

El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)¹

Carmen Chinchilla Marín
*Catedrática de Derecho Administrativo
de la Universidad de Alcalá*

1. Introducción.
2. Definición y principales características del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP).
3. Actuaciones preparatorias del contrato de CPP.
 - 3.1. Evaluación.
 - 3.2. Programa funcional.
 - 3.3. Clausulado del contrato.
4. El procedimiento de adjudicación del contrato CPP: el diálogo competitivo.
 - 4.1. Características del diálogo competitivo.
 - 4.2. Fases de la adjudicación de un contrato por el procedimiento del diálogo competitivo.
5. Régimen jurídico del contrato CPP.
6. La duración del contrato CPP.

1. Introducción

Entre las distintas reformas introducidas en el ámbito de la contratación pública por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP) destaca la regulación de una nueva figura contractual: el denominado contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP). La propia exposición de motivos de la Ley llama la atención sobre ello al incluir dicha regulación entre las cinco novedades que el propio legislador califica de “principales”:

“Tomando como referencia los principios que han guiado la elaboración de esta ley, las principales novedades que presenta su contenido en relación con su inmediato antecedente, el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, afectan a 1) la delimitación de su ámbito de aplicación, 2) la singula-

1. El presente trabajo constituye un detallado estudio del contrato de CPP, sobre la base del cual la autora desarrolló su ponencia en las Jornadas sobre la Ley de contratos del sector público, organizadas por la Fundación Democracia y Gobierno Local y la Diputación de Zaragoza, en marzo-abril de 2008. Próximamente, aparecerá publicado en el libro colectivo, coordinado por el profesor J.F. MESTRE, *Contratos públicos (comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público)*, Iustel.

rización de las normas que derivan directamente del Derecho comunitario, 3) la incorporación de las nuevas regulaciones sobre contratación que introduce la Directiva 2004/18/CE, 4) la simplificación y mejora de la gestión contractual y 5) la tipificación legal de una nueva figura, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.”

Más adelante, refiriéndose a estos nuevos contratos, la exposición de motivos añade:

“Nominados únicamente en la práctica de la contratación pública, la Ley viene, finalmente, a tipificar normativamente los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, como nuevas figuras contractuales que podrán utilizarse para la obtención de prestaciones complejas o afectadas de una cierta indeterminación inicial, y cuya financiación puede ser asumida, en un principio, por el operador privado, mientras que el precio a pagar por la Administración podrá compensarse a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyen su objeto.”

El antecedente de la regulación de esta nueva figura contractual se encuentra en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005, que contiene un mandato dirigido al ministro de Economía y Hacienda para que, en la LCSP, introduzca “una regulación de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, para el cumplimiento de obligaciones de servicio público”. Asimismo, para comprender el significado de esta figura, hay que tener en cuenta el denominado *Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, aprobado por la Comisión Europea con fecha 30 de abril de 2004. A ello me he referido en otro trabajo anterior, al que ahora me remito para no alargar innecesariamente esta exposición.²

2. Definición y principales características del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)

Es conveniente advertir que, al igual que ocurre con el resto de los contratos –y éste es, sin duda, uno de los aspectos más desafortunados de la nueva ley–, la regulación del contrato de CPP se encuentra dispersa a lo largo de los cinco libros que la integran. La primera referencia a este contrato, aparte de las contenidas en la exposición de motivos de la Ley, la encontramos en el artículo 5.1 y la última en la disposición final décima. Entre uno y otra, una decena de artículos –ubicados a lo largo de toda la Ley– definen el régimen jurídico de este contrato. Pocos preceptos, pues, si se tiene en cuenta que estamos ante una ley que tiene 309 artículos.

2. “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, REDA, 132, 2006. Sobre el *Libro verde* y otras cuestiones relacionadas con este nuevo contrato, *vid.* GARCÍA CAPDEPÓN, P. “El contrato de colaboración público-privada”, *Revista de la Función Consultiva*, 3, 2005.

Empezando por su calificación, de acuerdo con los criterios clasificatorios de la LCSP, el de CPP es un contrato administrativo,³ típico y armonizado. Respecto de esta última y novedosa categoría, no es armonizado porque así lo disponga el Derecho comunitario, ya que todavía no lo ha regulado, sino porque el legislador español así ha querido que sea en atención –según dice la exposición de motivos de la Ley– a “su complejidad, cuantía y peculiar configuración”.

Su definición –o indefinición, según se mire– la encontramos en el artículo 11, a tenor del cual:

“Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una administración pública encarga a una entidad de Derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

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

“b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.

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

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

En mi opinión, el artículo 11 no es un ejemplo de precisión conceptual, pero probablemente estemos ante una imprecisión consciente e, incluso, hasta cierto punto inevitable. Esto es, ante una definición que deja abierto el tipo y número de prestaciones que pueden combinarse en un contrato de CPP que, por definición, es un contrato mixto que no tiene un objeto propio y distinto de los objetos característicos de los contratos típicos, sino que su singularidad radica en que mezcla o combina, potencialmente, todos los posibles objetos de los contratos administrativos, típicos o especiales. Estamos, pues, ante una definición legal que se limita a describir unos elementos caracterizadores de este tipo contractual, para que sean las partes –la Administración y el contratista privado– las que terminen de definir y concretar los elementos del contrato en cada caso específico. Se ha dicho, por ello,

3. En relación con la naturaleza administrativa del contrato de CPP, hay que recordar que la exposición de motivos declara que el hecho de que determinadas técnicas de contratación, como por ejemplo el contrato de CPP, se regulen sólo en relación con las administraciones públicas no significa que no puedan ser utilizadas por las otras entidades del sector público, ya que pueden utilizarlas bien incorporándolas a sus instrucciones internas de contratación, bien al amparo del principio de libertad de pactos. Sobre esta cuestión me remito al análisis que he realizado en mi trabajo “La nueva Ley de contratos del sector público: Ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas”, RVAP, 79, 2007.

parafraseando el título de la novela de Cortázar, que es un modelo para armar,⁴ porque se limita a definir un marco mínimo de actuación que deja en manos de la Administración pública y de los operadores privados la posibilidad de diseñar, en cada caso concreto, el régimen contractual que mejor se ajuste a las necesidades del servicio o de la actividad de interés general de que se trate. Ello no obstante, en mi opinión, debería haberse hecho un esfuerzo, aunque fuese en la exposición de motivos, para simplificar la definición y para aclarar algunos aspectos de la misma, con vistas, sobre todo, a dejar claro en qué se diferencia esta figura contractual de otras como la concesión de obras públicas o el contrato de gestión de servicios públicos que incluye la ejecución de obras.

Según se desprende del citado artículo 11, los elementos característicos del contrato de CPP se refieren a su objeto, su carácter subsidiario, su duración, su forma de remuneración y al papel que está llamado a desempeñar en la relación contractual el empresario privado. Analicemos el contenido de cada uno de estos elementos.

El objeto

El objeto del contrato de CPP gira alrededor del concepto de servicio público o actuación de interés general,⁵ ya que, según el artículo 11.1, el objeto de un con-

4. GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Contrato de colaboración público-privada”, RAP, 170, 2006, p. 22.

5. En el texto del Anteproyecto que informó el Consejo de Estado (Dictamen 514/2006, de 25 de mayo de 2006) sólo aparecía la expresión “para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público”. En el Proyecto aprobado por el Gobierno y remitido a las Cortes Generales se añadió el inciso “o relacionados con actuaciones de interés general”.

A propósito de la referencia al servicio público, el Consejo de Estado –p. 40 de su Dictamen– sugirió sustituir la expresión “cumplimiento de determinados objetivos de servicio público” por alguna otra que comprendiera las categorías “obligaciones de servicio público” y “servicios de interés general”.

No comparto, sin embargo, esta sugerencia del Consejo de Estado, por lo que a la primera expresión se refiere, ya que no acierto a ver que la noción “obligaciones de servicio público” tenga relación alguna con este tipo de contratos, ya que, en nuestro Derecho vigente, por ejemplo, en el Derecho de las telecomunicaciones, las obligaciones de servicio público son deberes que las administraciones públicas pueden imponer a los empresarios privados que prestan servicios en régimen de competencia, pero calificados por la Ley como servicios de interés general. Sin embargo, parece que lo que caracteriza al contrato de CPP es que la Administración presta un servicio, normalmente en una infraestructura pública, y encarga al empresario privado que le haga la infraestructura y/o preste el servicio o realice determinadas prestaciones ligadas al mismo.

Ahora bien, y dicho ello, sí que comparto la idea del Consejo de Estado de que el concepto de servicio público puede resultar insuficiente, mucho más desde el momento en que la Ley ha optado por una acepción concreta de las muchas que puede tener esta compleja categoría jurídica. Me refiero a que el artículo 8, al definir el contrato de gestión de servicios públicos –algo que, salvo error por mi parte, es la primera vez que se hace en una ley de contratos públicos–, identifica servicio público con “servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendada”. Esto es, en la LCSP, el concepto de servicio público se identifica con la noción formal del mismo, y no creo que el contrato de CPP quiera limitarse sólo y exclusivamente a este tipo de servicios asumidos o reservados a la Administración contratante, es decir, a los servicios públicos en el sentido estricto del término, o servicios de titularidad pública. Es por ello que considero muy oportuna la adición del inciso “o relacionados con actuaciones de interés general” que aparece ahora en el artículo 11.1 de la LCSP.

trato de CPP consiste en encargar al empresario privado la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda *alguna prestación más* de las que a continuación enumera la Ley y que abarcan, literalmente, cualquiera de los objetos propios de los contratos típicos, esto es, obras, concesión de obras públicas, suministros o servicios. Es más, después de enumerar distintos tipos de prestaciones, el apartado 1 del artículo 11, como acabamos de ver, se cierra con una cláusula abierta: “otras prestaciones de servicios ligadas al ejercicio por la Administración del servicio público que le ha sido encomendado.” Estamos, pues, ante un contrato de objeto plural y complejo, esto es, que integra, en un mismo negocio jurídico, varias prestaciones de distinta naturaleza.

En mi opinión, en este artículo 11 –y, en concreto, en la definición que hace del objeto del contrato de CPP– radica el problema, que ya he adelantado, de la dificultad, o en algunos casos puede que imposibilidad, de distinguirlo del contrato de concesión de obras públicas o del contrato de gestión de servicios públicos que lleve aparejado la construcción de una infraestructura. En efecto, según el artículo 7, el contrato de concesión de obras públicas tiene por objeto la realización de las prestaciones propias del contrato de obras (simplificando mucho, trabajos de construcción o ingeniería civil que tengan por objeto un bien inmueble)⁶, y se caracteriza porque la contraprestación del concesionario consiste bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio. Por lo que respecta al contrato de CPP, una de las prestaciones que puede comprender, según la letra a) del artículo 11.1, es “*la construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión*”. Pues bien, si, por un lado, la concesión de obras públicas implica la construcción, conservación o mantenimiento de una obra y su explotación, y, por otro, el contrato de CPP también puede tener por objeto una obra, su instalación o transformación y cabe la explotación de la misma, ya que así se reconoce expresamente no sólo en la mencionada letra a) del artículo 11.1, sino también en el apartado d) del artículo 120,⁷ ¿dónde radica, entonces, la diferencia entre la concesión

6. En el anexo I de la LCSP se especifican “los trabajos” que se incluyen dentro del objeto del contrato de obras. Además de la construcción de inmuebles y obras de ingeniería civil, así como su demolición, se encuentran en esa lista obras como, por ejemplo, las de aislamiento térmico, acústico y antivibratorio de los edificios, las de instalación eléctrica, fontanería, o carpintería, el revestimiento de suelos y paredes, la pintura y el acristalamiento, o la limpieza al vapor, con chorro de arena o similares, del exterior de los edificios.

7. Según el artículo 120.d), entre las estipulaciones que debe contener el contrato de CPP, está la “remuneración del contratista, que deberá desglosar las bases y criterios para el cálculo de los costes de inversión, de funcionamiento y de financiación y, en su caso, de los ingresos que el contratista pueda obtener de *la explotación de las obras o equipos* en caso de que sea autorizada y compatible con la cobertura de las necesidades de la Administración”. Esta previsión puede dar cabida, por ejemplo, a que en un hospital público se le permita al contratista explotar, durante determinados horarios, aparatos o equipos, alquilándolos a clínicas privadas.

de obras públicas y el contrato de colaboración de CPP cuando este último incluya una obra y se prevea su explotación? En mi opinión, la respuesta a esta pregunta ha de venir dada por la referencia a dos elementos de estos contratos: el objeto y la remuneración del contratista.

Por lo que respecta al *objeto*, si se compara el del contrato de concesión de obras públicas, tal y como está definido en el artículo 7 de la LCSP, con el del contrato de CPP, definido en el artículo 11 de la Ley, creo que la diferencia salta a la vista: el objeto del contrato de obra pública es mucho más limitado que el del contrato de CPP, ya que aunque aquél pueda comprender diversas prestaciones, todas ellas giran en torno a la obra pública (construcción en el sentido más amplio del término; restauración y reparación; conservación y mantenimiento; adecuación, reforma y modernización, y actuaciones de reposición y gran reparación). Difícilmente, en mi opinión, podría ajustarse a la figura de la concesión de obra pública –tal y como está definida ahora en la LCSP– un contrato en el que la Administración encargara al contratista no sólo la construcción, mantenimiento, modernización, etc., de un edificio –como por ejemplo un hospital o una cárcel–, sino también la prestación de todos los servicios que lleva aparejada la gestión del servicio público al que el edificio sirve de soporte material, así como los suministros o fabricación de bienes o de equipos necesarios para el mismo. Por el contrario, esa posibilidad encaja, perfectamente, en mi opinión, en la definición del objeto del contrato de CPP que hace el artículo 11 de la LCSP.

Por lo que respecta a *la remuneración del contratista* –el otro elemento que junto al objeto ha de servirnos para intentar establecer las diferencias entre una y otra modalidad contractual–, si acudimos al *Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, nos encontramos con que, según el mismo, lo que caracteriza a la concesión y la diferencia de otras modalidades contractuales de colaboración entre el sector público y el privado es, precisamente, la existencia de explotación económica, derivada, a su vez, de la existencia de “un vínculo directo” entre el socio privado, esto es, el contratista o concesionario, y el usuario final. Según la Comisión Europea, habrá concesión (i) si hay vínculo directo entre el concesionario y el usuario final y (ii) si la remuneración del contratista consiste en cánones abonados por los usuarios del servicio que pueden completarse con subvenciones concedidas por los poderes públicos.⁸ Por el contrario, en las otras formas contractuales de colaboración entre el sector público y el sector privado que no son concesiones, la tarea del socio privado, según el *Libro verde*, consiste en “realizar y gestionar una infraestructura para la Administración pública (por ejemplo, un colegio, un hospital, un centro penitenciario o una infraestructura de transporte)”. En este caso no hay, por tanto, un vínculo directo entre el contratista y el usuario, sino entre el contratista y la Administración, que será la que utilice la

8. Apartados 2.22 y 2.36 del *Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*.

infraestructura. En consecuencia, según el *Libro verde*, la remuneración del contratista no consiste en cánones abonados por los usuarios, sino en pagos periódicos realizados por el socio público.⁹ El elemento determinante sería, pues, el derecho a la explotación y, a su vez, la necesidad –para que pueda hablarse de explotación– de un vínculo directo entre el contratista y el usuario de la obra sobre la que se presta un servicio o se realiza una actividad de interés general, por la cual dicho usuario paga un canon. Siguiendo los criterios del *Libro verde*, si se dan esas circunstancias, el contrato sería una concesión de obra pública, y si no se dan, sería un contrato de CPP.

Ahora bien, si esto es lo que dice el *Libro verde*, no está claro que sea, también, lo que hasta ahora decía la LCAP y lo que hoy establece la LCSP. En efecto, en la LCAP, concretamente en el artículo 225, al definir la retribución del concesionario, se decía que éste será retribuido directamente mediante el precio que abone el usuario o la Administración por la utilización de la obra, por los rendimientos de la zona comercial y, en su caso, con las aportaciones de la propia Administración. Más adelante, el artículo 246.2 hacía referencia a las tarifas “que abonen los usuarios”, y el apartado 4 del citado precepto establecía que la retribución por la utilización de la obra podrá ser abonada por la Administración teniendo en cuenta su utilización. En términos muy parecidos, el artículo 238.1 de la LCSP establece que “el concesionario tendrá derecho a percibir de los usuarios o de la Administración una retribución por la utilización de la obra en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares y de conformidad con lo establecido en este artículo”. Por su parte, el apartado 4 de este mismo artículo dispone que “la retribución por la utilización de la obra podrá ser abonada por la Administración teniendo en cuenta su utilización y en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares”.

La ambigüedad con la que están redactados estos preceptos hace que puedan ser interpretados de dos formas posibles: una es entender que, para que exista contrato de concesión de obra pública, tiene que haber, necesariamente, un usuario (entendiendo por tal un tercero distinto a la Administración pública que encarga la obra al concesionario), el cual tiene que pagarle al concesionario por la utilización de la infraestructura de que se trate (por ejemplo, el metro o una autopista de peaje), todo ello sin perjuicio de que sea la Administración la que, finalmente, pague en su lugar (peajes en sombra).¹⁰ La otra interpretación posible es considerar que puede haber concesión de obra pública sin usuario (distinto de la Administración) que pague por su utilización o, dicho de otra manera, que sea la propia Administración que encarga la obra “la usuaria” de la misma y sea ella, por tanto, quien pague una renta periódica al contratista como contraprestación por el uso que hace de la

9. Apartado 2.23. Aclara el *Libro verde* que esos pagos de la Administración pueden ser fijos, pero también variables, calculados en función de la disponibilidad de la obra, como sería el caso de los peajes en sombra o virtuales, utilizados en las autopistas en el Reino Unido, España, Portugal y Finlandia.

10. Adviértase que, como he dicho, en el *Libro verde*, los peajes en sombra se ponen como ejemplo de remuneración propia del contrato de colaboración, y no de la concesión.

misma. De acuerdo con la primera interpretación, que, en mi opinión, estaría en sintonía con los criterios del *Libro verde*, no cabría celebrar un contrato de concesión de obra pública, pero sí un contrato de CPP, para construir, por ejemplo, unas oficinas administrativas, una cárcel o un campus universitario. Por el contrario, de acuerdo con la segunda interpretación, mediante contrato de concesión de obra pública podrían hacerse todas estas obras, y otras muchas más que podrían citarse, con la condición de que la cuantía a pagar por la Administración estuviera vinculada al cumplimiento de determinados requisitos, bien referenciados a la demanda en la utilización de la infraestructura, bien a las condiciones en que las obras son puestas a disposición de la Administración, pues, de no ser así, no habría asunción de riesgos por parte del concesionario, lo que, como tantas veces ha quedado dicho, es consustancial a la concesión.

A este propósito, ha de tenerse en cuenta que, en los últimos años, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión y así, por ejemplo, en su Informe 61/03, de 12 de marzo de 2004, referido a la construcción de un edificio para albergar los Servicios Centrales de la Universidad de Burgos, y a la posibilidad de hacerlo mediante contrato de concesión de obra pública, la Junta consideró que no era posible porque tal edificio no era susceptible de explotación, a diferencia de la adaptación de un inmueble para residencia universitaria que, en un informe anterior (24/1996, de 30 de mayo), sí lo había considerado susceptible de ser explotado. Asimismo, en su Informe 70/04, de 11 de marzo de 2005, referente a un edificio destinado a usos sociales y culturales del Ayuntamiento de Alcodia, la Junta manifestó que “la cesión del uso del edificio, una vez construido, al ayuntamiento, para destinarlo a usos sociales o culturales, no constituye explotación del edificio por el concesionario, por lo que debe descartarse la posible concurrencia de una concesión de obra pública de las definidas en el artículo 220 de la LCAP”. Finalmente, la Junta mantiene el mismo criterio en su Informe 72/04, de 11 de marzo de 2005, referido también a la construcción de un edificio de usos sociales y culturales para el Ayuntamiento de Santa Margalida. Así, pues, y a pesar de que, como he expuesto, la ambigüedad de la regulación de la concesión de obra pública en la LCAP permitía sostener distintas interpretaciones, la Junta Consultiva defendió una concepción de este contrato basada en la existencia de un usuario de la obra distinto a la Administración pública contratante.

Tras todo lo expuesto, y en un intento de ofrecer una interpretación de la LCSP que, a su vez, guarde coherencia con los criterios del *Libro verde*, cabría concluir que, desde el punto de vista de la remuneración del contratista, el contrato de concesión de obra pública es la modalidad contractual que debería utilizarse cuando se trate de construir una obra que sea susceptible de ser explotada, mientras que, por el contrario, el contrato de CPP sería la modalidad contractual a emplear cuando dicha explotación (de la obra como tal) no sea posible con carácter general, sin perjuicio de que quepa cierta explotación, bien de la obra, bien de bienes o equipos integrados o relacionados con la misma, pero que siempre sería eventual –y no necesaria, como ocurre en la concesión– y cuantitativamente inferior, pues si con dicha explotación se pudiera remunerar al concesionario, dejaría de darse el pre-

supuesto del contrato de CPP que, según ha quedado dicho, sería que la obra en cuestión no sería susceptible de explotación. A este respecto, hay que tener en cuenta que la explotación de la obra o de los equipos, lejos de ser algo consustancial al contrato de CPP, parece concebirse como algo extraordinario, ya que el artículo 120.d) exige, en todo caso, que sea compatible con la cobertura de las necesidades de la Administración y que, además, sea autorizada. Respecto de la mencionada autorización, el precepto no especifica, sin embargo, si ha de obtenerse caso por caso, que sería lo más lógico, si tenemos en cuenta que queda condicionada a que las necesidades de la Administración estén cubiertas –algo que, en principio, deberá determinarse en cada momento–, o, por el contrario, cabe otorgarla de forma general en el propio contrato.

Analizada la cuestión de la diferencia entre el contrato de concesión de obra pública y el contrato de CPP, conviene no olvidar que, junto a la prestación descrita en la letra a), y sobre la que han tratado nuestras anteriores consideraciones, la Ley enuncia otras posibles prestaciones que no plantean problema de diferenciación con otros contratos típicos o, al menos, no con el alcance con que se plantea en relación con la concesión de obras públicas. Entre dichas prestaciones está, por ejemplo, la gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas o la fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado. Con ello quiero decir que el nuevo contrato no está pensado solamente para la construcción de infraestructuras, sino que su objeto puede ser muy variado.

La naturaleza subsidiaria del contrato

Una segunda característica del contrato de CPP es que se ha concebido como una figura contractual subsidiaria, ya que, según el artículo 11.2, estos contratos “sólo podrán celebrarse [...] cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118, que otras fórmulas alternativas de contratación *no permiten* la satisfacción de las finalidades públicas”. A pesar de que el artículo 11.2 se remite expresamente al artículo 118, los dos preceptos no dicen exactamente lo mismo, ya que, mientras que el artículo 11.2 exige que en el expediente de contratación se justifique que otras figuras contractuales *no permiten* satisfacer las necesidades públicas de que se trate, el artículo 118 sólo obliga a que se justifique que determinadas razones que allí se enumeran *recomiendan* acudir al contrato de CPP. Obviamente, no es lo mismo tener que justificar que es *conveniente* o recomendable utilizar el contrato de CPP a tener que justificar que es *necesario*. En cualquier caso, no entiendo por qué se ha configurado con ese carácter subsidiario, ya que, si la interpretación que aquí he propuesto fuese acertada, el de CPP sería un contrato alternativo al de concesión de obra pública que la Administración podría utilizar, por tanto, sin necesidad de esa motivación especial de naturaleza comparativa, en los supuestos en los que la explotación por el contratista no fuera posible o, simplemente, la Administración considerara oportuno remunerar al contratista mediante la satisfacción de un precio fijo a pagar a lo largo de la duración del contrato. Todo ello, siempre que se trate de un supuesto en que, por el

objeto del contrato, las necesidades de la Administración pudieran cubrirse, indistintamente, por una u otra figura contractual, lo que, en mi opinión, no será habitual, pues, como he dicho, el objeto del contrato de concesión de obra pública es mucho más limitado que el objeto del contrato de CPP. En cualquier caso, en mi opinión, el carácter subsidiario y, en cierto modo, extraordinario con que la LCSP ha configurado este nuevo contrato puede explicarse por el hecho de que el legislador haya optado porque su adjudicación se realice, siempre, por el procedimiento de diálogo competitivo que, como se verá más adelante, es una forma de adjudicación que, por definición, debe emplearse con mucha cautela y en supuestos especiales.

La duración

La duración es otra de las notas que caracterizan al contrato de CPP. No se dice expresamente en la Ley, pero sí implícitamente, que este es un contrato de larga duración. Ello se deduce de la alusión que el artículo 11 hace a que el contrato se hará por el tiempo que sea necesario en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación¹¹ que se prevean en el mismo. Ello no significa, obviamente, que el plazo quede indeterminado y que no tenga un límite legal. El artículo 11.1 habla de “un periodo determinado”, y ello ha de ponerse en relación con el artículo 290 que establece que el plazo máximo de estos contratos será de 20 años, con una excepción, a la que me referiré más adelante.

La remuneración

Respecto de la remuneración del contratista, del tenor del artículo 11.1 se desprende que un elemento característico del contrato de CPP es que el contratista, en todo caso, financia la inversión inmateral, la obra o el suministro necesarios para la prestación del servicio o para la realización de la actuación de interés general (“una administración pública encarga [...] la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones.”). En relación con ello, el artículo 11.4 establece que la contraprestación a percibir por el contratista será un precio que se pagará durante toda la duración del contrato y que “podrá” estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento.

11. Respecto de la financiación privada del contrato de CPP, hay que tener presente que a tenor de la disposición final décima de la LCSP, “en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno someterá al Congreso de los Diputados un proyecto de ley en el que se regulen las modalidades de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas o por los titulares de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como el régimen de garantías que puede aplicarse a dicha financiación”. Mientras se aprueba la ley en cuestión, se han mantenido vigentes –si bien sólo para el contrato al que se refieren dichos preceptos (el de concesión de obras públicas)– los artículos 253 a 260, ambos inclusive de la LCAP, que regulan la financiación privada de la concesión de obras públicas.

No lo dice este artículo, pero sí la exposición de motivos, que en este punto es más clara que el precepto,¹² que el precio lo paga la Administración. Como ya ha quedado dicho, aquí radica, según el *Libro verde*, la principal diferencia con el contrato de concesión de obras públicas: mientras que en este último existe un vínculo directo entre el concesionario y el usuario de la obra pública o del servicio, en el contrato de CPP dicho vínculo no existe. En el contrato de CPP el contratista hace una obra para la Administración y ella es la que le paga por su uso, por mucho que ésta, a su vez, preste sobre esa infraestructura un servicio al público. La remuneración del contratista es, por tanto, la renta que le pagará la Administración a lo largo de la duración del contrato;¹³ renta que podrá ser fija o variable, siendo esta una cuestión que no queda del todo clara en la Ley, ya que, en ocasiones, el carácter variable de las rentas pagadas por la Administración parece considerarse necesario, mientras que en otras ocasiones parece concebirse sólo como posible.

En efecto, por un lado, la exposición de motivos dice que el precio a pagar por la Administración “podrá” acompañarse a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyen su objeto, y el artículo 11.4, en el mismo sentido, establece que ese precio “podrá” vincularse al efectivo cumplimiento de determinados objetivos.¹⁴ Por su parte, el artículo 199, que consagra, con carácter general, el principio de riesgo y ventura, contiene una mención expresa al contrato de CPP que opera como posible modulación o excepción a dicho principio: “la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 214 [supuestos de fuerza mayor], y de lo pactado en las cláusulas de *reparto de riesgos* que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.” Por último, y en sentido parecido, el artículo 120, relativo al clausulado del contrato, establece que todo contrato de CPP deberá incluir, entre otras, una cláusula sobre “las condiciones de *reparto de riesgos* entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones”.

A la luz de lo expuesto, puede concluirse que, mientras que la exposición de motivos y el artículo 11.3 plantean la cuestión del carácter variable de la renta a pagar por la Administración en términos de mera posibilidad, los otros dos preceptos citados –los artículos 120 y 199– parecen partir de la necesidad de que haya un reparto de riesgos entre la Administración pública y el contratista privado que se supone que ha de ir más allá de la asunción, por parte del socio privado, del mero riesgo de cons-

12. “mientras que el precio a pagar por la Administración podrá acompañarse a la efectiva utilización.”

13. Recuérdese que, como ya se ha expuesto, la Ley no descarta la posible explotación de la obra o de los equipos, lo que, como también hemos dicho, plantea el problema de diferenciar este contrato del de concesión de obra pública.

14. En el Anteproyecto que informó el Consejo de Estado, la exposición de motivos decía que el precio “se acompaña”, y no que “podrá acompañarse”. El Consejo de Estado llamó la atención sobre la contradicción entre la exposición de motivos y el artículo 11.3 –que decía, como ahora, “podrá estar vinculado”– y sugirió que la exposición de motivos debería decir “podrá acompañarse” (Dictamen 514/2006, *cit.*, p. 40).

trucción o de fabricación de bienes que sería el que, en todo caso, asumiría aquél si la renta a pagar por la Administración fuese fija y no referenciada en función de otros elementos tales como la demanda o disponibilidad de la obra o servicio de que se trate.¹⁵ Esta concepción estaría, por lo demás, en sintonía con la que la Comisión tiene sobre las operaciones de CPP, pues, entre los elementos característicos de éstas, el *Libro verde* incluye el de “el reparto de riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público”; lo que no significa, tal y como se aclara a continuación, que necesariamente tenga que asumir todos, ni siquiera la mayor parte de ellos.¹⁶

Así, pues, según acabamos de ver, existe una falta de sintonía entre la exposición de motivos y el artículo 11.3, por un lado, y los artículos 120 y 199, por otro, que hubiera podido corregirse durante la tramitación parlamentaria, sustituyendo la expresión “podrá estar vinculado” por otra que exprese que, en un contrato de CPP, el precio a pagar por la Administración “deberá” quedar vinculado a algún elemento variable.

El relevante papel del empresario privado

El último rasgo que caracteriza al contrato de CPP, según la Ley, se refiere a las facultades que puede ejercer el contratista. Es lo que el *Libro verde* ha denominado el “importante papel del operador económico”, que consiste en que podrá asumir, de acuerdo con lo previsto en el contrato, la dirección de la obra, la realización total o parcial de los proyectos para la ejecución de la misma y, finalmente, contratar los servicios precisos para ello (artículo 11.3). Sobre cómo haya de hacer todo esto, la LCSP no dice nada porque, en realidad, como veremos al final de nuestra exposición, cuando analicemos el régimen jurídico de estos contratos, el de CPP no tiene un régimen jurídico propio, sino que se le aplica el del contrato con cuyo objeto se corresponda o coincida su prestación principal. En cualquier caso, el peso del protagonismo del empresario privado en el contrato de CPP alcanza su máxima expresión en el denominado “diálogo competitivo”, procedimiento de adjudicación de este contrato, a través del cual el contratista colabora con la Administración en la definición de los aspectos técnicos, jurídicos y financieros de la operación.

3. Actuaciones preparatorias del contrato de CPP

Bajo la rúbrica “Actuaciones preparatorias de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado”, la Ley, en sus artículos 118, 119 y 120, regula

15. A este propósito, y en otro orden de cosas, conviene tener en cuenta que, para determinar si el gasto que el contrato implica para el organismo público contratante computa o no, a efectos de déficit público, según Eurostat, para que no compute, el socio privado tiene que soportar el riesgo de construcción, en todo caso, y, además, uno de los dos siguientes: el de disponibilidad o el de demanda. Sobre ello, *vid.* MARTÍNEZ CALVO, J. “Hacia la construcción de un ‘Derecho Administrativo financiable’. Crónica del caso MINTRA”, RAP, 167, 2005, *op. cit.*, p. 380-386; GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, 2006.

16. Apartado 1.1.2 del *Libro verde*.

las tres cuestiones siguientes: la evaluación previa, el programa funcional y el clausulado del contrato.

3.1. Evaluación

Antes de iniciar el expediente de contratación, es preciso que la Administración elabore un documento –denominado “Documento de evaluación”– en el que tiene que justificar por qué acude a esta figura contractual. Más exactamente, y como ya hemos visto, según el artículo 118.1, la Administración contratante tendrá que poner de manifiesto que “habida cuenta la complejidad del contrato, no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato”. El tenor de esta disposición pone claramente de manifiesto la simbiosis total que se ha producido en la LCSP entre el contrato de CPP y ese nuevo procedimiento de adjudicación introducido por la Directiva 2004/18/CE que es el denominado “diálogo competitivo”.¹⁷ En efecto, la Directiva ha reservado este procedimiento de adjudicación de los contratos públicos para los que sean “particularmente complejos”, entendiéndose por tales, según el tenor de su artículo 1.11.c), aquellos en los que el poder adjudicador:

- a) no está objetivamente en condiciones de definir los medios técnicos que pueden responder a sus necesidades y objetivos y/o
- b) no está objetivamente en condiciones de establecer el mecanismo jurídico o/y financiero del proyecto.

Estamos ante lo que la Comisión Europea denomina –en la nota explicativa del diálogo competitivo– la complejidad del contrato y la imposibilidad objetiva por parte de la Administración de definirlo.¹⁸ Se trata de un documento explicativo de la Comisión que no se refiere al contrato de CPP, que, como ya he dicho, es una modalidad contractual que todavía no regula el Derecho comunitario, sino a este nuevo procedimiento de adjudicación por el que nuestro legislador ha optado para que sea el mecanismo normal de adjudicación de este tipo de contratos. En dicho documento, la Comisión explica en los siguientes términos en qué consiste la imposibilidad de la Administración contratante para definir los medios técnicos o/y los mecanismos jurídicos o/y financieros, para llevar a cabo de forma satisfactoria una operación concreta:

“Los poderes adjudicadores que ejecutan proyectos particularmente complejos pueden, sin que ningún reproche pueda hacerseles por ello, encontrarse en la

17. La regulación del diálogo competitivo se encuentra en los artículos 1.11.c) y 29 de la Directiva 2004/18/CE y en su considerando 31.

18. “Explanatory Note –Competitive Dialogue– Classic Directive, CC/2005/04_rev 1”, de 5 de octubre de 2005, p. 1-2. Explica el documento que la autoridad contratante se encuentra en esta situación, sin que se le pueda reprochar nada, esto es, sin que esa imposibilidad se deba a una falta de preparación de sus técnicos: “without this being due to any fault on their part”, en la versión inglesa y “sans que une critique puisse leur être adressée a cet égard”, en la francesa.

imposibilidad objetiva de definir los medios aptos para satisfacer sus necesidades o de evaluar lo que el mercado puede ofrecer en términos de soluciones técnicas y/o soluciones financieras/jurídicas. Esta situación puede darse, especialmente, en la construcción de importantes infraestructuras de transporte integrado, grandes redes informáticas o en la ejecución de proyectos con una financiación compleja y estructurada, cuyo mecanismo financiero y jurídico no pueda determinarse con carácter previo.¹⁹

A pesar de que la Comisión califica la imposibilidad de “objetiva”, precisando que ninguna crítica debe merecer por ello el poder adjudicador que se encuentra en esa situación de imposibilidad, al mismo tiempo señala que deben tenerse en cuenta “las capacidades del poder adjudicador” al analizar, caso por caso, si está o no justificado que acuda al diálogo competitivo para adjudicar el contrato. En otras palabras –concluye la nota explicativa– el poder adjudicador tiene una obligación de diligencia, de tal manera que si por medios razonables o establecer el mecanismo jurídico-financiero, entonces no podrá recurrir al diálogo competitivo.²⁰

A la vista de lo expuesto, cabe pensar que, en algunos casos, a la Administración le puede resultar difícil cumplir con el primer requisito del documento de evaluación, esto es, justificar que se siente incapaz de definir la solución técnica/financiera/jurídica que responda a sus necesidades, ya que, en la práctica, puede ocurrir que la Administración quiera emplear el contrato de CPP porque, por su objeto y duración, se ajusta perfectamente a sus necesidades, y, al mismo tiempo, puede estar en condiciones de definir los aspectos técnicos, jurídicos y financieros del contrato, esto es, puede estar perfectamente capacitada para realizar el diseño del contrato. En tal caso, y debido a que la LCSP obliga a adjudicar este tipo de contratos necesariamente a través del diálogo competitivo, tendría que renunciar a utilizarlo ante la imposibilidad de justificar que es incapaz de definir los mecanismos técnicos y jurídico-financieros del contrato. Todo ello, claro está, salvo que pueda interpretarse que la complejidad de la que habla la Directiva es relativa, como cabría considerar a la luz de los ejemplos de “complejidad técnica” y “complejidad jurídica o financiera” que aparecen en la propia nota explicativa. En efecto, como supuesto de complejidad técnica, la Comisión califica aquel en el que se encontraría el organismo público contratante que tiene que unir las dos orillas de un río y no está en condiciones de determinar si es mejor solución técnica hacerlo mediante un puente o mediante un túnel, aunque, sin embargo, pueda ser capaz de establecer las condiciones específicas de ese puente (colgante, de metal, etc.) o de ese túnel (con uno o más tubos, construido por debajo o en el lecho del río, etc.). Como ejemplos de complejidad jurídica o financiera –los términos se utilizan como sinónimos– la nota explicativa expone los siguientes:²¹

19. “Explanatory Note...”, *op. cit.*, p. 2.

20. “Explanatory Note...”, *op. cit.*, p. 2

21. “Explanatory Note...”, *op. cit.*, p. 2-4. Sobre estos ejemplos, *vid.* la crítica de JIMÉNEZ RIUS, P. “El diálogo competitivo: ¿Avance o retroceso?”, en *Contratación Administrativa Práctica*, 69, noviembre de 2007, p. 62-63.

a) Situación en la que se encontrarían los poderes adjudicadores que no pudieran prever si los operadores económicos estarán dispuestos a asumir un riesgo económico tal como para que el contrato pueda ser una concesión o si, por el contrario, deberá ser un contrato público tradicional.

b) Un caso que se ha planteado en la práctica de la Comisión: el poder adjudicador necesita reestructurar una escuela, limitando en la mayor medida posible el gasto, y deja que los operadores propongan diferentes formas de remunerarse, utilizando los terrenos pertenecientes al poder adjudicador para fines diversos (construcción de apartamentos, instalaciones deportivas...), con o sin pagos por parte del poder adjudicador.²²

c) Otros ejemplos de proyectos que normalmente pueden justificar el recurso al diálogo competitivo podrían ser los proyectos en los que los poderes adjudicadores necesitan hacerse con determinadas instalaciones (una escuela, un hospital o una prisión...) y desean que la financie, construya y gestione un operador económico, es decir, que sea el empresario privado quien, además de construirla y financiarla, se ocupe de la manutención, de los servicios de mantenimiento, de vigilancia, restauración, etc., todo ello durante un largo período de tiempo. En estos casos –añade la nota explicativa– el mecanismo jurídico-financiero suele ser particularmente complejo y puede resultar difícil de definir a priori si el resultado final será una concesión o un contrato clásico.

No es de extrañar por ello que en la nota explicativa se diga que, normalmente, la complejidad jurídica y financiera se dará en los proyectos de colaboración público-privada, aunque al mismo tiempo se aclara que no existe una relación de automaticidad entre ese tipo de proyectos (“PPP-project”) y la complejidad del contrato/imposibilidad objetiva de definirlo por parte de la Administración.²³

Vistos los ejemplos de “complejidad” –ya sea de naturaleza técnica, ya sea de naturaleza jurídico-financiera– expuestos en la nota explicativa, y teniendo en cuenta que, según la Comisión, se trata de una complejidad “objetiva”, en mi opinión, el requisito del artículo 118.1 de la LCSP debería entenderse cumplido en todos aquellos supuestos en los que las necesidades a cubrir por la Administración a través de un contrato de CPP sean similares o equiparables a los casos descritos en el documento tantas veces citado.

Además de la justificación sobre la complejidad del contrato/imposibilidad de la Administración de definirlo –prevista en el artículo 118.1 de la Ley–, el documento de evaluación ha de contener un segundo análisis, consistente en comparar los

22. Todo parece indicar que se trata del caso de la escuela inglesa Pimlico, en Westminster, por el que la Comisión Europea denunció al Reino Unido por incumplimiento de las directivas sobre contratos públicos por haber adjudicado el contrato por el procedimiento negociado. El caso Pimlico aparece citado en varias ocasiones en “Competitive Dialogue Procedure. OGC Guidance on the Competitive Dialogue procedure in the new Procurement Regulations”, Office of Government Commerce, enero de 2006, p. 3 y 4. En este mismo documento del Gobierno inglés se pone como ejemplo de proyecto particularmente complejo el del metro de Londres.

23. “Explanatory Note...”, *op. cit.*, p. 3 y nota 5.

distintos tipos de contratos (“formas alternativas de contratación”) y dar a conocer los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que justifiquen, “en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos”, la utilización de esta fórmula de contratación. A este propósito, debemos insistir una vez más en la idea de que la regulación del contrato de CPP por nuestra LCSP se ha visto arrastrada por las exigencias que la Directiva 2004/18/CE impone a la utilización del diálogo competitivo, ya que, a tenor de lo dispuesto en su artículo 29.1, sólo se puede acudir a este procedimiento cuando los otros procedimientos no permitan adjudicar el contrato.²⁴ En todo caso, estamos, en mi opinión, ante una exigencia menos problemática que la analizada en las páginas anteriores, esto es, la de la “imposibilidad objetiva”, ya que este segundo requisito consiste en tener que justificar por qué resulta procedente acudir a un contrato de CPP, lo cual, además de por el objeto plural e integrado de las prestaciones que se encargan al contratista, puede venir justificado por múltiples razones: mayor valor por precio, coste global, eficacia, imputación de riesgos y, en general, cualquier motivo de carácter económico, administrativo y financiero.

El apartado 2 del artículo 118 contempla una forma de hacer la evaluación distinta de la prevista en el apartado primero. Así, se dice que la evaluación podrá realizarse de forma sucinta “si concurren razones de urgencia no imputables a la Administración contratante que aconsejen utilizar este contrato para atender las necesidades públicas”. Da la impresión de que es un supuesto que nada tiene que ver con el primero, ya que, en su definición, desaparece toda consideración relativa a la complejidad del contrato y a la imposibilidad, para la Administración, de definir sus medios técnicos, jurídicos y financieros, así como al método comparativo con otras modalidades de contratación. En este segundo supuesto, la urgencia parece justificar, pues, por sí misma y por sí sola, la elección del contrato de CPP.

No resulta fácil comprender el porqué de la inclusión de este segundo supuesto que permite acudir al contrato de CPP por razones de urgencia, ya que difícilmente va a ser compatible la urgencia con la complejidad que, según se desprende de la Ley, es consustancial a este contrato. La urgencia puede justificar muchas cosas, como por ejemplo reducir plazos, simplificar e, incluso, suprimir trámites; pero no entiendo cómo la urgencia y, por tanto, la necesidad de hacer las cosas en muy poco tiempo, puede justificar, precisamente, acudir a una modalidad de contrato que se define por ser especialmente complejo, hasta el punto de que la Administración tiene que poner de manifiesto su incapacidad para definir, por sí sola, el diseño jurídico, económico y financiero del mismo. Dicho todo ello, cabría interpretar esta disposición en el sentido de que, en casos de urgencia, no se exime a la Administración de tener que cumplir con todos los requisitos del documento de

24. Resulta ilustrativo lo que a este respecto se dice en el “Competitive Dialogue Procedure. OGC Guidance on the Competitive Dialogue procedure in the new Procurement Regulations”, *op. cit.*, p. 3, al afirmar que el diálogo competitivo sólo puede ser utilizado en circunstancias muy excepcionales.

evaluación, sino que, simplemente, se le permite que la motivación del mismo sea “concisa”, es decir, idéntica en cuanto al fondo a la motivación del documento de evaluación en supuestos ordinarios, pero más breve en las formas cuando se da un caso de urgencia. Si ese fuera el sentido, me permito dudar de la operatividad de este supuesto, ya que, precisamente, si algo exige tiempo y rigor es la expresión breve y concisa de razonamientos complejos.

Por último, el apartado 3 del artículo 118 establece que la evaluación se hará por un órgano colegiado donde se integren expertos con cualificación suficiente en la materia sobre la que verse el contrato. Este precepto ha de ponerse en conexión con el artículo 296 de la Ley, en el que se dice que ese órgano colegiado es, al menos en los contratos de CPP que celebre la Administración estatal, la denominada “Mesa especial del diálogo competitivo”.²⁵ En efecto, según el artículo 296.2, que incomprensiblemente no se califica como básico, “en los expedientes que se tramiten para la celebración de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, corresponderá a la Mesa especial del diálogo competitivo la elaboración del documento de evaluación previa a que se refiere el artículo 118”.²⁶ Este órgano especial se regula en el artículo 296.1, que tampoco es básico, a tenor del cual “para asistir al órgano de contratación en los procedimientos de diálogo competitivo que se sigan por las administraciones públicas estatales, se constituirá una mesa con la composición señalada en el apartado 2 del artículo anterior²⁷ a la que se incorporarán personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse el diálogo, designadas por el órgano de contratación. El número de estas personas será igual o superior a un tercio de los componentes de la Mesa y participarán en las deliberaciones con voz y voto”.

Así, pues, la evaluación se atribuye a un órgano distinto del de contratación, puesto que la Mesa especial del diálogo competitivo se concibe como un órgano de asistencia de aquél. Es decir, el órgano de contratación precisa de la asistencia de un órgano especial –que podrá incorporar de fuera personas especialmente cualificadas en la materia de que se trate– para elaborar el documento de evaluación, en el que, como hemos visto, lo que ha de ponerse de manifiesto, en primer lugar, es que la Administración no está en condiciones de definir los medios técnicos, jurídicos y financieros del contrato, debido a su complejidad. En mi opinión, resulta excesivo que la Administración o, más exactamente, su órgano de contratación

25. Sobre la Mesa especial del diálogo competitivo, *vid.* JIMÉNEZ RIUS, P. “El diálogo competitivo: ¿Avance o retroceso?”, *op. cit.*, p. 65-66. La autora se muestra crítica con la “desfuncionarización” de las mesas de contratación en la nueva ley.

26. Entiendo que se trata de un precepto complementario del artículo 118.3, este sí básico, por lo que también debería haberse calificado como básico. Así mismo, creo que debería considerarse básico el apartado 1 del artículo 296, en lo que se refiere a la existencia de este órgano especial de asistencia al órgano de contratación que se crea para los expedientes de contratación que sigan el procedimiento de diálogo competitivo, procedimiento, este también, declarado básico. Por el contrario, creo que no deben tener dicha naturaleza los aspectos relativos a la composición y régimen de los miembros de la Mesa especial del diálogo competitivo.

tenga que ser asistido por un órgano especial para evaluar y concluir sobre su “incapacidad objetiva” para definir las características de un contrato. Una cosa es que resulte necesaria la asistencia de ese órgano especialmente cualificado, según la materia de que se trate, para llevar a cabo la comparación del contrato de CPP con otras formas contractuales y justificar la elección de aquél, que también es discutible, y otra muy distinta es que esa asistencia también sea necesaria para que la Administración reconozca, y así lo ponga de manifiesto, su propia incapacidad para definir, por sí sola, y sin la colaboración del sector privado, el diseño jurídico, económico y financiero del contrato. No obstante –y en un intento de buscar una explicación a este diseño legal–, podría argumentarse que, en último término, dado que la imposibilidad de la Administración es una imposibilidad “objetiva” que deriva de la particular complejidad de la operación, y no de su “particular” incapacidad, el órgano contratante necesita de la colaboración del empresario privado para identificar y describir los elementos y circunstancias que hacen tan compleja la operación de que se trata.

A la luz de todo lo expuesto en relación con las exigencias del documento de evaluación, podemos concluir que el legislador ha complicado innecesariamente la regulación del contrato de CPP, como consecuencia de haber establecido para el mismo –como procedimiento ordinario de adjudicación– un procedimiento que la Directiva ha concebido como extraordinario y de uso excepcional. Hubiera sido preferible no constreñir de esta manera la forma de adjudicación del contrato de CPP, como propusieron algunos grupos parlamentarios,²⁸ ya que, normalmente, lo que la Administración buscará al acudir a esta modalidad de contrato no será huir de los procedimientos ordinarios de adjudicación, sino, simplemente, aplicar una figura contractual que por su objeto y régimen jurídico –por ejemplo, su mayor duración– sea capaz de satisfacer de forma más adecuada que otras las necesidades de que se trate. Las exigencias que la LCSP ha impuesto al contrato de CPP, derivadas de su decisión de vincularlo al procedimiento del diálogo competitivo, pueden producir el efecto de que, en muchos casos en los que la nueva figura contractual pueda resultar especialmente idónea para satisfacer las necesidades de la Administración, termine, sin embargo, renunciándose a ella. En tales supuestos, en mi opinión, cabría acudir a un contrato mixto, posibilidad que, a mi juicio, quedaría amparada por el principio de libertad de pactos (artículo 25.1), siempre que se cumpla la condición exigida para poder “fusionar prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto” y que, a tenor del artículo 25.2 de la LCSP, consiste en que “esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas

27. Según el precepto citado, dicha composición es: un presidente, los vocales que se determinen reglamentariamente y un secretario.

28. El Grupo Parlamentario Popular propuso la supresión del apartado 3 del artículo 164 y defendió que no debería imponerse este procedimiento, sino dejar al poder adjudicador su elección (enmienda 89). En la misma línea, el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) manifestó que no existen razones objetivas ni justificación alguna para la necesaria utilización del procedimiento del diálogo competitivo para la adjudicación de los contratos de CPP (enmienda 265).

entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante”.

3.2. Programa funcional

Según el artículo 119, el programa funcional es otro documento preceptivo del procedimiento de contratación del contrato de CPP,²⁹ que contiene los elementos básicos que informarán el diálogo competitivo con los contratistas, y que se incluirá en el documento descriptivo del contrato. Concretamente, el programa funcional definirá la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que deben incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas al diálogo competitivo y los criterios de adjudicación del contrato. En realidad, y como puso de manifiesto el Consejo de Estado,³⁰ criticando la sistemática del Proyecto, el documento descriptivo, que incluye el programa funcional, es el documento que sustituye a los pliegos de condiciones (artículos 93.3, 150 y 165.3, en relación con el artículo 150). Llama la atención que en este documento hayan de incluirse los criterios de adjudicación del contrato, ya que, como se verá más adelante, precisamente el diálogo competitivo sirve para discutir o negociar todos los aspectos de un contrato que, por definición, y debido a su complejidad, no pueden ser definidos previamente por la Administración, como es habitual. Ahora bien, y siendo ello cierto, la previsión pone de manifiesto la preocupación por evitar que los criterios de adjudicación puedan ser modificados a lo largo del diálogo o negociación que la Administración contratante va a llevar a cabo con cada uno de los posibles contratistas.

3.3. Clausulado del contrato

En el *Libro verde*, la Comisión ha subrayado la importancia del clausulado del contrato manifestando, por un lado, que el éxito del contrato va a depender de lo completo y acertado que sea su clausulado, y calificando, por otro, de crucial la cuestión del reparto de los riesgos y de la previsión de mecanismos de evaluación periódica de la actuación del contratista.

La Ley, en su artículo 120, define el contenido necesario de todo contrato de CPP. Ante todo, el contrato ha de contener las cláusulas relativas a los elementos enunciados en el artículo 26 (identificación de las partes, acreditación de la capacidad de los firmantes, definición del objeto, referencia a la legislación aplicable, enumeración de los documentos que integran el contrato, precio o modo de determi-

29. “El órgano de contratación, a la vista de los resultados de la evaluación a que se refiere el artículo anterior, elaborará un programa funcional.”

30. P. 41 del Dictamen.

narlo, duración o las fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y para su finalización, así como las prórrogas, condiciones de recepción, entrega o admisión de las prestaciones, condiciones de pago, supuestos de resolución, crédito presupuestario o el programa o rúbrica contable con cargo al que se abonará el precio y la extensión objetiva y temporal del deber de confidencialidad que, en su caso, se imponga al contratista). Además de este contenido mínimo y común a todos los contratos del sector público, el de CPP ha de incluir las siguientes estipulaciones:

–Identificación de las prestaciones principales que constituyen su objeto, lo cual es esencial porque de cuál sea la prestación principal depende el régimen “sustantivo” aplicable al contrato, como más adelante veremos.

–El reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones.

–Objetivos de rendimiento asignados al contratista. Se trata de los mecanismos de evaluación periódica a que hace referencia el *Libro verde* referidos, sobre todo, a la calidad de las prestaciones de los servicios, la calidad de las obras y suministros, y las condiciones en que son puestas a disposición de la Administración.

–Remuneración del contratista, que deberá desglosar las bases y criterios para el cálculo de los costes de inversión, funcionamiento y financiación y, en su caso, de los ingresos que el contratista pueda obtener de la explotación de las obras o equipos en caso de que sea autorizada y compatible con la cobertura de las necesidades de la Administración. En relación con ello, y como ya he puesto de manifiesto, llama la atención que el contratista pueda explotar la obra o los equipos, ya que, como también he expuesto, la explotación no es, en principio, propia de este contrato, sino del contrato de concesión de obra pública. Si la obra o los equipos pueden alquilarse a sujetos distintos de la Administración y los ingresos que con ello obtenga el contratista forman parte de su remuneración, tal y como dice este precepto, entonces tendremos usuario y explotación económica, que son, precisamente, los elementos que definen al contrato de concesión de obra pública, según el artículo 7, y que deberían diferenciarlo del contrato de CPP. A ello debe añadirse que, en el contrato de concesión de obras públicas, la contraprestación del concesionario puede consistir sólo en la explotación de la obra, o bien en dicha explotación más el derecho a recibir un precio de la Administración, por lo que, en hipótesis, puede existir un contrato de CPP, cuyo objeto sea la construcción de una obra sobre la que se presta un servicio, en el que la remuneración del contratista sea la renta que le paga la Administración durante el tiempo que dura el contrato, más los ingresos que obtiene por su explotación, y un contrato de concesión de obra pública, en el que la contraprestación del concesionario sea la explotación de la obra acompañada de aportaciones periódicas de la Administración. En mi opinión, tal y como he expuesto con anterioridad, la diferencia estaría en que en el contrato de CPP la explotación tiene carácter marginal, en el doble sentido de que, por un lado, no será lo habitual en este tipo de contratos y, por otro, allí donde se autorice porque resulte compatible con las necesidades que la Administración pre-

tende cubrir con dicho contrato, la cantidad a la que ascienden los ingresos obtenidos por dicha explotación es menor que aquella que se recibe por las rentas que la Administración paga al contratista periódicamente.

–Causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo del período de ejecución del contrato.

–Fórmulas de pago y condiciones en que puede procederse a compensar los pagos pendientes de satisfacer por la Administración con los importes que deba abonar el contratista como consecuencia de penalidades o sanciones.

–Fórmulas de control por la Administración de la ejecución del contrato, especialmente respecto a los objetivos de rendimiento.

–Condiciones en que se puede producir la subcontratación.

–Sanciones y penalidades aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones del contrato.

–Condiciones en que puede procederse a la modificación del contrato o a su resolución, por acuerdo o, a falta del mismo, por una decisión unilateral de la Administración, particularmente en supuestos de variación de las necesidades de la Administración, de innovaciones tecnológicas o de modificación de las condiciones de financiación obtenidas por el contratista.

–Control que se reserva la Administración sobre la cesión total o parcial del contrato.

–Destino de las obras y equipamientos objeto del contrato a la finalización del mismo.

–Garantías que el contratista afecta al cumplimiento de sus obligaciones.

–Referencia a las condiciones generales y, cuando proceda, a las especiales que sean pertinentes, en función de la naturaleza de las prestaciones principales, que la Ley establece respecto a las prerrogativas de la Administración y a la ejecución, modificación y extinción de los contratos.

Aunque ello suponga adelantarnos a la cuestión que analizaremos después, relativa al régimen jurídico del contrato del CPP, hay que tener en cuenta que el artículo 289.1, que debería contener las reglas especiales para el contrato del CPP,³¹ establece que “los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado se regirán por las normas generales contenidas en el título I del presente libro y por las especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal de aquél, identificada conforme a lo dispuesto en el artículo 120.1.a), en lo que no se oponga a su naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar conforme al artículo 11”. Así, pues, de acuerdo con el precepto transcrito, el régimen jurídico sustantivo de un contrato de CPP será el que corresponda al contrato típico cuyo objeto coincida con la que sea la prestación principal de

31. Los artículos 289 (“Régimen jurídico”) y 290 (“Duración”) de la LCSP integran el capítulo VI (“Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado”) del título II (“Normas especiales para contratos de obras, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministros, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado”), del libro IV (“Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”).

aquél. Se plantea, por tanto, la cuestión –que, en mi opinión, no tiene una respuesta clara en la Ley– de si, al establecerse las distintas estipulaciones de un contrato de CPP, el contenido de las mismas ha de respetar lo establecido al respecto para el contrato típico con el que coincida su prestación principal (por ejemplo, en el caso de que resulte de aplicación el contrato de concesión de obras públicas, si esas cláusulas tienen que respetar el límite de las penalidades, previsto en el artículo 235.2, o el régimen de subcontratación del artículo 249) o si, por el contrario, el clausulado de cada contrato de CPP puede modificar las previsiones de ese régimen sustantivo y este último resultar aplicable, únicamente, en lo que no se oponga a dicho clausulado o no resulte contrario al mismo.

En otras palabras, se plantea la cuestión de si el régimen sustantivo correspondiente al contrato típico que, según el artículo 289 de la Ley, resulte de aplicación según cuál sea la prestación principal del CPP, es Derecho necesario o solamente supletorio. En mi opinión, podría pensarse que la Ley está queriendo hacer del contrato de CPP un contrato “flexible”, cuya configuración y diseño se dejan a la definición que, en cada caso, convenga al tipo de prestaciones de que se trate y a los objetivos perseguidos por el organismo contratante. Si así fuera, lo que, por lo demás, resultaría coherente con esa especial complejidad que parece ser consustancial al contrato de CPP, ésta podría ser una señal de identidad y diferenciación con esos otros contratos respecto de los que, según hemos visto, puede resultar difícil de distinguir. Así por ejemplo, de coincidir el objeto y el régimen de remuneración de un contrato de CPP y un contrato de concesión de obras públicas, la diferencia sería que, en lo que respecta al contenido de la relación contractual, el primero sería una figura abierta, a concretar en cada caso por las partes, mucho más si tenemos en cuenta que, para su adjudicación, ha de utilizarse el diálogo competitivo, mientras que la concesión sería una figura cerrada, en el sentido de que su régimen jurídico estaría, básicamente, predeterminado por la Ley.

En mi opinión, ésta sería la interpretación más lógica, ya que, de lo contrario, no se entendería que el artículo 120, que regula el clausulado del contrato, establezca que, además del contenido mínimo que, de acuerdo con el artículo 26, ha de tener todo contrato celebrado por el sector público, el de CPP ha de incluir una serie de estipulaciones que, en realidad, ya están previstas y reguladas en la Ley para los distintos contratos típicos. Si el contrato de CPP tuviera que reproducir en su clausulado esas estipulaciones, tal y como están definidas en la Ley para cada tipo de contrato, la previsión del artículo 120 carecería totalmente de sentido. Al igual que carecería de sentido que haya que adjudicar este contrato mediante el diálogo competitivo, una de cuyas características, como veremos enseguida, es que los empresarios invitados al diálogo son los que proponen a la Administración las soluciones técnicas, financieras y jurídicas que mejor satisfagan las necesidades de aquélla. Si el régimen jurídico del contrato de CPP estuviera totalmente predeterminado por la Ley, no tendría sentido exigir que su adjudicación se realice a través de este complejo y costoso procedimiento.

Sin embargo, los términos en que está redactada la Ley, especialmente el citado artículo 289, no aclaran si el régimen del contrato típico que resulte de aplicación

a cada contrato CPP, según cuál sea su prestación principal, constituye o no Derecho necesario, y, lamentablemente, durante la tramitación parlamentaria tampoco se ha aclarado este aspecto de tanta trascendencia práctica. En mi opinión, si la interpretación que propongo coincidiese con la voluntad del legislador, hubiera bastado con sustituir la cita que el artículo 289.1 hace del artículo 11 por una referencia al contenido del clausulado del contrato, de acuerdo con lo previsto en el artículo 120. Sobre ello volveré más adelante.

4. El procedimiento de adjudicación del contrato CPP: el diálogo competitivo

Como ya ha quedado expuesto, la adjudicación de esta nueva modalidad de contrato ha de realizarse a través de un procedimiento de adjudicación que también es nuevo en nuestro ordenamiento jurídico: el denominado “diálogo competitivo”.³² En efecto, según el artículo 164.3, los contratos de CPP se adjudicarán “siempre” por este procedimiento, sin perjuicio de que pueda seguirse el procedimiento negociado con publicidad en el caso previsto en el artículo 154.a).³³

La Directiva 2004/18/CE introduce este nuevo procedimiento de adjudicación para los contratos “particularmente complejos”,³⁴ como ya hemos visto, y la Comisión, en el *Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, ha declarado que es un procedimiento “particularmente adaptado” a la adjudicación de contratos de CPP. En el apartado 8 del preámbulo de la citada Directiva se dice que:

“Antes del lanzamiento de un procedimiento de adjudicación de un contrato, los poderes adjudicadores pueden mediante un ‘diálogo técnico’ solicitar o aceptar asesoramiento, que podrá utilizarse para determinar el pliego de condiciones, siempre que dicho asesoramiento no tenga como efecto impedir la competencia.”

El límite que se establece a la aplicación de este procedimiento –que no impida la competencia– deja traslucir que la adjudicación de un contrato administrativo siguiendo este procedimiento implica ciertos riesgos para el mencionado princi-

32. Vid. JIMÉNEZ RIUS, P. “El diálogo competitivo: ¿Avance o retroceso?”, *op. cit.*

33. El caso previsto en dicho precepto es aquel en que “las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos, restringidos o de diálogo competitivo seguidos previamente sean irregulares o inaceptables, por haberse presentado por empresarios carentes de aptitud, por incumplimiento en las ofertas de las obligaciones legales relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente y condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 103, por infringir las condiciones para la presentación de variantes o mejoras, por incluir valores anormales o desproporcionados siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato”.

34. La Ley foral 6/2006, de contratos públicos, también ha introducido el diálogo competitivo, como procedimiento de adjudicación de aquellos contratos que “la Administración considere que, por su particular complejidad, no pueden adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido, por resultar imposible la definición de las soluciones a implantar” (artículo 75). Según el precepto citado, “en particular, a los efectos de este artículo, se consideran contratos especialmente complejos los contratos de importantes infraestructuras de transporte integrado, de redes informáticas de gran tamaño o de proyectos que requieran financiación compleja y estructurada”.

pio, ya que, como veremos a continuación, dicho procedimiento consiste, básicamente, en que, antes de la adjudicación, se va a establecer un diálogo entre la Administración contratante y cada uno de los interesados en contratar con ella y, lo que es más importante, el diálogo puede continuar después de que los candidatos hayan presentado sus ofertas finales e, incluso, con el que se considera que presenta la oferta más ventajosa económicamente, hasta momentos previos a la adjudicación. Como puede comprenderse, todo ello lleva consigo la posibilidad de que se cree cierta proximidad entre el poder adjudicador y el futuro adjudicatario, con todo lo que ello puede llevar consigo. Así, pues, si la necesidad de introducir mayor “flexibilidad” en la adjudicación de los contratos públicos es la razón que ha justificado la regulación de este nuevo procedimiento por la Directiva 2004/18/CE,³⁵ esa flexibilidad va a ser también la fuente de los problemas que plantea el procedimiento en cuestión y, en último término, la razón que explica las exigencias que lleva aparejada su utilización.

4.1. Características del diálogo competitivo

Su característica principal, y lo que le diferencia de los otros procedimientos con los que presenta algunas semejanzas (el restringido y el negociado),³⁶ es que en el diálogo competitivo los posibles contratistas dialogan con el órgano de contratación sobre todos los aspectos del contrato, con el fin de llegar a definir “una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades”, como paso previo a la adjudicación del contrato, propiamente dicha. Esto es, y por decirlo de forma coloquial, la Administración sabe lo que necesita, pero tiene que acudir a las empresas con experiencia en el sector para conocer las distintas alternativas que existen para satisfacer sus necesidades y definir, con dichas empresas, la o las soluciones contractuales posibles. A diferencia de otros procedimientos de adjudicación, en los que la concurrencia se abre para que los licitadores presenten sus ofertas, respecto de unos pliegos que definen el contenido de la relación contractual, en sus distintos aspectos, en el diálogo competitivo la concurrencia se abre, en pri-

35. En la “Explanatory Note...”, *op. cit.*, p. 1, se dice que el diálogo competitivo se ha introducido en la Directiva 2004/18 debido a que las anteriores directivas no ofrecían suficiente flexibilidad para determinados proyectos complejos, ya que, en ellas, el uso del procedimiento negociado con publicidad estaba limitado exclusivamente a los supuestos enumerados en las correspondientes listas. Por su parte, la Directiva, en el considerando 31, explica que el objetivo que se persigue con el diálogo competitivo es establecer “un procedimiento flexible que garantice a la vez la concurrencia entre operadores económicos y la necesidad de los poderes adjudicadores de discutir con cada candidato todos los aspectos del contrato”.

36. En la “Explanatory Note...”, *op. cit.*, p. 10, y a modo de conclusión, la Comisión afirma que el diálogo competitivo es un procedimiento singular que tiene elementos comunes tanto con el procedimiento restringido como con el negociado con publicidad y que, principalmente, se distingue del restringido por el hecho de que las negociaciones pueden versar sobre todos los aspectos del contrato, y del negociado por el hecho de que en éste las negociaciones se concentran en una fase muy concreta del desarrollo del procedimiento.

mer lugar, para que los interesados en contratar presenten a la Administración contratante el modelo que podría satisfacer las necesidades que pretende cubrir con el contrato.

Como ya hemos dicho, se parte de que el contrato es complejo y que, por ello, el órgano de contratación, objetivamente, no puede, por sí solo, definir cuáles son los medios técnicos, las soluciones jurídicas y las fórmulas financieras que sirvan para satisfacer mejor sus necesidades. Esto es, el órgano de contratación sabe lo que necesita –por ejemplo, que tiene que construir una cárcel o un hospital y que no puede pagarlos porque tiene restricciones presupuestarias– pero no sabe definir, sin la ayuda de los empresarios privados, las complicadas fórmulas técnicas, jurídicas y financieras con las que puede satisfacer ambas necesidades.

Con el fin de incentivar la participación privada en este procedimiento de adjudicación, ya que, por definición, va a resultar muy costoso a quienes participen en el mismo, y rentable solamente a quien resulte adjudicatario, la LCSP prevé la posibilidad –que deja a la decisión de los órganos de contratación– de establecer primas o compensaciones para los participantes en el diálogo.³⁷

4.2. Fases de la adjudicación de un contrato por el procedimiento del diálogo competitivo

Lo característico de esta forma de adjudicación es que son los empresarios interesados en contratar con la Administración los que solicitan al órgano de contratación participar en el diálogo competitivo (artículo 163.1). Para ello es necesario que, previamente, la Administración haya abierto el procedimiento. Y una vez abierto y presentadas las solicitudes de participación, el órgano de contratación selecciona a los candidatos a los que va a invitar a participar en el diálogo, y es con ellos con quienes se produce el mismo. Finalizado el diálogo, e identificada una o varias soluciones satisfactorias para la Administración, ésta les invita a presentar sus ofertas y, una vez presentadas, las examina y valora para determinar cuál es la económicamente más ventajosa. Así pues, se parece mucho al procedimiento restringido, sólo que, insisto una vez más, en el diálogo competitivo no se está buscando al adjudicatario de un contrato previamente definido por la Administración contratante, sino a empresarios que, previamente, ayuden a la Administración a definirlo para, finalmente, seleccionar al contratista y, por eso, como también he dicho, el diálogo puede versar sobre todos los posibles aspectos del contrato: no sólo sobre los aspectos técnicos, sino también sobre los económicos (precios, costes, ingresos, etc.) o sobre los jurídicos (distribución y limitación de riesgos, garantías, etc.).³⁸

Así, pues, las fases son:

37. Según el artículo 163.2, “los órganos de contratación podrán establecer primas o compensaciones para los participantes en el diálogo”.

38. “Explanatory Note...”, *op. cit.*, p. 6-7.

a) *Apertura del procedimiento y selección de los empresarios invitados al diálogo:* el órgano de contratación publicará un anuncio de licitación en el que dará a conocer sus necesidades y exigencias, que definirá en dicho anuncio o/y en un documento descriptivo.³⁹ Los elementos fundamentales definidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo no podrán ser modificados a lo largo del procedimiento de diálogo.⁴⁰ En cuanto a los criterios de selección, la presentación de solicitudes, la selección de los candidatos a los que se va a invitar al diálogo y el contenido de las invitaciones, la Ley declara aplicables los artículos 147 a 149 (primera fase del procedimiento restringido), con alguna especialidad (por ejemplo, de limitarse el número mínimo de empresarios a los que se va a invitar, dicho número no podrá ser inferior a tres, en lugar de cinco, como ocurre en el procedimiento restringido; y las referencias que el artículo 150 hace al pliego que se entrega junto con la invitación, deberán entenderse hechas al documento descriptivo que, como se recordará, ha de contener el programa funcional). Será en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo donde la Administración deberá indicar si va a hacer uso de la posibilidad de establecer fases eliminatorias con el fin de reducir progresivamente el número de soluciones a examinar durante el diálogo. La eliminación de una solución, que, normalmente, llevará consigo la eliminación del candidato que la defiende,⁴¹ ha de hacerse de acuerdo con los criterios de selección establecidos en el anuncio de licitación o, en su caso, en el documento descriptivo (artículo 166.3). A propósito de los criterios de adjudicación, según la Ley deberán establecerse en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo (artículo 167.2). Además de ello, en la invitación para tomar parte en el diálogo competitivo –si es que antes no se ha hecho en el anuncio o en el documento descriptivo– deberá establecerse la ponderación de dichos criterios y, si no es posible establecer dicha ponderación, aquéllos se ordenarán por orden decreciente (artículos 165.3).⁴²

39. Según la “Explanatory Note” (p. 4, nota 9), el término “documento descriptivo” ha sido elegido para indicar que se trata de un documento que podrá ser menos detallado y/o *más* prescriptivo que los pliegos normales (“*less detailed and/or more prescriptive than ‘normal’ specifications*”). Sorprendentemente, en la versión francesa se dice que podrá ser menos detallado y/o *menos* prescriptivo que los pliegos normales (“*moins détaillé et/ou moins prescriptif que les cahiers des charges ‘normales’*”).

40. Explanatory Note..., *op. cit.*, p. 4.

41. Tal y como se dice en la “Explanatory Note...”, *op. cit.*, p. 9, nota 30, generalmente los participantes en el diálogo no desarrollarán más que una solución cada uno, por lo que la eliminación de la solución implicará también la eliminación del operador económico que la sostiene. En cualquiera caso –añade la “Explanatory Note”– nada en la Directiva impide que los poderes adjudicadores permitan a los participantes desarrollar varias soluciones.

42. Según la “Explanatory Note...”, *op. cit.*, p. 6, el sentido de esta disposición se explica por lo previsto en los artículos 53.2 y 46 de la Directiva, a tenor de los cuales cuando no sea posible ponderar los criterios, debido a razones justificadas, los poderes adjudicadores sustituirán dicha ponderación por la enumeración en orden decreciente de los criterios de adjudicación. Dado que la imposibilidad de ponderar los criterios de adjudicación normalmente viene causada por la complejidad del contrato, el recurso al diálogo competitivo supondrá por definición –según la “Explanatory Note”– justificación suficiente para sustituir la ponderación de los criterios de adjudicación por la indicación de los mismos en orden decreciente.

b) *Desarrollo del diálogo*: el diálogo tiene lugar entre el órgano de contratación y cada uno de los empresarios que han sido invitados a tomar parte en el mismo.⁴³ El artículo 166 que lo regula no es, en mi opinión, todo lo claro que cabría esperar de una norma que introduce un procedimiento nuevo de adjudicación de contratos públicos, previsto, además, para los particularmente complejos. Es cierto que este procedimiento concertado o dialogado de adjudicación se caracteriza por su flexibilidad, pero eso no significa que su regulación tenga que ser también “flexible” en el sentido de poco precisa o abierta. Es igualmente cierto que la LCSP se ha limitado prácticamente a transcribir la Directiva y que, en último término, la falta de claridad en la regulación de este novedoso procedimiento resulta imputable a la norma comunitaria, la cual no regula en detalle el procedimiento del diálogo competitivo, tal y como reconoce la propia Comisión.⁴⁴ Nada impedía, sin embargo, al legislador desarrollar la lacónica regulación comunitaria aclarándola y completándola, más aun teniendo en cuenta que en el momento de tramitarse el Proyecto de ley ya se conocían varios documentos explicativos sobre el procedimiento de diálogo, como la tantas veces citada nota explicativa del diálogo competitivo, de la Dirección General de Mercado interior y Servicios de la Comisión Europea (de octubre de 2005); la Guía inglesa del procedimiento del diálogo competitivo (enero 2006)⁴⁵; y la Carta Francesa del Diálogo Competitivo, en la que diversos ministerios y organismos públicos se comprometen a aplicar los principios y recomendaciones adoptados en la misma cuando adjudiquen un contrato mediante el procedimiento de diálogo competitivo (enero de 2007).⁴⁶

De acuerdo con el artículo 166.1 de la LCSP, el órgano de contratación desarrollará un diálogo con cada uno de los candidatos previamente seleccionados, con vistas a definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades. Asimismo, el precepto citado establece una serie de obligaciones y limitaciones que tienen por finalidad garantizar la igualdad, la competencia y la confidencialidad de la información que suministran los candidatos invitados a dialogar. Piénsese que son proyectos complejos y, por tanto, caros, que incluyen estudios de todo tipo, jurídicos, técnicos, económicos, financieros, etc. Por ello, y aparte de insistir en que el órgano de contratación deberá tratar de forma igual a “todos los licitadores”, el artículo 166.2 establece dos prohibiciones: el órgano de contratación no facilitará, de forma discriminatoria,

43. En la “Explanatory Note...”, *op. cit.*, p. 7 se afirma que el diálogo se lleva a cabo de forma individual con cada participante con base en las ideas y soluciones que el mismo aporte.

44. “Explanatory Note...”, *op. cit.*, p. 7.

45. “Competitive Dialogue Procedure. OGC Guidance on the Competitive Dialogue procedure in the new procurement regulations, Office of Government Commerce”, enero de 2006.

46. “Charte du Dialogue Competitive”, 18 de enero de 2007. Bajo la presidencia de C. Poncelet, presidente del Senado, la Carta ha sido firmada por el ministro de Economía, Finanzas e Industria, el ministro delegado de las Entidades Territoriales, el presidente de la Asociación de Alcaldes de Francia, el presidente de la Asamblea de Departamentos de Francia, el presidente de la Asociación de Regiones de Francia, el presidente de la Misión de apoyo a la realización de contratos de partenariado público-privado (MAPPP) y el presidente del Instituto de la Gestión Delegada.

información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto, y no podrá revelar a los demás participantes las propuestas de otros o sus datos confidenciales, sin previo consentimiento de éste. A este propósito, la nota explicativa aclara que los poderes adjudicadores pueden establecer en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo que la aceptación de la invitación a participar en el diálogo implicará el otorgamiento del consentimiento.

En cuanto al desarrollo del diálogo, se dice que “podrá” articularse en varias fases sucesivas a fin de ir reduciendo el número de soluciones a examinar y que ese número deberá ser, en todo caso, suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva entre ellas, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados. Como puede verse, el precepto está plagado de conceptos jurídicos indeterminados. Lo único determinado es la previsión de que, si se opta por hacer el diálogo con fases “eliminadoras”, ello debe indicarse en el anuncio o en el documento descriptivo. A este respecto, es conveniente señalar que, en el supuesto de que se opte por un diálogo competitivo con fases eliminatorias, si una solución es eliminada ello implicará que el empresario que la ha propuesto queda igualmente eliminado, salvo que el mismo haya presentado varias soluciones, posibilidad que no está expresamente prevista, pero tampoco prohibida, por la Directiva ni por nuestra LCSP.⁴⁷ Respecto de la posibilidad de ir eliminando soluciones y candidatos, la Carta Francesa del Diálogo Competitivo ha establecido, entre sus principios y recomendaciones, el de “interromper las discusiones inútiles y costosas con los candidatos desde el momento en que se considere que una solución no es susceptible de pasar a la fase final”, pero evitando, al mismo tiempo, “eliminar prematuramente ofertas por la mera comparación entre ellas”.⁴⁸

Igualmente ambigua resulta la regulación de cuándo se cierra el diálogo, ya que, según el artículo 166.4, el órgano de contratación proseguirá el diálogo hasta que se encuentre en condiciones de determinar, después de compararlas, si es preciso (me pregunto cuándo no va a ser preciso compararlas si se han mantenido hasta ese momento y no se han eliminado), las soluciones que puedan responder a sus necesidades.

Cuando el órgano de contratación considere que está en condiciones de determinar las soluciones que responden a sus necesidades, declarará cerrado el diálogo, lo comunicará a los participantes y les invitará a que presenten su “oferta final”, basada en la solución o soluciones presentadas y especificadas por cada uno de ellos durante la fase del diálogo,⁴⁹ indicando fecha de presentación, dirección y lengua o lenguas –si se admite alguna otra, además del castellano– en que pueden

47. Como ya he señalado, en la “Explanatory Note...”, *op. cit.*, p. 8, nota 30, se dice que, en la mayoría de los casos, cada uno de los participantes no habrá desarrollado más que una solución y, por tanto, la eliminación de una propuesta o solución va a implicar también la eliminación del operador económico que la presenta. Ahora bien –añade el documento explicativo– nada hay en la Directiva que impida a la autoridad contratante permitir a los participantes que desarrollen varias soluciones.

48. “Charte du Dialogue”, *op. cit.*, p. 3 y 7.

49. De acuerdo con la “Explanatory Note...”, *op. cit.*, p. 9.

estar redactadas dichas ofertas. Debe advertirse que, hasta este precepto, la Ley no utiliza el término “ofertas”, sino el de “soluciones” propuestas, por lo que, en realidad, en sentido estricto, no debería hablarse de oferta “final” si no ha habido antes una oferta “inicial”.⁵⁰ Se trata de ofertas completas, ya que, según la Directiva (artículo 29.6), “deberán incluir todos los elementos requeridos y necesarios para la realización del proyecto”. Según la nota explicativa, “en general, esas ofertas finales estarán basadas en la solución (o eventualmente las soluciones) de cada uno de los participantes” y sólo en la hipótesis contemplada en el artículo 29 (3) de la Directiva –esto es, cuando el operador interesado autorice que su solución o propuesta pueda ser dada a conocer a los otros participantes– la autoridad contratante podrá pedir a los licitadores que basen su oferta final en una solución común a todos ellos”.⁵¹ Sin consentimiento de los interesados no hay, por tanto, riesgo de *cherry picking*, esto es, de utilización de ideas o soluciones de uno de los participantes por otro y la confidencialidad queda, por consiguiente, garantizada.⁵²

c) *Presentación y examen de ofertas*: una de las notas características de este procedimiento de adjudicación es que la selección de la oferta económicamente más ventajosa no puede hacerse únicamente en función del precio ofertado, sino que es necesario tomar en consideración varios criterios. A este respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 134, que es uno de los preceptos que contiene las normas generales sobre la adjudicación de los contratos por las administraciones públicas, incluye, entre los supuestos en los que debe valorarse más de un criterio, el de aquellos contratos cuya “ejecución” sea particularmente compleja.⁵³

Además de exigir que la valoración se haga considerando varios criterios y de rechazar, expresamente, que el contrato pueda adjudicarse únicamente con base al precio ofertado, el artículo 167 prevé la posibilidad de que el órgano de contratación solicite a los licitadores “precisiones y aclaraciones” sobre las ofertas presentadas; “ajustes” en las mismas o “información” complementaria relativa a ellas, pero con una cautela: “que ello no suponga una modificación de sus elementos fundamentales que implique una variación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio” (apartado 1). Por último, y en sentido parecido, pero referido a la oferta que el órgano de contratación considere más ventajosa, podrá requerir al empresario que la haya presentado para que aclare determinados aspectos de la misma o ratifique los compromisos que en ella figuren, siempre que con ello no se modifiquen elementos *sustanciales* de la oferta o la licitación, se fal-

50. A este respecto se dice en la “Explanatory Note...”, *op. cit.*, p. 8, que la Directiva no especifica si el documento inicial en el que los empresarios han de presentar por escrito su propuesta o solución ha de denominarse “borrador de solución”, “proyecto de propuesta”, “oferta” o de cualquier otra forma.

51. “Explanatory Note...”, *op. cit.*, p. 9.

52. “Explanatory Note...”, *op. cit.*, p. 7.

53. Artículo 134.3.d).

see la competencia, o se produzca un efecto discriminatorio (apartado 3). Estamos ante otra de las especialidades de este nuevo procedimiento de adjudicación consistente en que, hasta el último momento, el poder adjudicador puede mantener cierto diálogo, primero con cualquier candidato que haya presentado oferta y, después, con aquél que considera que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa. Eso sí, siempre con un límite: que esas precisiones, aclaraciones, informaciones complementarias, etc., no produzcan una modificación de los elementos sustanciales de la oferta o del anuncio de licitación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio.⁵⁴

Es cuestionable, en mi opinión, la necesidad de dar una última oportunidad al órgano contratante para pedir aclaraciones y, sobre todo, la ratificación de los compromisos que figuran en la oferta: ¿qué necesidad hay de que el empresario tenga que ratificarse de lo que ya se compromete a hacer en su oferta, si dicha oferta, por sí sola, ya le vincula? La respuesta a este interrogante la podemos encontrar en la nota explicativa, la cual aclara que esta posibilidad de confirmar los compromisos en el último momento anterior a la adjudicación del contrato y después de que haya sido identificada la oferta económicamente más ventajosa se ha previsto en atención a las reticencias que suelen tener las instituciones financieras para suscribir compromisos cerrados antes de esta fase del procedimiento.⁵⁵

En cualquier caso, en mi opinión, es preocupante el uso que pueda hacerse de esta disposición, dado que la aclaración se pide al que, en principio, va a resultar adjudicatario, por lo que el riesgo de caer en la tentación de modificar algo es mayor y, por otro lado, el hecho de que se prohíba modificar, en este momento, elementos “sustanciales” de la oferta significa, en principio, que, por el contrario, sí se podrán modificar elementos que no sean sustanciales.⁵⁶ En mi opinión, no

54. Esta previsión, contenida en el artículo 29.6 de la Directiva, así como la del apartado 7 del mismo artículo, a su vez, trae causa de una declaración del Consejo de 21 de julio de 1989 (DOCE L 210, de 21 de julio de 1989):

“El Consejo y la Comisión declaran que, en los procedimientos abiertos y restringidos, queda excluida toda negociación con los candidatos o los licitadores sobre los aspectos fundamentales del contrato que suponga una modificación susceptible de falsear el juego de la competencia y, especialmente, del precio. Ello no obstante, puede haber conversaciones con los candidatos o licitadores que tengan por objeto solamente completar el alcance de sus ofertas, así como las exigencias de los poderes adjudicadores, siempre que ello no tenga un efecto discriminatorio.”

55. “Explanatory Note...”, *op. cit.*, p. 10, nota 36. Por su parte, la “OGC Guidance on the Competitive Dialogue Procedure...”, *op. cit.*, p. 6, pone de manifiesto que, tradicionalmente, en los contratos PFI, se tratan ciertos aspectos del contrato únicamente con el candidato que se considera que ha presentado la oferta mejor, sin que ello distorsione la competencia. Por ejemplo, detalles sobre el diseño del contrato, terminación de documentos contractuales; *due diligence* para las entidades financieras o consultas finales con los representantes de los trabajadores.

56. A este respecto resulta ilustrativo el apartado 10.1 de la “OGC Guidance on the Competitive Dialogue Procedure...”, *op. cit.*, p. 6, en el que se dice que el hecho de que, en el considerando 31 de la Directiva, se establezca que en este momento del procedimiento no pueden imponerse exigencias sustanciales nuevas al candidato que ha presentado la oferta considerada como más ventajosa pone de manifiesto que algunos cambios son posibles en esta fase.

debería admitirse la modificación de elemento alguno al licitador cuya oferta, después de haber sido evaluada y comparada con las restantes, ha sido considerada como la más ventajosa, y ello porque, aunque ese elemento no sea sustancial o fundamental, alguna importancia tendrá siempre. Ahora bien y dicho ello, debe advertirse que estas previsiones son transcripción literal de la Directiva comunitaria.

En efecto, y aun partiendo de que “el poder de maniobra de los poderes adjudicadores después de la presentación de las ofertas finales es bastante reducido”,⁵⁷ la Directiva permite todavía un diálogo, aunque muy limitado, tanto con posterioridad a la presentación de las ofertas finales que, como ya se ha dicho, han de ser completas, como con posterioridad a la evaluación de dichas ofertas y una vez que ha sido identificada la que económicamente resulta ser la más ventajosa. La necesidad de hacer un uso correcto de estas posibilidades es obvia y, por ello, la Directiva, en su considerando 31, enumera algunos de los que han de considerarse “aspectos fundamentales” y, por ende, inmodificables (el precio o la distribución del riesgo). Asimismo, en la nota explicativa la Comisión aclara, en relación con la comunicación entre el poder adjudicador y el candidato que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, que no se trata de negociaciones con un solo operador económico, ya que esa posibilidad fue descartada por el legislador comunitario al rechazar las enmiendas que así lo permitían, sino que se trata de algo mucho más limitado, a saber, una aclaración o una confirmación de los compromisos que figuran ya en la oferta final.⁵⁸

5. Régimen jurídico del contrato CPP

A la definición del régimen jurídico del contrato de CPP dedica la Ley un solo artículo: el 289. Este artículo, junto con el siguiente, el 290, relativo a la duración del contrato de CPP, integran el capítulo VI (“Contratos de CPP”) que, a su vez, forma parte del título II del libro IV. El libro IV, por su parte, regula los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos “administrativos” y está integrado por dos títulos: el I, sobre “Normas generales”, y el II, que contiene las “Normas especiales para contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministros, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado”.

El artículo 289, como ya adelanté en su momento, establece que los efectos, cumplimiento y extinción del contrato de CPP se regirán, en primer lugar, por las normas generales del título I, esto es, las contenidas en los artículos 192 a 211, que regulan el principio de vinculación a las cláusulas del contrato; las prerrogativas clásicas de la Administración; la ejecución del contrato; la suspensión y la extinción. Por cierto, y como ya he adelantado, una de estas reglas o normas generales –la del principio de riesgo y ventura, del artículo 199– contiene una salvedad res-

57. “Explanatory Note...”, *op. cit.*, p. 10.

58. “Explanatory Note...”, *op. cit.*, p. 10.

pecto del contrato de CPP. En efecto, de acuerdo con el precepto citado, “la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, *sin perjuicio* de lo establecido para el de obras en el artículo 214, y *de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado*”. Curiosamente, no se hace alusión ni salvedad alguna en relación con el contrato de concesión de obras públicas.

En cuanto a las reglas especiales, en lugar de establecer unas normas específicas para el contrato de CPP, como ocurre con el resto de los contratos administrativos típicos, se prevé que resultarán de aplicación las correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal de aquél, tal y como haya quedado identificada en el propio contrato, según exige el artículo 120.a), “en lo que no se opongan a su naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar”.

En relación con esta previsión, cabe hacer dos consideraciones. La primera es que, a diferencia de lo que ocurre con los contratos mixtos, en los que se aplica el principio de absorción sólo a la adjudicación, estableciendo para el resto de los elementos –preparación, efectos, ejecución y extinción– el principio de la yuxtaposición de regímenes jurídicos según las distintas prestaciones,⁵⁹ en el contrato de CPP que, por definición, será siempre un contrato mixto, ya que tendrá por objeto prestaciones correspondientes a varios contratos, se aplica el principio de absorción, de tal manera que el régimen sustantivo del contrato, en la parte de disposiciones especiales, será el del contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal del contrato de CPP. Cuál sea esta prestación principal lo dirá el propio contrato, sin que la LCSP especifique que el carácter de prestación principal venga determinado por la mayor importancia económica de la misma, como por el contrario hace el artículo 12 para determinar el régimen de la adjudicación del contrato en los contratos mixtos. Ya de por sí, en ocasiones, no resulta sencillo determinar cuál es la prestación económica de mayor importancia, pero, al menos, es un criterio al que atenerse. Sin embargo, como decía, en relación con el contrato de CPP, la prestación principal no se define por relación a criterio con-

59. Según el artículo 12 (“Contratos mixtos), “cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse *en su adjudicación*, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico”.

A este respecto, en la Memoria del Anteproyecto de LCSP, p. 12-13, se dice lo siguiente:

“Frente a la regulación actual (artículo 6 de la LCAP), en este precepto no se hace mención a las reglas aplicables a la ejecución del contrato. Se ha considerado más prudente limitar la aplicabilidad de la denominada teoría de la absorción a la determinación de las reglas de adjudicación del contrato, considerando que, en ocasiones, este sistema puede no dar respuesta adecuada a los problemas de régimen sustantivo que plantea el contrato mixto, siendo preferible aplicar la yuxtaposición de los regímenes correspondientes a las distintas prestaciones fusionadas en el contrato. Se trata de una cuestión que, como sucede en derecho civil contractual, parece preferible dejar abierta a lo que se establezca en el propio contrato en cada caso (artículo 25 y artículo 99.2 *in fine*), y a lo que los tribunales determinen en cada caso concreto en función de las circunstancias concurrentes, por ser imposible dar reglas de validez general.”

creto alguno, sino que, simplemente, se dice que será aquella que identifique como tal el propio contrato. En mi opinión, y puesto que esa prestación principal va a condicionar el régimen sustantivo del contrato, hasta el punto de que, según el artículo 120.a), es una de esas cláusulas que, preceptivamente, ha de contener todo contrato de CPP, la Ley no debería haber exigido sólo que se “identificase” la prestación principal, sino que, más exactamente, debería haber exigido que se identificase y que se “calificase”, siempre que sea posible, de acuerdo con la tipología de contratos que la misma establece.

El artículo 289 establece un límite, cuya interpretación suscita, en mi opinión, alguna duda, como ya he puesto de manifiesto. Se trata del inciso en el que se dice que las normas que resulten de aplicación, en atención a cuál sea la prestación principal, lo serán “en lo que no se opongan a su naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar conforme al artículo 11”. En relación con este límite, hay que recordar, además, que, a tenor de lo establecido en el artículo 120, el contrato de CPP es un contrato en el que se deja a las cláusulas la definición de importantes elementos como, por ejemplo, las condiciones de la subcontratación, las condiciones para la modificación o resolución, las sanciones y penalidades, el destino de las obras y equipamientos o las garantías que presta el contratista. De nuevo, se plantea el problema, ya expuesto en este trabajo, de si con ello la Ley está diciendo que, por encima de dichas normas, están las que, atendiendo a la peculiaridad de cada contrato, establezca su clausulado, respecto del cual el régimen del contrato típico que le corresponda no sería, por tanto, Derecho imperativo, sino sólo supletorio. En mi opinión, si el inciso de que se trata se remitiera al artículo 120, que regula el clausulado del contrato de CPP, en lugar de al artículo 11, que simplemente contiene su definición, cabría inclinarse por esta interpretación, pero no siendo así, y como ya manifesté con anterioridad, el precepto no deja clara esta importante cuestión. En mi opinión, sería más lógico interpretar que la Ley, en el contrato de CPP, quiere que sean las partes, las que, en el clausulado del contrato, definan su régimen jurídico, resultando de aplicación las normas específicas del contrato típico con el que se corresponda su prestación principal sólo cuando existan lagunas en dicho clausulado. Como he dicho, me parece más lógica esta interpretación, por una doble razón: en primer lugar, por el carácter particularmente complejo que, según la LCSP, caracteriza a esta modalidad contractual; ello es lo que determina que tenga que adjudicarse por el procedimiento de diálogo competitivo, el cual, a su vez, se basa en la dificultad de la Administración para realizar el diseño *jurídico*, técnico y financiero de la operación de que se trate. Como he dicho antes, si el régimen jurídico estuviese predeterminado en la Ley, ¿qué sentido tendría remitir al diálogo competitivo la definición de las soluciones *jurídicas* que mejor satisfagan los fines a alcanzar con el contrato? En segundo lugar, porque si en aquellos casos en los que la prestación principal coincida con el objeto propio de un contrato de concesión de obra pública, el régimen jurídico sustantivo del contrato de CPP fuese el mismo que el del contrato de concesión de obra pública, ni tendría sentido la previsión del artículo 120 –según la cual el contrato debe contener necesariamente una serie

de estipulaciones que coinciden con las contempladas en la Ley para el contrato de concesión– ni habría diferencia alguna entre uno y otro, lo cual llevaría al absurdo resultado de que se trataría de un mismo contrato, pero con requisitos de preparación y adjudicación diferentes. Me parece, como digo, absurdo, llegar a la conclusión de que la Administración podría elegir indistintamente entre un contrato –concesión de obra pública– y otro –contrato de CPP– cuando la Ley ha atribuido a este segundo un carácter subsidiario, obligando a justificar su necesidad de una manera especial, y por comparación con otras “fórmulas alternativas” (artículo 11.2), y ha exigido que se adjudique siempre por ese procedimiento costoso y complejo que es el diálogo competitivo.

Por último, el artículo 289 dice que “estas normas”, esto es, las generales y las especiales que definen el régimen sustantivo del contrato, delimitarán los deberes y derechos de las partes y las prerrogativas de la Administración. Este apartado hay que ponerlo, de nuevo, en relación con el artículo 120.a), que remite el régimen jurídico aplicable al del contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal del contrato de CPP. Pues bien, según la letra m) del citado artículo 120, el contrato de CPP contendrá, entre sus estipulaciones, una que haga referencia a las condiciones generales y, cuando sea procedente, a las especiales que sean pertinentes en función de la naturaleza de las prestaciones principales, que la Ley establece respecto a las prerrogativas de la Administración y a la ejecución, modificación y extinción de los contratos.

Todo parece indicar, tras este complicado juego de remisiones, que, dada la dificultad de definir el régimen jurídico aplicable, en lo sustantivo, al contrato de CPP, y, en particular, dada la dificultad de interpretar cuáles de esas normas no resultan de aplicación por oponerse a la naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar del contrato de CPP, la LCSP está exigiendo que (i) en el contrato se identifiquen las prestaciones principales,⁶⁰ y (ii), según cuáles sean esas prestaciones principales, se identifiquen, específicamente, las normas generales y las normas especiales establecidas en la Ley que resulten de aplicación al contrato de que se trate en cada caso concreto, en relación con las prerrogativas de la Administración y la ejecución, modificación y extinción de los contratos.

Por último, y como una razón más para defender que el clausulado del contrato del CPP prevalece sobre el régimen jurídico previsto en la LCSP para el contrato típico correspondiente, es que cuando la Ley ha querido cerrar un aspecto del dicho régimen jurídico y remitirlo, exactamente, a lo previsto en relación con un contrato

60. Debido al uso del plural que hace el artículo 120, en sus apartados a) y m), se plantea la duda de si la Ley está pensando en que puede haber más de una prestación principal. En mi opinión, los artículos 289 y 290 son claros al referirse, en singular, a la prestación principal, lo cual resulta más lógico, cuando de lo que se trata es de identificar, en cada caso, *el* régimen jurídico –esto es, *uno* de entre los distintos regulados en la ley para los contratos típicos– que resulta de aplicación. Además, hablar de varias prestaciones principales, tantas como objetos se fusionen en el contrato, va en contra del significado del término *principal* que, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, es la persona o cosa “que tiene el primer lugar en estimación o importancia y se antepone y prefiere a otras”.

típico, lo ha hecho, como veremos a continuación al tratar la cuestión de la duración del contrato de CPP.

6. La duración del contrato CPP

El artículo 290 regula la duración del contrato de CPP, estableciendo una regla y una excepción a la misma. Como regla general, el plazo de estos contratos será de 20 años, como máximo. La excepción es que, cuando por razón de la prestación principal que constituye su objeto “y de su configuración”,⁶¹ el régimen aplicable sea el del contrato de concesión de obras públicas, entonces regirá lo previsto en el artículo 244, esto es, 40 años como máximo, también con carácter general, y con la especialidad prevista para obras hidráulicas en la Ley de aguas, a la que expresamente se remite el artículo 244.3. Así, pues, en relación con la duración del contrato, el legislador ha querido especificar que, cuando el régimen jurídico aplicable al contrato de CPP sea el del contrato de concesión de obra pública, la duración de aquél será la prevista en el artículo 244 para éste. Queda claro, pues, en relación con la duración máxima del contrato, que el legislador no ha querido dejar su definición al clausulado del contrato, por lo que las partes, en este aspecto concreto, no tendrán margen para establecer plazos superiores a los que en la LCSP han quedado fijados.

Finalmente, no queda claro cuál es el régimen de las prórrogas en el contrato de CPP. Salvo en el supuesto de que, por su prestación principal, el régimen aplicable al contrato de CPP sea el de la concesión de obras públicas, en cuyo caso el régimen de las prórrogas es el previsto para este contrato en el apartado 2 del artículo 244,⁶² en los demás supuestos no es fácil determinar si las prórrogas están o no permitidas en el contrato de CPP. Para empezar, el artículo 290 no dice que la duración del contrato no podrá exceder de 20 años, incluidas sus prórrogas, sino que, simplemente, dice que no podrá exceder de 20 años. Por otro lado, tampoco prohíbe las prórrogas, por lo que cabría entender que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 121 –“además de las cláusulas relativas a los extremos previstos en el artículo 26”– en relación con el apartado g) del artículo 26.1, el cual incluye dentro del contenido mínimo del contrato la cláusula sobre “la duración del contrato [...], así como la de la prórroga o prórrogas, si estuviesen previstas”, la Ley permite que el contrato de CPP prevea una o más prórrogas.

61. En mi opinión, la introducción del inciso entrecomillado desconcierta, por decirlo de alguna forma, pues ni el artículo 289 ni el 120.a) hacen alusión a otro elemento que no sea el de la prestación principal como criterio para determinar el régimen jurídico aplicable al contrato de CPP. Siendo ello así, me pregunto qué sentido tiene hablar del régimen jurídico que resulte aplicable por razón no sólo de la prestación principal que constituye su objeto, sino también “de su configuración”, concepto que, por lo demás, tampoco resulta fácil de interpretar en el contexto de la Ley.

62. El artículo 244.2 sólo admite la prórroga en dos supuestos: los previstos en los artículos 225, esto es, en caso de retraso debido a fuerza mayor o por causa imputable a la Administración, y 241.3, como técnica de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión.

