudio es «suficiente» o no para alcanzar sus fines. El resultado de esta evaluación no debe traducirse ni plasmarse, en nuestra opinión, en una decisión absolutamente discrecional de la Administración concedente.

<sup>88</sup> Continúa el autor, R. PARADA, *Derecho Administrativo I...*, *op. cit.*, pág. 333, afirmando que «tampoco es muy rigurosa la ley en cuanto a los procedimientos y criterios de adjudicación, pues otorga una gran discrecionalidad a la Administración, que podrá elegir entre el procedimiento abierto o restringido, siempre mediante concurso, o el procedimiento negociado», una realidad sobre la que se ha insistido *supra*.

<sup>89</sup> En un sentido similar A. EMBID IRUJO y E. COLOM PIAZUELO, *Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas...*, *op. cit.*, pág. 143, que advierten «algunas deficiencias o ausencias de regulación en una cuestión en la que el Legislador pone mucho énfasis con toda lógica». Cuestiones que habrán de ser objeto de desarrollo reglamentario, «ocasión inmejorable para el perfeccionamiento de la novedosa regulación de esta Ley y para viabilizarla en la práctica desde todos los puntos de vista posibles».

<sup>90</sup> *Vid.*, en este sentido, la disposición adicional primera de la Ley 13/2003, de 23 de mayo.

Son muchos los factores a evaluar y muy significativa la dificultad de valorar en profundidad las distintas alternativas que se presentan en un supuesto concreto <sup>91</sup>. ¿Cómo decidir si el proyecto es o no viable, si procede descartarlo o no, en definitiva, sobre la única base de lo que afirma y contiene el estudio de viabilidad propuesto? Se impone la necesidad de definir unos criterios objetivos, de establecer un procedimiento riguroso y de formar y disponer, en última instancia, de unos órganos administrativos especializados, preparados para dar respuesta a los múltiples retos que plantean las diversas formas de asociación y participación público-privada que han aparecido en los últimos tiempos y que, con toda seguridad, habrán de continuar desarrollándose y perfeccionándose.

Estos extremos no pueden quedar sujetos a la discrecionalidad administrativa más absoluta, sino que tiene que existir un mínimo rigor que permita a la iniciativa privada saber a qué atenerse en cada caso. Es conveniente reducir la incertidumbre que acompaña a esta actuación administrativa en la Ley 13/2003. El legislador ha consagrado una discrecionalidad con muy pocos límites que corre el riesgo de desembocar en «hipotética arbitrariedad» o en «hipotéticos tratamientos desiguales», convirtiéndose, además, en un «elemento impeditivo de un correcto control judicial de todas las actuaciones de la Administración» <sup>92</sup>.

### 3.3.2. *La conciliación de los principios de transparencia y publicidad con la confidencialidad de las informaciones presentadas a la Administración.*

Interesa poner de relieve, antes de dar por finalizado este análisis de la problemática jurídica que plantea el estudio de viabilidad a iniciativa particular, un último escollo que habrá de ser objeto de atención en la normativa de desarrollo que se dicte para la regulación del contrato de concesión de obra pública y que habrá de tener unas repercusiones prácticas evidentes.

<sup>91</sup> Hay que sopesar si acudir a un contrato de concesión de obra pública o a la vía convencional (contrato de obras) para la provisión de la infraestructura correspondiente. En caso de optar por la primera opción, hay que decidir el alcance del objeto contractual, que puede abarcar aisladamente, como hemos visto, el diseño, la construcción, la explotación de la obra pública, o, por el contrario, todas estas facetas simultáneamente. A ello se suma, por otra parte, la tarea de evaluar los costes que pueda implicar a la larga cada alternativa para la Administración, con el fin último de identificar aquella que obtenga un mayor valor o utilidad a cambio del gasto público efectuado. Por no hablar de la valoración que debe realizar la Administración pública del plan de financiación propuesto y de las fuentes privadas de financiación con que cuenta la iniciativa particular para la ejecución del contrato.

<sup>92</sup> A. EMBID IRUJO y E. COLOM PIAZUELO, *Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas...*, *op. cit.*, pág. 50, critican, en este sentido, que el nuevo régimen jurídico inaugurado por la Ley 13/2003 para el contrato de concesión de obra pública vaya acompañado de «continuas remisiones a los Pliegos de cláusulas administrativas particulares, a la actuación de la Administración concedente o a la del órgano de contratación sin enmarcarlas suficientemente». Conviene recordar, en este sentido, la advertencia realizada por el Consejo de Estado al referirse al artículo 117 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, en un supuesto concreto de concesión de servicio de transporte en autobús, y recogida en su Dictamen de 14 de julio de 1964, en el que se sostiene que «si bien es cierto que la apreciación del interés público que aconseje el establecimiento del servicio solicitado debe ser considerada discrecionalmente por la Administración, esta discrecionalidad en manera alguna puede entenderse como una facultad libérrima de decisión arbitraria, sino que debe producirse en función de la apreciación de los informes técnicos y demás actuaciones que en el expediente se produzcan».

Se trata de la tensión que puede llegar a desatar la aplicación del artículo 222 del TRL-CAP entre dos extremos que resultan, en principio, contradictorios y que han de ser, en cualquier caso, objeto de una especial protección por parte de la Administración pública concedente a lo largo de la tramitación de todo el procedimiento de contratación, desde la apertura e iniciación de sus actuaciones previas hasta la adjudicación final y definitiva del contrato. Nos referimos, en concreto, al equilibrio que deberá procurar el sector público para garantizar la conciliación, de un lado, de los principios de transparencia y publicidad en la celebración del contrato, y, de otro, la confidencialidad y el deber de secreto de las informaciones presentadas a la Administración por los particulares, especialmente si éstas se refieren a aspectos técnicos o innovadores cuya difusión pueda dar lugar al perjuicio de la posición competitiva en el mercado del sujeto que ejerce la iniciativa privada.

Son plenamente aplicables, en este sentido, los principios consagrados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) para el ámbito de la contratación pública. Si bien es cierto que los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, en un primer momento, y de la Unión, con posterioridad, nada dicen de forma específica sobre los contratos administrativos, resultan de obligado cumplimiento en esta materia los grandes principios de prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, libre circulación de mercancías, derecho de establecimiento, libre prestación de servicios y las normas sobre la competencia a que deben sujetarse, con carácter general, todas las actuaciones públicas.

Así lo ratifica la vigente Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, del Consejo, relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, modificada, a su vez, por la Directiva 97/52/CE, del Parlamento y del Consejo, de 13 de octubre de 1997<sup>93</sup>. Y así lo sanciona también, a los efectos que interesan aquí, la Comunicación interpretativa 2000/C 121/02, de 29 de abril de 2000, de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario.

Esta última dedica su tercer bloque al régimen aplicable a las concesiones, detallando en su apartado 3.1 las normas y principios del Tratado o sentados por el TJCE que resultan de aplicación a las concesiones de obras. Comienza, en tal sentido, por recordar que «solamente las concesiones de obras que alcancen el umbral fijado por la Directiva 93/37/CEE son objeto de un régimen particular», si bien «como todo acto del Estado por el que se fijen las condiciones que debe cumplir una prestación de actividades económicas, las concesiones están sujetas a las disposiciones de los artículos 28 a 30 (antiguos arts. 30 a 36) y 43 a 55 (antiguos arts. 52 a 66) del Tratado, así como a los principios sentados por la jurisprudencia del Tribunal. Se trata, en particular de los principios de no discriminación, igualdad de trato, transparencia, reconocimiento mutuo y proporcionalidad».

<sup>93</sup> Quedan fuera del ámbito de la Directiva, por lo que respecta a las reglas de publicidad que ésta establece, conforme a su artículo 3.1, los contratos de obras públicas cuyo importe sea inferior a 5.000.000 de euros.



Por lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, el Consejo Económico y Social, en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley reguladora de la concesión de obras públicas, de 15 de enero de 2002, aboga ya por la aplicación a todos estos contratos, sin excepción o umbral mínimo alguno, de los «principios orientativos de los "servicios de interés general"» que enumera en su Dictamen sobre la materia, 1999/C 368/17, el Comité Económico y Social Europeo. Se trata, en concreto, de los principios de igualdad, universalidad, fiabilidad, participación, transparencia, simplificación de procedimientos, rentabilidad y eficacia, calidad de los servicios, prestación de un servicio adecuado, evaluación de los resultados, cooperación entre prestatarios, coste asequible y protección de medio ambiente.

Son dos, en cualquier caso, los principios que tienen una implicación más directa en la pugna entre el deber de información de la Administración, por una parte, a todos los que pretendan participar en el proceso de licitación y adjudicación de la concesión y su obligación de respetar, por otra, la confidencialidad de cuanta información le haya sido presentada al ejercer la iniciativa en el procedimiento conforme al artículo 222 del TRLCAP y cuya divulgación pudiera suponer, de alguna forma, la quiebra de la posición del proponente en un mercado caracterizado por la libre competencia. Son los principios de igualdad de trato y de transparencia <sup>94</sup>.

El primero de ellos, principio de igualdad de trato, «implica, concretamente, que todos los concesionarios potenciales deben conocer las reglas del juego y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera», lo que no supone tan sólo la «fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad» (apdo. 3.1.1 de la Comunicación interpretativa de la Comisión).

La consagración de esta igualdad presupone, en definitiva, la existencia de transparencia en el procedimiento de contratación, ya que todos los licitadores deben disponer de idénticas oportunidades para poder formular sus ofertas. El enunciado del apartado 3.1.1 de la Comunicación interpretativa citada continúa, en este sentido, aplicando el principio así entendido al ámbito concreto de la concesión. Transcribimos por su interés el tenor literal de este pasaje en el que se afirma que «la aplicación de este principio a las concesiones (lo que, evidentemente, sólo es posible si el poder adjudicador negocia con varios concesionarios potenciales) deja libre al concedente para elegir el procedimiento de concesión más conveniente, dependiendo sobre todo, de las características del sector afectado, y para fijar los requisitos que los candidatos deberán

<sup>94</sup> A estos dos principios suma la Comunicación interpretativa de la Comisión, 2000/C 121/02, los de proporcionalidad y de reconocimiento mutuo. El primero «exige que toda medida que se tome sea a la vez necesaria y adecuada al fin perseguido», de forma que «en la elección de las medidas a adoptar, un Estado miembro debe recurrir a las que menos perturben el ejercicio de una actividad económica», sin olvidar que el principio citado «requiere también que se concilien competencia y equilibrio financiero» (apdo. 3.1.3). Según el principio de reconocimiento mutuo, por su parte, «un Estado miembro está obligado a aceptar los productos y servicios prestados por operadores económicos de otros países de la Comunidad siempre y cuando estos productos y servicios respondan de manera equivalente a los objetivos legítimos perseguidos por el Estado miembro destinatario» (apdo. 3.1.4).

cumplir a lo largo de las distintas fases del procedimiento. No obstante, ello implica que la selección del candidato o candidatos debe hacerse basándose en criterios objetivos y que el procedimiento debe desarrollarse en cumplimiento de las normas y requisitos fundamentales establecidos inicialmente. En el supuesto de que no se hubiesen fijado estas normas, la aplicación del principio de igualdad de trato exige que, en cualquier caso, la selección de los candidatos se haga de forma objetiva»<sup>95</sup>.

El principio de transparencia se convierte así en el instrumento más adecuado para avallar la utilidad y materialización del principio de igualdad de trato, ya que vela porque no se distorsionen las condiciones de la libre competencia<sup>96</sup>. La Comisión establece al efecto, en el apartado 3.1.2 de la Comunicación interpretativa, que «la transparencia puede garantizarse por cualquier medio adecuado, incluida la publicidad, para tener en cuenta las especiales características de los sectores afectados y dependiendo de las mismas. Estas formas de publicidad deben contener, en general, la información necesaria para permitir a los posibles concesionarios decidir si les interesa participar en el procedimiento (por ejemplo: criterios de selección y adjudicación, etc.). Dicha información ha de incluir el objeto de la concesión, así como la naturaleza y el alcance de las prestaciones esperadas del concesionario»<sup>97</sup>.

Se insiste, en ambos casos, tanto en relación al principio de igualdad de trato como respecto al de transparencia, en la necesidad de que cuantos participen en el procedimiento de licitación contractual cuenten con información suficiente para formar su oferta y decidir su postura ante la Administración concedente. Nos situamos una vez más, por tanto, ante la cuestión de la conveniencia y oportunidad de que existan unos criterios objetivos que faciliten al máximo la selección del concesionario.

Y es que la evaluación de las diversas alternativas que se presentan a la Administración es mucho más compleja aún en los supuestos en que la iniciativa parte del sector privado, en la medida en que no existe un marco previamente definido por la Administración al que deban ceñirse todas las ofertas, sino que es el particular quien presenta un estudio de viabilidad plan-

<sup>95</sup> Son muchas las Sentencias del TJCE que se refieren a este principio y que han contribuido a definir y articular su contenido. Destacan, entre ellas, las de 8 de octubre de 1980 en el asunto C-810/79, *Überschär*; 22 de junio de 1993 en el asunto C-243/89, *Storebaelt*; 13 de julio de 1993 en el asunto C-330/91, *Commerzbank*; y, 25 de abril de 1996 en el asunto 87/94, *Bus Wallons*. Sobre la jurisprudencia del TJCE respecto al principio de igualdad de trato en el ámbito de la contratación pública, *vid.* Ángel BALLESTEROS FERNÁNDEZ, «La normativa de la Unión Europea para la contratación de carreteras. Contratos de obras y de concesión de obra», en *La nueva era de la gestión privada de las infraestructuras. XXIII Semana de la Carretera. IV Encuentro Nacional de la Carretera. Isla de La Toja, 23-27 octubre de 2000*, Asociación Española de la Carretera, Madrid, 2000, págs. 424 y ss.

<sup>96</sup> Para L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Público y privado en la construcción y gestión...», *op. cit.*, págs. 106 y ss., se convierte, además, en cauce útil para garantizar la «honestidad» frente a la «corrupción» en un ámbito caracterizado por contratos de muy elevada cuantía.

<sup>97</sup> *Vid.* Á. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, «La normativa de la Unión Europea...», *op. cit.*, pág. 425, donde se sintetiza la doctrina sobre este principio de transparencia contenida, entre otras, en la Sentencia del TJCE de 11 de julio de 1989 en el asunto 256/87, *Schräder*, o en la del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 1999 en el asunto T-266/97, *Vlaamse Televisie Maatschappij*.

teado desde el enfoque que él haya considerado óptimo para ese supuesto y que no tiene por qué coincidir con el que pudiera proponer otro de los interesados en la adjudicación.

De ahí la importancia de las innovaciones técnicas, financieras, de diseño, de ejecución contractual o de cualquier otro tipo, que pueda comprender el estudio de viabilidad y que han de redundar en un aumento innegable del nivel de calidad de la obra pública correspondiente <sup>98</sup>. De ahí el interés también por parte del sector privado en proteger el contenido de esa iniciativa para evitar que su conocimiento y propagación entre el resto de los interesados en la adjudicación pueda jugar en contra de quien inició el proceso en primer lugar, ya sea en ese supuesto concreto o en otro procedimiento distinto de tramitación de una concesión de obras públicas.

Habría que reflexionar así sobre la conveniencia de articular normativamente unas reglas mínimas que permitan a la Administración mantenerse en el equilibrio adecuado al interés general que está en juego, evitando, de un lado, el perjuicio de la libre competencia por la vulneración del secreto de las soluciones a que hubiese podido llegar un licitador para una infraestructura concreta y determinada e ignorando derecho alguno a su autoría inicial, pero sin caer, de otro lado, en el extremo contrario de primar la iniciativa privada de la que parte el proceso, vulnerando los principios de igualdad de trato y de transparencia que impone en esta materia el Derecho comunitario <sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> No en vano se subraya en el documento ya citado del Partido Popular sobre el Proyecto de Ley reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas la inclusión de indicadores de calidad y el impulso por el entonces Proyecto de Ley de la «introducción en los pliegos de concesiones de mecanismos para la medición y valoración de la calidad del servicio ofrecido por el concesionario a los usuarios de la infraestructura». Se afirma, incluso, que «los parámetros de calidad que se establezcan podrán servir de base para la aplicación de ventajas o penalizaciones económicas al concesionario, según lo dispuesto en cada caso por el pliego de condiciones». Motivos que justifican sobradamente el esfuerzo del sector público por elevar a la Administración iniciativas innovadoras que representen un paso adelante en la calidad de la construcción realizada, de su explotación o del servicio ofrecido, en su caso, a los ciudadanos.

<sup>99</sup> De ahí la advertencia de A. EMBID IRUJO y E. COLOM PIAZUELO, «Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas...», *op. cit.*, pág. 110, para quienes el «estudio de viabilidad habrá de referirse, necesariamente, a todos los aspectos susceptibles de comprometerla, asegurando la máxima transparencia en su tramitación para que las demás Administraciones y los ciudadanos puedan exponer su criterio».