



Universidad de Valladolid

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, JURÍDICAS Y DE LA
COMUNICACIÓN**

GRADO EN DERECHO

**LA COLABORACIÓN PÚBLICO – PRIVADA EN LA
ACTUALIDAD: EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS**

AUTOA: ELIZABETH ARSOVA KRASTEVA

TUTOR: CÉSAR ALONSO GONZÁLEZ

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. CONCEPTO DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	6
2.1. Introducción.....	6
2.2. Colaboración público-privada contractual.....	7
2.3. Colaboración público-privada institucionalizada	8
3. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS	11
3.1. Concepto de concesión de obras	11
3.2. Evolución normativa	12
3.2.1. <i>Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877.....</i>	<i>12</i>
3.2.2. <i>Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión.....</i>	<i>13</i>
3.2.3. <i>Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.....</i>	<i>16</i>
3.2.4. <i>Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas.....</i>	<i>16</i>
3.2.5. <i>Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al orden jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo de 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014</i>	<i>17</i>
4. APLICACIÓN PRÁCTICA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS	21
4.1. Sector transportes	21
4.2. Sector sanidad y de los servicios sociales	23
4.2.1 <i>Concesión como Contrato de gestión de servicios públicos sanitarios con construcción de hospital.23</i>	
4.2.2 <i>Concesión de obra sanitaria y sociosanitaria.....</i>	<i>23</i>
5. OTRAS FORMAS DE COLABORACIÓN PÚBLICA PRIVADA. 25	
6. CONCLUSIÓN	30
7. BIBLIOGRAFÍA.....	33
8. LEGISLACIÓN UTILIZADA	34
9. PAGINAS WEB VISITADAS.....	35

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de este trabajo se analizará el concepto de colaboración público–privada recogido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante Ley 9/2017) cuya manifestación más importante es el contrato de concesión de obras y su evolución desde su regulación en la primera Ley, la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, hasta su regulación actual, la citada Ley 9/2017: desde el contrato de concesión de obra pública¹ al contrato de concesión de obras.

Gracias al estudio de las diferentes leyes que han regulado este contrato observamos cómo se han ido acotando y delimitando los derechos y obligaciones del concesionario, así como se ha ido reduciendo el plazo concesional, pasando desde los 99 años para soslayar la prescripción inmemorial hasta los cuarenta años actuales con posibilidades de prórrogas muy limitadas.

La concesión de obras es un instrumento muy utilizado por las distintas administraciones públicas para la construcción de diversas infraestructuras (sanitarias, servicios sociales, transportes y deportivas, entre otras), entre otras razones y principalmente, por las restricciones presupuestarias planteadas desde Europa e incorporadas en nuestro ordenamiento jurídico. Por esta razón, dentro del régimen jurídico de la concesión se regula de forma amplia los derechos del concesionario para acceder a la financiación privada, con la posibilidad de hipotecar la concesión, de emitir diversas obligaciones y también de la colaboración de un tercero; sin perjuicio de que esta financiación no tiene que ser cien por cien privada, sino que existen los mecanismos mixtos, de financiación privada y pública.

Se abordarán, igualmente, otros instrumentos para la colaboración público-privada como son la concesión de dominio público o constitución del derecho de superficie sobre terrenos de propiedad de las Administraciones Públicas o fórmulas, como el modelo ESCO, para la ejecución o rehabilitación de edificios públicos con altas prestaciones de eficiencia energética. No hay que olvidar que la Directiva (UE) 2018/844 establece que cada Estado miembro establecerá una estrategia a largo plazo para apoyar la renovación de sus parques nacionales de edificios residenciales y no residenciales, tanto públicos como

¹ El artículo 53 de la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 señala: *Los particulares y Compañías podrán también construir y explotar obras públicas destinadas al uso general y las demás que se enumeran en el art. 7.º de esta ley, mediante concesiones que al efecto se les otorguen.*

privados, transformándolos en parques inmobiliarios con alta eficiencia energética y descarbonizados antes de 2050. Los retos que plantea esta directiva comunitaria son enormes y será un campo abonado para la colaboración público-privada y para la colaboración privada-privada.

Recientemente se ha publicado el Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda que va a plantear soluciones muy interesantes para los ciudadanos en el ámbito de la vivienda. Así, se hace una regulación especial del derecho de superficie y de la concesión demanial en el caso de que se promueva la construcción de viviendas con un alquiler reducido y más asequible. En definitiva, de lo que se trata es de utilizar por la iniciativa privada de suelo público disponible para la construcción de parques públicos en alquiler.

El objetivo fundamental de esta colaboración entre el sector público² y el sector privado es el de mejorar los sectores esenciales de la sociedad recibiendo una inyección de capital del socio privado para la construcción y mejora de esos sectores a cambio de que el socio privado obtenga un beneficio que le permita recuperar su inversión y generar beneficios.

Con carácter general, será la Administración Pública la que conceda el derecho de explotación al socio privado mediante los requisitos que establezca la ley, y este asumirá los costes de la construcción y los riesgos de la inversión en ese sector esencial para la sociedad.

Las leyes sectoriales, estatales o autonómicas según el ámbito de sus competencias, son las que deben definir qué sectores son esenciales para la sociedad. En este sentido, sectores como los del transporte, la sanidad o la educación, también ahora la vivienda, y, en general las obras públicas, son los que más posibilidades tienen de utilizar y aprovechar las técnicas de la colaboración público-privada.

Finalmente, la frecuente utilización de este contrato por las distintas administraciones públicas nos dará pie para abordar, dentro de este TFG y con una vocación eminentemente práctica, supuestos concretos en los que las distintas administraciones públicas han utilizado este tipo de contrato. Por ello, se expondrán y analizarán diversos supuestos

² El artículo 84 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público establece la composición y clasificación del sector público institucional estatal. Respecto del sector público de las Comunidades Autónomas habrá que acudir a las leyes del gobierno y de la administración de cada una de ellas. En el caso de Castilla y León se regula en el Título VII de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

prácticos de este tipo de colaboración. En dichos casos prácticos observaremos la gran importancia que tiene hoy en día esta colaboración entre entes públicos y privados, ya que puede ayudar a construir grandes infraestructuras y a una mejor prestación de determinados servicios públicos como, por ejemplo, en el transporte, lo que podrá suponer una mejora de la calidad de vida de los ciudadanos sino también al desarrollo económico, favoreciendo la actuación de las empresas privadas que generan puestos de trabajo y puede reducir las siempre preocupantes tasas muy altas de desempleo que existen en este país.

Veremos las posibilidades de la colaboración público-privada en el ámbito de la sanidad pública construyendo unidades hospitalarias, favoreciendo la descongestión de este sector y dando una mayor atención a los ciudadanos que lo necesitan, con mayor prevención y evitando esperas mayores para poder acceder a una consulta hospitalaria.

Todo ello debe entenderse partiendo de la base que son las Administraciones públicas las responsables de la prestación de estos servicios y que la iniciativa privada es un mero instrumento para mejorar los mismos, por lo tanto, la supervisión y el control por parte de las administraciones públicas debe ser determinante y fundamental para la adecuada utilización de estos mecanismos.

2. CONCEPTO DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

2.1. Introducción

Cuando hablamos de colaboración público-privada (CPP) nos referimos a diferentes formas que tienen para cooperar el sector público y el sector privado con el fin de obtener financiación para la construcción, renovación o gestión de infraestructuras e incluso para la prestación de diversos servicios.

Algunas de sus características han sido establecidas por el ordenamiento comunitario. Algunas de éstas son las siguientes: la duración de la colaboración público-privada suele tener un plazo largo, la financiación que suele ser privada, pero puede completarse con fondos públicos, el papel principal del sector público radica en establecer los objetivos generales a cumplir y el soporte de los riesgos se reparte tanto entre el sector público como el privado.

El socio privado va a participar en las diferentes fases por las que atraviesa el proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación), mientras que el socio público debe definir *ex ante* los fines de interés público, el carácter de servicio público o de servicio de interés general del proyecto.

Desde el punto de vista del derecho comunitario, las operaciones de CPP no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos. Habrá que estar al caso concreto para determinar en qué supuesto nos encontramos.

Esta colaboración se utiliza en la actualidad por la falta de financiación del sector público y se destina a las principales infraestructuras de ámbitos como la sanidad, la educación, el transporte o la vivienda. Esto no se puede considerar como una gran solución a la falta de fondos públicos, pero, lo que sí es cierto es que gracias a esta cooperación se pueden realizar proyectos de mejor relación calidad/precio, preservando al mismo tiempo los objetivos de interés público previamente prefijados por la administración pública, como se ha señalado antes.

Las autoridades públicas también recurren a operaciones de colaboración con el sector privado para garantizar la gestión de servicios públicos sobre todo en el ámbito local. Cada

vez es más frecuente que servicios públicos relativos a la gestión de residuos³ o la distribución del agua, la energía, se confíen a empresas, tanto públicas como privadas o mixtas.

Debemos tener en cuenta que el Derecho Comunitario no establece un régimen jurídico específico para este fenómeno de cooperación público-privada, se ciñe a las normas del Tratado estableciendo la libertad de realizar un contrato y prestar servicios, además de cumplir con los principios de transparencia, igualdad de trato, proporcionalidad y reconocimiento mutuo.

El 30 de abril de 2004 se aprueba en Bruselas el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones con la finalidad de establecer hasta donde pueden llegar las normas comunitarias al socio privado.

Este Libro Verde se ciñe a las cuestiones de derecho en materia de contratación pública y concesiones. El principio fundamental que informa el Libro Verde es que todo acto en virtud del cual una entidad pública confía la prestación de una actividad económica a un tercero debe ser examinado en función de los principios y normas del Tratado, especialmente en lo que se refiere a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios.

El Libro Verde parte de la distinción de dos grupos de colaboración. Por un lado, una colaboración entre el sector público y privado puramente contractual, y por otro, esta misma colaboración, pero desarrollada en una entidad diferente de tipo institucionalizado.

2.2. Colaboración público-privada contractual

En este caso se trata de vínculos contractuales entre las partes en los que se le atribuye al socio privado el proyecto que debe realizar.

Uno de los modelos más conocidos, con frecuencia llamado “modelo de concesión”, se caracteriza por el vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final: el socio privado presta un servicio a la población «en lugar de» el socio público, pero bajo su control. Asimismo, se caracteriza por el modo en que se remunera al contratista, que consiste en cánones abonados por los usuarios del servicio, que se completan, en su caso, con subvenciones concedidas por los poderes públicos.

³ Por ejemplo, la gestión de servicio público de limpieza viaria, recogida de basuras, gestión punto limpio de Roquetas de Mar o la gestión de Servicios Públicos de recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria en Ribadesella 2015 por un importe de 9.318.793,68 EUR durante 12 años a la empresa FCC, SA.

En nuestro ordenamiento jurídico (la ley 9/2017) se reconocen dos tipos de contratos. Por un lado, la concesión de obras que es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones del contrato de obras, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquel consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

Por otro lado, está el contrato de concesión de servicios por virtud del cual uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

De acuerdo con el derecho comunitario, la selección del socio privado se realiza acudiendo preferentemente a lo que se conoce como *diálogo competitivo*. Este diálogo consiste en que el sector público realiza una entrevista con cada candidato del sector privado con el fin de descubrir la oferta que más se adapta los criterios preestablecidos. La Ley 9/2017 regula expresamente el diálogo competitivo como procedimiento de adjudicación en los artículos 172 y siguientes.

Una vez concluidos los diálogos el socio privado es elegido libremente siguiendo con los principios de transparencia, igualdad de trato, proporcionalidad y reconocimiento mutuo.

En la actualidad han sido establecidos unos principios en algunos Estados con el fin de asegurar una adecuada publicidad y que todos los operadores privados que quieran puedan acceder a esta práctica.

Una vez elegido el socio privado deben establecerse claramente las normas del proyecto y la duración del contrato siempre adaptándose a las necesidades del interés general y adaptarse según el entorno.

2.3. Colaboración público-privada institucionalizada

En esta colaboración nos encontramos una entidad creada entre el socio público y privado en la que estos actúan en conjunto. Normalmente esto se realiza para gestionar servicios públicos locales. En esta colaboración es el sector público quien lleva el control de las operaciones que se desarrollan.

La puesta en marcha de una CPP institucionalizada puede llevarse a cabo bien a través de la creación de una entidad en la que participen, de manera conjunta, los sectores público y privado o bien a través de la toma del control de una empresa pública existente por parte del sector privado

Los problemas que plantea esta colaboración son, por un lado, en ciertos Estados se trata como un contrato de concesión y esto puede llevar a un riesgo de falsear la competencia real, y por otro lado, hay Estados que confunde la fase de constitución de la entidad mixta con la fase de adjudicación de tareas.⁴

En el Ámbito de la Administración General del Estado, podemos destacar como fórmulas de colaboración público-privada institucionalizada las sociedades mercantiles estatales y los consorcios. Ambos instrumentos se regulan en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante Ley 40/2015).

Se entiende por sociedad mercantil estatal aquella sociedad mercantil sobre la que se ejerce control estatal⁵, bien porque la participación directa, en su capital social de la Administración General del Estado o alguna de las entidades que integran el sector público institucional estatal, incluidas las sociedades mercantiles estatales, sea superior al 50 por 100, o bien porque la sociedad mercantil se encuentre en el supuesto previsto en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores respecto de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos vinculados o dependientes.

En la definición dada por la Ley 40/2015 se observa el concepto de influencia pública dominante acuñado por la normativa comunitaria para determinar el concepto de empresa pública. En este sentido, el profesor Laguna de Paz⁶ señala: *“Esta uniformización de concepto de empresa pública en el Derecho comunitario se produjo por virtud de la Directiva 80/723/CEE, de 25 de junio de 1980, sobre transparencia de las relaciones financieras entre los Estados y las empresas pública, posteriormente modificada por la Directiva 85/413/CEE. Esta norma, en su art. 2, define a la empresa pública como cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen. Una fórmula tan comprensiva requería al menos ser parcialmente concretada, lo cual se producen el segundo párrafo del mismo artículo, que presume dicha influencia dominante siempre que los Poderes públicos, directa o indirectamente, en relación a una empresa determinada: a) poseen la mayoría del capital suscrito;*

⁴ La Comisión de las Comunidades Europeas. Libro Verde. Bruselas 30.04.2004. COM 2004 327 final.

⁵ Art. 111 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

⁶ José Carlos Laguna de Paz, *La empresa pública autonómica*, Anales de estudios económicos y empresariales, ISSN 0213-7569, N° 4, 1989, págs. 247-268.

b) disponen de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas; o c) pueden designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o vigilancia”

Por su parte, los consorcios ⁷son entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y diferenciada, creadas por varias Administraciones Públicas o entidades integrantes del sector público institucional, entre sí o con participación de entidades privadas, para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias.

Podrán realizar actividades de fomento, prestacionales o de gestión común de servicios públicos y cuantas otras estén previstas en las leyes.

Por último, los consorcios podrán utilizarse para la gestión de los servicios públicos, en el marco de los convenios de cooperación transfronteriza en que participen las Administraciones españolas, y de acuerdo con las previsiones de los convenios internacionales ratificados por España en la materia.

⁷ Art. 118 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

3. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS

3.1. Concepto de concesión de obras

La Directiva 93/37/CEE define la concesión de obras como el contrato que presenta los caracteres del contrato de obras con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista en, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio. Esta definición se ha trasladado, como luego veremos, a la normativa estatal de contratos.

Algún autor⁸, en la línea de la normativa europea, ha sostenido que el contrato de concesión de obras es en realidad un contrato mixto de obra y gestión de servicio público y que su régimen jurídico se debería delimitar con arreglo a la *teoría de la combinación: la realización de la obra se regularía por las normas del contrato de obras y una vez recibida la obra comenzaría a aplicarse las normas propias del contrato de gestión de servicio público*. En este mismo sentido se pronuncia el Dictamen del Consejo de Estado nº 4464, de 22 de diciembre de 2018.

Desde el punto de vista de derecho positivo vigente, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 define el contrato de concesión de obras como aquel contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones del contrato de obras, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquel consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

Este contrato se diferencia claramente del contrato de concesión de servicios en el que uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

⁸ José Antonio Moreno Molina. *Nuevo Régimen de Contratación Administrativa*. La Ley. 2ª Edición. 2000. Pág. 492.

3.2. Evolución normativa

Para comprender la evolución normativa del contrato de concesión de obras nos vamos a centrar en las siguientes cinco leyes claves: la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877; la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión; la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas; la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas y, por último, la ley vigente en esta materia que es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

3.2.1. Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877

Comenzando por la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 (en adelante Ley General) hay que señalar que la primera distinción que se hace es si la obra es costeada por el Estado, la provincia o el municipio o si la obra es costeada por los particulares o compañías. Para determinar esa distinción, la Ley General establece las obras que deben ser costeadas por esas administraciones públicas, las más importantes por su interés nacional, provincial o municipal, y las que pueden ser costeadas por los particulares (arts. 4 y siguientes de la Ley General).

Respecto de las primeras, las obras que debían ser de cargo de las administraciones públicas, podían ser contratadas por las administraciones de tres formas distintas:

- La primera consistía en que la administración se obligaba a pagar al contratista el importe de las obras a medida que los trabajos se iban ejecutando en los plazos y con las formalidades que se determinaban en las cláusulas especiales de cada contrato. Esta forma de contratar una obra es el supuesto típico del contrato de obras actual, la administración encarga a un tercero la ejecución de una obra, paga a ese tercero por la obra, en función de la ejecución y, al final, el tercero entrega la obra a la administración, una vez que ha terminado la obra.
- La segunda se refiere al hecho de que la obra está ejecutada y se otorga a los contratistas el derecho de disfrutar por tiempo determinado el producto de los arbitrios que se establecían para el aprovechamiento de las obras.
- La tercera, que es la que nos ocupa para este trabajo fin de grado, combina los dos medios expresados. Se trataba de ejecutar la obra por el contratista y a su costa, y se

coabraba con la explotación de esta. Esta forma de contratar es el supuesto de la concesión de obra. Por lo tanto, desde el año 1877 se contemplaba la colaboración público-privada, para las obras públicas importantes.

Respecto a las segundas, las que podían ser costeadas por los particulares, los particulares y compañías podían realizar obras públicas como la construcción de carreteras y ferrocarriles, los puertos, los canales de riego y navegación, la desecación de lagunas y pantanos y el saneamiento de terrenos insalubres, mediante la concesión regulada en los artículos 7 y 53 de la referida Ley General. De esta manera, se establecía el principio general de que los particulares y Compañías podrían también construir y explotar obras públicas destinadas al uso general y las demás enumeradas anteriormente, mediante concesiones que al efecto se les otorguen.

Estas concesiones se otorgaban por el Ministerio de Fomento, por la Diputación Provincial o por el Ayuntamiento siempre que no requirieran de ocupación de dominio público. En este caso, correspondería al Ministerio de Fomento.

El plazo de las concesiones se estimaba en noventa y nueve años y, transcurrido dicho plazo, la obra pasaba a ser propiedad de la administración otorgante, según el artículo 55 de la Ley General.

Para que esta concesión se hiciera efectiva los particulares o Compañías que pretendían explotarla debían solicitarlo a la administración competente y disponer de un documento que acreditase haber depositado en garantía de sus propuestas el 1 por 100 del presupuesto de la obra que se iba a ejecutar, tal y como establece el artículo 58 de la Ley General.

La concesión era anunciada en la Gaceta o el Boletín Oficial que correspondía con un plazo de treinta días para presentar propuestas y, de esta manera, se escogía la propuesta más ventajosa, artículos 64 y 62 de la Ley General.

3.2.2. Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión

En esta ley se regulan dos tipos de concesiones circunscritas a las autopistas⁹. Por un lado, las concesiones administrativas de construcción, conservación y explotación de autopistas

⁹ Son autopistas las carreteras que están especialmente proyectadas, construidas y señalizadas como tales para la exclusiva circulación de automóviles, con las siguientes características:

- No tener acceso a las mismas las propiedades colindantes.
- No cruzar, ni ser cruzadas a nivel, por ninguna otra vía de comunicación o servidumbre de paso.

y, por el otro, las concesiones administrativas para la conservación y explotación de tramos de autopistas ya construidos, es decir, sin la construcción de la obra.

Esta Ley, aunque sigue en vigor, muchos de sus artículos se derogaron por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas.

Las características generales de las concesiones administrativas de construcción, conservación y explotación de autopistas son las siguientes:

- La concesión para la construcción de las obras e instalaciones y la sucesiva gestión del servicio se otorgará por Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Obras Públicas¹⁰, previo concurso.
- El adjudicatario se obliga a constituir una Sociedad anónima de nacionalidad española, con quien aquélla se formalizará, y cuyo exclusivo fin sea la construcción, conservación y explotación de la autopista.
- El concesionario podrá percibir de los usuarios, por la utilización de las instalaciones viarias, el peaje que corresponda por aplicación de las tarifas aprobadas
- El plazo de duración de las concesiones era el que determinaba el Decreto de adjudicación sin que en ningún caso pudiera ser superior a cincuenta años. Este plazo se elevó hasta los 75 años¹¹.
- En cuanto a los derechos y obligaciones del concesionario, la ley distingue entre un régimen jurídico para la construcción de la obra pública y otro para la fase de explotación. Dentro de éste, y para tratar de garantizar la continuidad de la prestación del servicio destaca la obligación de prestar el servicio ininterrumpidamente durante las veinticuatro horas del día, salvo supuestos excepcionales debidos a caso fortuito o fuerza mayor, en cuyo caso deberá adoptar las medidas de emergencia que el antiguo Ministerio de Obras Públicas le imponga para lograr la reanudación inmediata del servicio y sin derecho a indemnización alguna.¹²

-
- Constar de distintas calzadas para cada sentido de circulación, separadas entre sí, salvo en puntos singulares o con carácter temporal, por una franja de terreno no destinada a la circulación o, en casos excepcionales, por otros medios

(art. 2 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras)

¹⁰ Ahora es el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.

¹¹ Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social

¹² Quiero destacar esta obligación para recordar lo que sucedió en enero de 2018 en España que más de 3.000 vehículos soportaron hasta 18 horas atrapados en distintos puntos de la autopista que transcurre entre Ávila,

- Se permite la cesión de la concesión a un tercero. La cesión hecha a un tercero requerirá el previo consentimiento del Gobierno y habrá de ser total, sin que se admitan cesiones parciales de determinados tramos de la autopista.
- Pueden acceder a esta concesión todas las personas físicas o jurídicas con plena capacidad de obrar y que puedan aportar una fianza provisional del cincuenta por ciento o más del total de la obra y además debe ser una sociedad en la que su capital social debe representar al menos el diez por ciento del total de la obra así establece el artículo 8.

Con carácter general, en el régimen concesional de las autopistas el que paga la inversión que ha realizado la iniciativa privada, el concesionario, para la construcción y conservación de las autopistas es el usuario del servicio, el usuario de la autopista con el pago del correspondiente peaje, el que usa es el que lo paga. Quiero subrayar esta obviedad porque recientemente se han rescatado o no prorrogado diversos tramos de autopistas, de tal manera que la utilización de estas no es que sea gratis, sino que la conservación de esos tramos se sufragará por todos los españoles con las partidas que obligatoriamente deben incluirse en los Presupuestos Generales del Estado.

De esta manera, únicamente dejo aquí planteada una cuestión de calado: quién es el que debe sufragar estas infraestructuras, todos los españoles, aunque algunos de ellos ni tan siquiera tienen un coche, o, solamente los que las usen.

Ese pequeño apunte sirve para explicar, aunque sea *grosso modo*, lo que se denomina el modelo alemán de financiación de las autopistas, también conocido por TOLL SHADOW o “peaje en la sombra”. En este caso, igual que con el modelo de la concesión de obra, la financiación para construcción de la infraestructura corre a cargo del concesionario. En los presupuestos estatales no se contempla financiación alguna para la construcción. La gran diferencia está en cómo recupera el concesionario la inversión realizada y aquí, en el modelo alemán, es la administración pública, una vez que se ha puesto en funcionamiento la autopista, la que paga al concesionario todos los años, pero a largo plazo, una cantidad que se determina en los correspondientes presupuestos estatales.

En definitiva, la administración empieza a pagar la infraestructura, de forma diferida y a largo plazo, una vez que se ha puesto en funcionamiento. Vemos claramente la diferencia de esta figura con el tradicional contrato de obras, en este contrato la administración paga

Segovia y Madrid y que gestiona la concesionaria Iberpistas. La vía estuvo cerrada totalmente durante un día entero.

la construcción del inmueble durante la ejecución de la obra, el contratista ha recibido el precio cuando termina y entrega la obra; en cambio, en el modelo alemán, el concesionario empieza a cobrar la obra cuando ésta se pone en funcionamiento y durante un plazo largo.

Curiosamente, este sistema ha sido empleado por alguna Comunidad Autónoma. Así, la Comunidad de Castilla y León ha utilizado el modelo alemán para construir la autovía (en realidad debiera llamarse autopista) que une Valladolid con Segovia (la Autovía de Pinares).

3.2.3.Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

En esta ley se decía expresamente que los contratos de colaboración con personas jurídicas sujetas al derecho privado quedaban fuera de la misma, exceptuando los que aquí se regulan.

Sólo dedicaba una sección, la Sección 2.^a cuya rúbrica era “Del contrato de concesión de obras públicas” del Capítulo I, del Título I del Libro II al contrato de concesión de obra pública (arts. 130 y siguientes).

Se considera como contrato de concesión de obras públicas aquél en el que, siendo su objeto alguno del contrato de obras, la contraprestación a favor del adjudicatario consista en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

El régimen jurídico de este contrato era el de las normas generales de los contratos de obras y el concesionario debía ajustarse en la explotación de la obra a los derechos y obligaciones del contrato de gestión de servicios públicos.

En definitiva, la regulación que se hacía del contrato de concesión de obra pública era muy escasa y, en realidad, se contemplaba como una especie de contrato mixto, parte obra y parte gestión de servicio público y, por ello, se remitía a la regulación de estos contratos.

3.2.4.Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas.

Con esta Ley se vuelve a la regulación completa del contrato de concesión de obras públicas, de forma parecida a la regulación de la Ley de 1877. Regula de forma amplia los derechos y obligaciones de las partes del contrato y regula la financiación privada de la concesión, prestando especial atención a la emisión de títulos por el concesionario o la hipoteca de la concesión.

Se define la concesión de obras públicas como aquel contrato por virtud del cual la Administración pública cede el derecho de construcción y explotación o sólo de explotación a un concesionario durante un tiempo y con el derecho de que el concesionario reciba una retribución por parte del usuario o por la Administración en caso de uso de la obra. A cambio el concesionario financiara de manera total o parcial la obra y es quien asumirá los riesgos económicos de la ejecución.

Las concesiones de construcción y explotación de obras públicas se otorgarán por el plazo que se acuerde en el pliego de cláusulas administrativas particulares, que no podrá exceder de 40 años. Este plazo podrá prorrogarse hasta los 60 años, para restablecer el equilibrio económico del contrato o, excepcionalmente, para satisfacer los derechos de los acreedores en el caso en que los derechos de crédito del concesionario hayan sido objeto de titularizar.

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

Esta es la vigente ley en materia de contratos del sector público.

Por virtud de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al orden jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo de 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante Ley 9/2017) se suprime el contrato de colaboración público-privada que se regulaba en la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pero se regula de forma amplia, como en la anterior Ley 13/2003, el contrato de concesión de obra, aunque desaparece de la denominación del contrato el adjetivo público que había sido una constante desde la Ley de 1877.

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

El derecho de explotación de las obras deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o

el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.

Se regula de forma completa el contrato de concesión de obras, contando con un capítulo específico de la Ley 13. De este capítulo interesa destacar la duración máxima del contrato de obras y la financiación privada del contrato de concesión de obras.

Por lo que se refiere a la duración máxima, hay que señalar que el contrato de concesión de obras no podrá exceder, incluyendo las posibles prórrogas, de cuarenta años. De forma excepcional y para los supuestos tasados en la Ley 9/2017 se permite prorrogar el plazo de la concesión por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial.

Si comparamos todas las leyes que han regulado la concesión de obras observamos que se ha ido reduciendo, sin solución de continuidad, el plazo de duración de las concesiones de obras. Como muestra, se acompaña una tabla en el que se determinan los plazos que se establecieron en cada una de las leyes analizadas.

Cuadro nº1 DURACIÓN DE LAS CONCESIONES DE OBRAS EN FUNCIÓN DE LAS LEYES.

DURACIÓN DE LAS CONCESIONES DE OBRAS EN FUNCIÓN DE LAS LEYES	
LEY	PLAZO
Ley General de Obras Públicas de 1877	99 años
Ley 8/1972, de 10 de mayo,	75 años
Ley 13/1995, de 18 de mayo,	75 años
Ley 13/2003, de 23 de mayo,	40 años con posibilidad prórroga hasta los 60 años
Ley 9/2017, de 8 de noviembre,	40 años con posibilidad prórroga de 6 años más

Fuente: elaboración propia

En cuanto a la financiación privada de la actuación, la Ley permite al concesionario apelar al crédito en el mercado de capitales, tanto exterior como interior, mediante la emisión de toda clase de obligaciones, bonos u otros títulos semejantes admitidos en derecho; permite que las concesiones de obras con los bienes y derechos que lleven incorporados sean hipotecables conforme a lo dispuesto en la legislación hipotecaria, previa autorización del

¹³ Capítulo II “Del contrato de concesión de obras” del Título II de la Ley 9/2017 (artículos 247 a 283)

órgano de contratación y se admiten los créditos participativos para la financiación de la construcción y explotación, o solo la explotación, de las obras objeto de concesión

Cuestiones importantes en esta Ley 9/2017 son los derechos y obligaciones del concesionario recogido en los artículos 257 y siguientes.

Entre los derechos más destacados se encuentra la explotación de la obra durante el tiempo estipulado por contrato para recuperar su inversión, la utilización de bienes de dominio público de la Administración concedente con el fin de usarlos para la construcción, modificación, conservación y explotación de las obras, derecho de que la Administración lleve a cabo la expropiación forzosa en caso de que sea necesario para la obra, derecho también a ceder la concesión a terceros para que realicen la obra, derecho de establecer el total de la obra y derecho a impedir a usuarios que no estén al corriente de las tarifas establecidas a utilizar la obra.

Por lo contrario, también existen obligaciones que el concesionario debe cumplir. Debe realizar la obra según lo establecido en el contrato, explotar las obras, admitir la utilización para todos los usuarios siguiendo los principios de igualdad, universalidad y no discriminación, cuidar la calidad de las obras, indemnizar los daños, en caso de que los hubiera, a terceros cuando las obras produzcan un perjuicio, preservar los valores ecológicos y ambientales del dominio público y mantener actualizadas las instalaciones según el progreso de la ciencia, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras para el uso de los usuarios.

Esta última obligación es lo que se denomina la *cláusula de progreso*. Consiste en el deber del concesionario de acomodar la concesión a la normativa técnica que en cada momento resulte de aplicación forma parte ya del contenido obligatorio de su contrato por imperativo del artículo 259.4 de la Ley 9/2017, por lo que lo que deberá ser tenido en cuenta por los concesionarios al formular sus ofertas.

Dentro de estos derechos y obligaciones la Administración tiene la potestad de incluir condiciones para medir la calidad de la obra, añadir superficie adyacente a la obra para fines comerciales, industriales o que sean necesarios o convenientes para prestar utilidad a los usuarios. Entre los principales derechos de la Administración es que debe interpretar los contratos y resolver las dudas, estos contratos puede modificarlos unilateralmente cuando sean de interés público o acordar la resolución según lo previsto en esta ley, vigilar y

controlar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario y en caso de que intervenga en la concesión asume la explotación.

Respecto a la financiación de la obra hay que tener en cuenta que es un riesgo que asume el concesionario ya que es quién financia total o parcialmente las obras, en este segundo caso la Administración puede participar con subvenciones o préstamos reintegrables e incluso pueden participar otras Administraciones Públicas que no sea la concedente. Dentro de la financiación el concesionario también podrá emitir bonos u otros títulos semejantes para conseguir financiación tanto en el mercado interior como en el exterior siempre con fecha anterior al término de la concesión. También la obra puede ser objeto de hipoteca.

Para la recuperación de la inversión el concesionario tiene derecho de percibir una retribución de parte de los usuarios o de la Administración mediante las tarifas fijadas durante un tiempo determinado. Una vez vencido el plazo establecido y las prorrogas otorgadas, en caso de que las hubiese, se entenderán extinguidos todos los contratos vinculados a la concesión.

Pueden existir otras causas de resolución del contrato como son la ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar esta ejecución por falta de interesados en ella, una demora superior a seis meses por parte del órgano de contratación para entregar la contraprestación, terrenos o medios que necesite el concesionario, el rescate por el órgano de contratación o lo que viene siendo dar por terminada la concesión por razones interés público, la suspensión de la explotación por razones de interés público, la imposibilidad de explotación por acuerdos realizados a posteriori y la intervención de la concesión por un plazo superior al previsto.

Los efectos que produce la resolución en caso de que sea por causas imputables a la Administración esta deberá abonar el importe que se estipule al concesionario y en caso de que las causas le sean imputables al concesionario le será imputada la garantía y además deberá indemnizar a la Administración.

4. APLICACIÓN PRÁCTICA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS

4.1. Sector transportes

Este sector se considera un sector esencial para la calidad de vida de los ciudadanos. La Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres establece que los poderes públicos promoverán la adecuada satisfacción de las necesidades de transporte de los ciudadanos, en el conjunto del territorio español, en condiciones idóneas de seguridad, con atención especial a las categorías sociales desfavorecidas y a las personas con capacidad reducida, así como a las zonas y núcleos de población alejados o de difícil acceso.

La eficacia del sistema de transportes deberá, en todo caso, quedar asegurada mediante la adecuada utilización de los recursos disponibles, que posibiliten la obtención del máximo rendimiento de estos.

En definitiva, el sistema de transportes, en general, y de las infraestructuras complementarias del transporte, en particular, son instrumentos esenciales de la política de la solidaridad y de cohesión social. Precisamente, en relación con este aspecto, la Unión Europea ha definido como objetivo fundamental la cohesión europea a través de las redes transeuropeas del transporte, diseñando instrumentos financieros¹⁴ adecuados en los que la colaboración público-privada son fundamentales.

En este sector se trata de que el colaborador privado o concesionario tenga el derecho de explotación del servicio de transporte que se trata a cambio de correr un riesgo como es la financiación y construcción del mismo y en ocasiones puede no recuperar la inversión y los costes realizados. Para poder disminuir el coste del precio para los usuarios, el sector público puede explotar parcialmente este servicio.

¹⁴ En este sentido, hay que destacar el REGLAMENTO (UE) No 1316/2013 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de diciembre de 2013 por el que se crea el Mecanismo «Conectar Europa», por el que se modifica el Reglamento (UE) no 913/2010 y por el que se derogan los Reglamentos (CE) no 680/2007 y (CE) no 67/2010 que señala, entre sus objetivos principales, el de contribuir a un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, en línea con la Estrategia Europa 2020, mediante el desarrollo de redes transeuropeas modernas y de altas prestaciones que tengan en cuenta los futuros flujos de transporte previstos, beneficiando así a toda la Unión en términos de mejora de la competitividad en el mercado mundial y de la cohesión económica, social y territorial en el mercado interior, y creando un entorno más propicio a la inversión privada, pública o público-privada gracias a una combinación de instrumentos financieros y de apoyo directo de la Unión, cuando los proyectos puedan beneficiarse de tal combinación de instrumentos, y al aprovechamiento adecuado de las sinergias intersectoriales.

Por ejemplo, en Galicia existe un sector empresarial muy capacitado para llevar a cabo esta inversión y producir una inyección de capital para la mejora del sector transportes, lo que ocurre es que debido a la crisis y al vencimiento de algunas concesiones esta colaboración se ha visto mermada de alguna manera y la financiación ha ido disminuyendo. Por ello, se ve la necesidad de generar los llamados contratos – programa donde se establezcan los derechos y obligaciones de ambas partes, sector público y privado, para garantizar el equilibrio financiero.

En concreto se cree en fomentar el transporte en autobús haciendo que tenga una, mejor imagen, generando carriles específicos para este, marquesinas, entre otros.¹⁵

En la Comunidad de Castilla y León se han utilizado, es verdad que, en alguna ocasión, sin mucho éxito, las concesiones de obras para la construcción, conservación y explotación de enclaves logísticos¹⁶.

A través de estos contratos, el concesionario se obligaba a comprar los terrenos precisos, a redactar los proyectos de ejecución y a ejecutar las obras a cambio de explotar el enclave durante un plazo de 40 años.

Dada la envergadura de la inversión privada, la Administración de la Comunidad de Castilla y León subvencionaba parte de la inversión.

Por último, el contrato se extinguía por el transcurso del plazo concesional de los 40 años y, una vez transcurrido ese plazo, el enclave revertía a la Comunidad de Castilla y León y ésta adquiría la posesión (así dice expresamente el Pliego de Cláusulas Administrativas del contrato), debiendo entregarlo el concesionario en buen estado de uso y funcionamiento y con todas sus obras, material, dependencias, bienes muebles e inmuebles y demás elementos e instalaciones necesarios para la explotación de la concesión bien conservados y aptos para el servicio. Todas las obras de urbanización del enclave debían ser entregadas a la administración en perfecto estado de uso.

¹⁵ Disponible en: <https://www.elcorreogallego.es/hemeroteca/participacion-publico-privada-concesionesransporte-viajeros-carretera-ENCG1071746> [11/08/2020]

¹⁶ Se definen los enclaves logísticos en Castilla y León como el conjunto de infraestructuras complementarias del transporte de mercancías, públicas de interés general y/o privadas, situadas estratégicamente, y que gestionados por una Entidad Gestora (DECRETO 16/2007, de 22 de febrero, por el que se regula el establecimiento, organización y funcionamiento de las infraestructuras complementarias del transporte de mercancías y de la logística, «Enclaves CyLoG»).

4.2. Sector sanidad y de los servicios sociales

Como ejemplos prácticos de la colaboración público-privada en el ámbito de hospitales y residencias públicas de mayores podemos señalar los siguientes, de acuerdo con lo dispone el profesor Villar Rojas¹⁷:

4.2.1 Concesión como Contrato de gestión de servicios públicos sanitarios con construcción de hospital.

El primer caso data de 1997 y se trata de la construcción del Hospital Comarcal de Ribera en la que participan por un lado el Área de Salud de la Generalidad Valenciana y por otro una Unión Temporal de Empresas.

Se trataba de un presupuesto de 41,45 millones de euros y debía construirse en 18 meses como máximo, con un derecho de explotación de 10 años, prorrogables 5 años más, para recuperar la inversión realizada, y el pago comenzaba desde la apertura del centro hospitalario. Se estipuló en 216 euros al año por un total de 230.000 habitantes, a parte la atención de pacientes en otras áreas y además sin aportación directa por los pacientes por la atención que reciben.

Los problemas que planteó esta colaboración público-privada fue el aumento del capital que paso a ser de 72 millones de euros, casi el doble de lo primeramente presupuestado, y el tiempo en que se construyó que finalmente fueron 15 años, además de una pérdida económica de 5,24 millones para la Unión Temporal de Empresas. Así en el año 2003 la Generalidad acordó abonar 67,7 millones a UTE y además de la prórroga de los 5 años más.

Esta manera de concesión se utilizó para los hospitales de Torrevieja, Denia, Manises, Valdemoro y varios centros de salud en Cataluña.

4.2.2 Concesión de obra sanitaria y sociosanitaria.

Otro ejemplo práctico sería la concesión del año 2004 en la Comunidad Autónoma de Madrid, para la construcción de siete hospitales comarcales de San Sebastián de los Reyes, Colada, Arganda del Rey, Parla, Aranjuez, Vallecas y Puerta de Hierro. Cogemos como referencia el hospital de Coslada.

¹⁷ Francisco José Villar Rojas. *La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales*. Revista de Administración Pública. ISSN: 0034-7639, núm. 172, Madrid, enero-abril (2007), págs. 141-188

En la construcción del Hospital de Coslada participaron la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid y Unión Temporal de Empresas. Proyecto presupuestado en 65,7 millones de euros, con 18 meses para su construcción y una explotación de 30 años para recuperar la inversión, prorrogable hasta 40 años. Para la retribución se estima la cantidad máxima anual de 14.9 millones de euros, en la que existe una cantidad fija de un máximo del 40% de esta cantidad anual y el restante 60% se recibe en caso de cumplir con todos los estándares de calidad establecidos.

A partir de esta modalidad se construyeron varios Hospitales más como son el de Burgos en Castilla y León, el de San Dureta en Baleares y la ampliación parcial del Hospital Virgen del Rocío en Andalucía.

Como podemos observar en los diversos casos existen varias ventajas a la hora de realizar una colaboración público privada como son la construcción de los centros hospitalarios que, de otra manera, no habría sido posible, y con ello ha mejorado de la atención sanitaria que se acerca mucho más a los ciudadanos.¹⁸

¹⁸ Francisco José Villar Rojas. *La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales*. Revista de Administración Pública. ISSN: 0034-7639, núm. 172, Madrid, enero-abril (2007), págs. 141-188.

5. OTRAS FORMAS DE COLABORACIÓN PÚBLICA PRIVADA

Además de la concesión de obra, podemos destacar otras formas de colaboración público-privada. Así, en este sentido, podemos señalar, al menos tres fórmulas de este tipo de colaboración: la concesión demanial, la constitución del derecho de superficie sobre bienes inmuebles de titularidad pública y, por último, el modelo ESCO para la financiación de infraestructuras. Pasemos a analizar cada una de ellas, poniendo un ejemplo en cada uno de los supuestos.

En primer lugar, la concesión demanial o, lo que es lo mismo, la atribución a un tercero el uso privativo de un bien de dominio público. En este sentido, el art. 86 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas dispone que el uso privativo de los bienes de dominio público que determine su ocupación con obras o instalaciones fijas deberá estar amparado por la correspondiente concesión administrativa.

El otorgamiento de concesiones sobre bienes de dominio público se efectuará en régimen de concurrencia. No obstante, podrá acordarse el otorgamiento directo en los supuestos tasado en la ley, cuando se den circunstancias excepcionales, debidamente justificadas, o en otros supuestos establecidos en las leyes.

El titular de una concesión dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión.

Las concesiones se otorgarán por tiempo determinado. Su plazo máximo de duración, incluidas las prórrogas, no podrá exceder de 75 años, salvo que se establezca otro menor en las normas especiales que sean de aplicación

A título de ejemplo podemos destacar el uso del monte demanial (Monte de Utilidad Pública) como espacio o soporte físico en el que se desarrollan actividades de diversa índole, como las instalaciones eólicas que observamos cuando viajamos a lo largo del territorio nacional.

Con esta concesión demanial se consigue compatibilizar los intereses públicos de conservación y mantenimiento del monte con la realización de actividades económicas privadas, en este caso, la producción de energías renovables que, además, de forma clara, benefician al medio ambiente.

En segundo lugar, la constitución del derecho de superficie sobre suelos de titularidad pública. El suelo suele ser uno de los costes más importantes en el proceso de construcción de un bien inmueble de carácter residencial o de otro tipo. Además, a mayor abundamiento, no parece lógico que las distintas administraciones públicas se desprendan de suelo público y que salgan de sus propios patrimonios.

Para solventar ambos problemas resulta muy oportuna la constitución de derechos de superficie sobre suelos públicos.

Esta figura permite a la iniciativa privada construir un edificio con un coste de suelo muy pequeño (no se transmite el pleno dominio) y, por otra parte, vencido el plazo del derecho de superficie, el suelo y el vuelo (lo construido) vuelven al patrimonio de la administración pública.

Esta figura está siendo utilizada últimamente en la construcción de viviendas de protección oficial en alquiler.

Recientemente se ha publicado el Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda, cuyo artículo 31 establece especialidades del derecho de superficie o concesión demanial para la promoción del alquiler asequible o social mediante la colaboración entre Administraciones Públicas y la iniciativa privada:

Artículo 31. Especialidades del derecho de superficie o concesión demanial para la promoción del alquiler asequible o social mediante la colaboración entre Administraciones Públicas y la iniciativa privada.

1. Se considerará oneroso, aunque en su título de constitución no se contemple el abono de canon o precio, el derecho de superficie o concesión demanial que tenga por finalidad la promoción del alquiler asequible o social constituido como consecuencia de la colaboración entre Administraciones Públicas y la iniciativa privada.

2. En los casos en que colaboren diferentes Administraciones Públicas, o sus entidades dependientes o vinculadas, ya se rijan por el derecho público o privado, para la constitución del referido derecho de superficie o concesión demanial, el instrumento administrativo de colaboración que se formalice, que se ajustará a la normativa autonómica de vivienda y suelo, podrá tener una duración de hasta 80 años.

3. El acuerdo delimitará entre sus firmantes los derechos y obligaciones que cada uno ostenta frente al superficiario o el concesionario durante las fases tanto de construcción del edificio como de alquiler de las

viviendas, así como el tipo y el alcance de los mismos. En ningún caso, la Administración General del Estado o sus entidades dependientes o vinculadas con competencia en materia de suelo y vivienda podrán ostentar responsabilidades derivadas del derecho de superficie posteriores al inicio del arrendamiento de vivienda en régimen de alquiler asequible o social. En todo caso, el título de constitución del derecho de superficie o de la concesión demanial respetará lo dispuesto en el citado acuerdo administrativo.

4. De acuerdo con la normativa autonómica de aplicación, las viviendas destinadas al alquiler asequible o social podrán tener la consideración de viviendas con protección pública, de conformidad con los requisitos y características establecidas en el instrumento administrativo de colaboración. Los terrenos pertenecientes a la Administración General del Estado o a sus entidades dependientes o vinculadas que, en virtud del instrumento administrativo de colaboración, puedan quedar adscritos temporalmente a la promoción del alquiler asequible o social, lo harán de manera preferente sobre cualquier otro destino que convencionalmente se hubiera acordado sobre los mismos, revirtiendo a aquéllas, una vez extinguido el acuerdo por el vencimiento de su plazo de duración, libres de condiciones o cargas modales.

5. La participación de la Administración General del Estado en los acuerdos administrativos para la promoción del alquiler asequible o social podrá realizarse a través de SEPES Entidad Pública Empresarial de Suelo (SEPES) mediante la formalización de un convenio entre el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y dicha entidad pública. Dicho convenio establecerá los ámbitos geográficos de actuación, las modalidades de participación de SEPES, y estimará las aportaciones a realizar por el Estado y garantizará la sostenibilidad económica de SEPES por cualquier obligación o incidencia derivada de la ejecución de los acuerdos administrativos o los derechos de superficie constituidos sobre terrenos de su titularidad. La vigencia se extenderá hasta el cumplimiento completo de las obligaciones asumidas por SEPES en el acuerdo administrativo.

Debemos destacar de este artículo tres cuestiones:

En primer lugar, que el destino de este artículo se refiere a la construcción de promoción de viviendas en alquiler asequible o social (curiosamente no habla de viviendas protegidas en alquiler).

En segundo lugar, que este artículo no se refiere sólo al derecho de superficie, sino que también hace referencia a la concesión demanial, estableciendo alguna diferencia en relación con la concesión demanial a la que hemos hecho referencia antes.

Y, por último, que en los casos en que colaboren diferentes Administraciones Públicas, o sus entidades dependientes o vinculadas, ya se rijan por el derecho público o privado, para

la constitución del referido derecho de superficie o concesión demanial, el instrumento administrativo de colaboración que se formalice, que se ajustará a la normativa autonómica de vivienda y suelo, podrá tener una duración de hasta 80 años.

Hay que recordar que, en algunas Comunidades Autónomas, como la vasca, la constitución del derecho de superficie para la promoción de viviendas protegidas ha sido una constante desde hace muchos años de su política social de vivienda.

Recientemente la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares ha regulado¹⁹ el establecimiento del derecho de superficie a favor de personas físicas o jurídicas para la construcción y gestión de viviendas protegidas en régimen de alquiler con fijación de precios máximos y para la construcción y gestión de alojamientos dotacionales.

En esta Comunidad Autónoma se dispone que las administraciones públicas y los entes públicos podrán promover viviendas de titularidad pública mediante la constitución a favor de personas físicas o jurídicas privadas de derechos de superficie sobre patrimonio de su titularidad para la construcción y gestión de viviendas protegidas en régimen de alquiler a precio asequible o alojamientos dotacionales.

Concluye que el derecho de superficie a favor de personas físicas o jurídicas privadas para la construcción y gestión de viviendas protegidas solo se podrá conceder mediante concurso público, debiendo establecerse necesariamente en las bases los siguientes aspectos:

- La determinación exacta de los bienes sobre los que se constituye el derecho de superficie.
- La duración máxima de la concesión y, en su caso, de las oportunas prórrogas. La duración máxima de la concesión, incluidas sus prórrogas, no podrá superar el límite de cincuenta años.
- El canon anual que se debe satisfacer, si procede.
- El número mínimo de viviendas por construir y sus características básicas.
- Las condiciones de acceso a las viviendas protegidas y los criterios de selección de los demandantes, de conformidad con el artículo 70.6 de la Ley 5/2018.

¹⁹ Decreto-ley 3/2020, de 28 de febrero, de medidas urgentes en materia de vivienda, incluido en el Código de la Vivienda de las Islas Baleares. Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado cpage.mpr.gob.es Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. ISBN: 978-84-340-2346-8. Pág.96

- El precio máximo mensual de alquiler asequible por metro cuadrado útil, que no podrá ser superior al módulo de alquiler de vivienda protegida de régimen general aplicable.
- El plazo máximo de ejecución de estas obras, que en caso de incumplimiento podría suponer la reversión de la concesión, y el resto de condiciones resolutorias que se prevean.
- Los mecanismos de colaboración y fiscalización que se deben ejercer por parte de la administración pública concedente.
- La forma en que se ejecutará la reversión a favor de la administración pública concedente una vez agotado el plazo de concesión o resuelta la misma.

En tercer lugar, por último, podemos destacar el modelo ESCO para la financiación de actuaciones de eficiencia energética en edificios públicos de viviendas.

Este modelo consiste en que las entidades privadas de servicios energéticos pueden financiar las actuaciones de eficiencia energética a cambio de retribuirse a largo plazo con los ahorros de energía que se producen con la actuación.

Mediante este sistema, muchos ayuntamientos han cambiado en sus edificios públicos calderas de calefacción ineficientes por calderas colectivas más eficientes y sostenibles medioambientalmente. Incluso, se han realizado calderas de distrito o calderas de barrio, principalmente de biomasa, para dar cobertura a una multiplicidad de edificación públicas y privadas.

6. CONCLUSIÓN

En este trabajo se ha pretendido exponer los distintos instrumentos que el ordenamiento jurídico español establece para articular una posible colaboración público-privada para la prestación de servicios y realización de infraestructuras. Para ello, se han analizado leyes generales y especiales; leyes estatales y autonómicas y, por supuesto, lo que establece el ordenamiento jurídico comunitario en esta materia.

Como conclusión de este trabajo hay que observar que nuestro ordenamiento jurídico permite varios instrumentos jurídicos específicos para articular verdaderamente una colaboración público-privada, más allá de retóricas y palabras vacías que determinadas autoridades siempre establecen en sus argumentarios. De hecho, en este trabajo se han puesto de manifiesto distintos supuestos prácticos que avalan la regulación normativa que disponemos.

En estos tiempos tan complicados en los que nos encontramos los esfuerzos de todos, del sector público y del sector privado, se antojan fundamentales para superar las dificultades económicas y presupuestarias que atravesamos: Debemos buscar economías de escala y efectos multiplicadores para tratar de avanzar, mejorar y progresar hacia sociedades más abiertas en las que lo público y lo privado puedan actuar de forma coordinada y, en algunos momentos, de forma conjunta, sin tener que optar de forma radical por una u otra forma de actuación. Ya hemos visto que los instrumentos jurídicos los tenemos, luego, habrá que aprovecharlos. No significa que esta colaboración pública-privada no está exenta de dificultades, no significa que esta colaboración no haya podido cometer errores y excesos que hayan podido perjudicar a los ciudadanos, lo que se quiere decir es que estas fórmulas, bien planteadas desde el inicio, pueden resultar muy ventajosas para los ciudadanos, para las familias.

Aquí no sólo hablamos de las ventajas económicas en el caso de que la Administración Pública no disponga de suficiente capital para realizar una inversión en mejorar el transporte, la sanidad, la vivienda o cualquiera de las infraestructuras previamente nombradas en el trabajo, sino la mejora económica que presentará para terceros como pueden ser los trabajadores ya existentes del entre privado y la necesidad de contratar a más que se aseguran tener un puesto de trabajo, como poco, mientras dure la obra y esto repercutirá igualmente en sus familias y en el aumento del poder adquisitivo de los ciudadanos y por tanto en la mejora de la economía general del país.

Todo ello es como una rueda ya que esto genera el pago de más impuestos y un aumento de los ingresos en las arcas estatales e incluso puede significar una disminución de la tasa del paro y por tanto menos gasto estatal, a lo cual las Administraciones tendrán más capital para poder seguir mejorando las infraestructuras y mejorar la calidad de vida de los ciudadanos del país.

Creo que este punto es crucial en la situación que vivimos actualmente provocadas por el COVID-19 en la que muchas empresas se han visto afectadas por la disminución de sus demandas, ya sea de bienes o de servicios, y esto ha llevado a cabo a que muchas de ellas se han visto en la obligación de cerrar sus puertas, despedir a algunos de sus trabajadores o reducir las jornadas laborales, además de la incertidumbre generalizada que existe de qué pasará en los próximos meses o incluso años, y por tanto la disminución del poder adquisitivo, que podría derivar en una nueva crisis económica.

Por último, el otro de los modelos de colaboración público-privada que hemos analizado, junto a la concesión de obras, la concesión demanial, el uso privativo de un bien de dominio público, me parece crucial en el aprovechamiento de recursos que ya tenemos disponibles hoy en día y que gracias a ello se pueden evitar gastos innecesarios de construcción de nuevos bienes, lo que repercute en que los beneficios se generan casi desde el primer momento de poner en marcha la obra o servicio y además se evita un impacto en el medio ambiente.

Quiero concluir este trabajo con las palabras que el profesor García de Enterría publicó en el primer número de la “Revista Española del Derecho Administrativo”, pues nos puede servir de colofón de este TFG y, más importante, para tratar de comprender mejor todas las cuestiones que se han planteado en este trabajo:

“Todo el derecho público está protagonizado simultáneamente por Entes Públicos y por sujetos privados. Entre ellos se produce un enfrentamiento, en el sentido de que cada uno de los dos persigue fines o intereses propios.”

“Pero es misión del Derecho articular un punto de equilibrio. En el Derecho público ese punto de equilibrio es especialmente comprometido y dramático. El Sujeto público es, por su propia esencia, una potentior persona que tiende con naturalidad a la supremacía y a la imposición. Pero, sin embargo, si el Derecho público ha de ser efectivamente Derecho no puede renunciar a esa meta de obtener y de conseguir un equilibrio. Sin esa meta el ciudadano, como el esclavo en el Derecho

romano, como el súbdito en el sistema jurídico del absolutismo, no sería un sujeto de Derecho, sería un puro objeto de una dominación extraña y absoluta”.

7. BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo I y II. Civitas Ediciones. Madrid 1999.

BERMEJO VERA, José. Derecho Administrativo. Parte especial. Editorial Civitas. 3ª edición. Madrid 1999

LAGUNA DE PAZ, José Carlos. La empresa pública autonómica, Anales de estudios económicos y empresariales, ISSN 0213-7569, N° 4, 1989, págs. 247-268

MORENO MOLINA, José Antonio. Nuevo Régimen de Contratación Administrativa. La Ley. 2ª Edición. 2000. Pág. 492.

VILLAR ROJAS, Francisco José. La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales. Revista de Administración Pública. ISSN: 0034-7639, núm. 172, Madrid, enero-abril (2007), págs. 141-188

8. LEGISLACIÓN UTILIZADA

- LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Libro Verde. Bruselas 30.04.2004. COM 2004 327 final.
- LEY GENERAL DE OBRAS PÚBLICAS de 13 de abril de 1877
- LEY 40/2015, de 1 de octubre, de RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO
- LEY 33/2003, de 3 de noviembre, del PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.
- LEY 37/2015, de 29 de septiembre, DE CARRETERAS
- LEY 13/1996, de 30 de diciembre, de MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN SOCIAL
- LEY 9/2017, de 8 de noviembre, de CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.
- REGLAMENTO (UE) No 1316/2013 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de diciembre de 2013
- DECRETO 16/2007, de 22 de febrero, por el que se regula el establecimiento, organización y funcionamiento de las infraestructuras complementarias del transporte de mercancías y de la logística, «Enclaves CyLoG».
- CÓDIGO DE LA VIVIENDA DE LAS ISLAS BALEARES. Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado page.mpr.gob.es Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. ISBN: 978-84-340-2346-8. Pág.96
- DECRETO-LEY 3/2020, de 28 de febrero, de MEDIDAS URGENTES EN MATERIA DE VIVIENDA de las Islas Baleares.

9. PAGINAS WEB VISITADAS

<https://www.elcorreogallego.es/hemeroteca/participacion-publico-privada-concesionesransporte-viajeros-carretera-ENCG1071746> [11/08/2020]

<https://www.elcorreogallego.es/hemeroteca/participacion-publico-privada-concesiones-transporte-viajeros-carretera-ENCG1071746> [11/08/2020]