

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones»

(COM(2004) 327 final)

(2005/C 120/18)

El 30 de abril de 2004, de conformidad con el artículo 262 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, la Comisión Europea decidió consultar al Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones»

La Sección Especializada de Mercado Único, Producción y Consumo, responsable de preparar los trabajos del Comité en la materia, elaboró su dictamen el 8 de septiembre de 2004 (ponente: Sr. LEVAUX).

En su 412º Pleno de los días 27 y 28 de octubre de 2004 (sesión del 27 de octubre de 2004), el Comité Económico y Social Europeo ha aprobado por 96 votos a favor, 2 votos en contra y 2 abstenciones el presente Dictamen.

1. Introducción

1.1 La Comisión publicó un Libro Verde sobre la «colaboración público-privada» (CPP) el 30 de abril de 2004, con el objeto de iniciar un debate sobre la aplicación del Derecho comunitario en materia de concesiones a dicha CPP.

1.2 El CESE formuló en su dictamen de iniciativa de octubre de 2000 ⁽¹⁾ recomendaciones que siguen siendo válidas. El fenómeno de la CPP se ha amplificado y sigue siendo una cuestión estratégica para Europa en un marco ampliado, incluso tras la aprobación de las nuevas directivas de 30 de abril de 2004 ⁽²⁾.

1.3 Entretanto ya se dispone también de experiencias con proyectos de CPP en una serie de países. Estas experiencias son variadas. Por consiguiente, sería recomendable realizar una evaluación sistemática de tales experiencias en función de determinados criterios como, por ejemplo, los costes, el acceso a los servicios, la calidad de las prestaciones, las repercusiones en el empleo, etc. En particular, debería examinarse si –y en qué medida– la CPP puede contribuir al mantenimiento de la competitividad de Europa frente al resto del mundo y qué ventajas e inconvenientes presenta respecto de las formas tradicionales de prestar estos servicios.

2. Los ordenamientos jurídicos nacionales y las realizaciones mediante la CPP han evolucionado mucho dentro de Europa

2.1 Todos los países europeos han utilizado o utilizan actualmente el sistema de la CPP y las concesiones. Sin embargo, la Comisión todavía no ha podido realizar un inventario. Por su parte, el Banco Europeo de Inversiones dispone de estadísticas parciales sobre un centenar de proyectos. No debe olvidarse que la «primera Europa», esto es Roma, ya utilizaba

hace dos mil años el sistema de concesiones. En el siglo XIX, la red europea de ferrocarril se realizó mediante contratos de concesiones. Estos contratos se desarrollaron enormemente no sólo para las vías férreas sino también para los servicios públicos municipales: agua, gas, electricidad, recogida de basuras, telefonía, etc.

2.2 A nivel mundial, hace mucho tiempo que los contratos globales permiten financiar, diseñar, ejecutar y gestionar durante un determinado plazo de tiempo no sólo autopistas y aparcamientos, sino también redes de agua, museos, aeropuertos, líneas de tranvía o metro, acondicionamientos urbanos, renovaciones íntegras de escuelas y hospitales, etc.

2.3 **Países con una nueva legislación sobre la CPP.** Las descripciones que siguen se limitan a hechos verificados en un número pequeño de países: Italia, España, Reino Unido y Francia.

2.3.1 Italia

2.3.1.1 La Ley marco de 1994 (Ley Merloni) define la **concesión de obras y de gestión**. Esta forma de concesión se caracteriza por que el concesionario realiza la obra con sus propios medios y recupera el capital invertido mediante la **explotación económica** de la infraestructura realizada (párrafo segundo del artículo 19 de la Ley 109/94) ⁽³⁾.

El programa de recuperación del retraso en infraestructuras incluye 220 obras consideradas estratégicas:

- de 2002 a 2011 se estima que la inversión alcanzará los 125 000 millones de euros;
- una mitad procede del Estado y la otra mitad de la financiación privada.

⁽¹⁾ DO C 14 de 16.1.2001.

⁽²⁾ DO L 134 de 30.4.2004.

⁽³⁾ Ley marco L 109/94 (G.U. n° 41 de 19.2.1994) modificada por la Ley de 2 de junio de 1995 n° 216 (G.U. n° 127 de 2.6.1995).

En la Ley se establecieron marcos jurídicos adaptados a las circunstancias: contratista general, concesionario, arrendamiento y promotor.

Para superar los retrasos de entrega e incrementar la eficacia de la construcción, una nueva Ley de 2001 estableció la figura del «**contratista general**». Suministra la obra llave en mano y lo mantiene. Debe también asumir la prefinanciación de la obra.

2.3.1.2 Concesionario

La concesión de obra y de gestión es la alternativa al contratista general. En general, la falta de recursos financieros hace que se recurra a este sistema basado en el pago total o parcial por los usuarios, mientras que en el de «contratista general» la administración debe pagar de forma escalonada.

2.3.1.3 Arrendamiento o asunción de la gestión

Las concesiones también se utilizan para asignar la gestión de infraestructuras existentes como hospitales, colegios o centros penitenciarios. Una recomendación de Hacienda permite que la administración se centre en sus funciones esenciales y aproveche las innovaciones del sector privado.

2.3.1.4 Contrato de promotor

Se trata de la posibilidad abierta a todo el mundo de presentar una oferta de realización de infraestructuras en el marco de la programación trienal de inversiones del ente público correspondiente. La administración tiene plena libertad para rechazar o aceptar la idea propuesta y, en caso afirmativo, debe convocar un concurso. El promotor dispone de un derecho de tanteo y redacta el contrato.

En Italia se registra un importante desarrollo de la figura del promotor de acuerdo con las siguientes cifras:

- 1 163 iniciativas presentadas en tres años y medio (enero de 2000 a junio de 2003);
- 660 proceden de promotores (concesiones por iniciativa privadas que sólo en 2003 ascendieron a 302);
- 503 son concesiones por iniciativa pública.

2.3.2 España

2.3.2.1 En España, la Ley 13/2003, de 23 de mayo, regula el contrato de concesión de obras públicas. Dicha ley modificó la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, introduciendo en la regulación de los distintos tipos de

contratos administrativos un nuevo título «Del contrato de concesión de obras públicas», que recoge el régimen jurídico de este contrato, ahora ya típico, atendiendo a las singularidades que presenta y en la línea de la tradición del derecho español.

2.3.2.2 La nueva configuración de la figura concesional posee cuatro notas fundamentales que caracterizan este tipo de contrato: «obra pública», «riesgo concesional», «equilibrio económico de la concesión» y «diversificación de la financiación».

2.3.3 Reino Unido

2.3.3.1 El gobierno emprendió en 1993 y 1994 una amplia política de delegación de servicios públicos y obras públicas con el nombre de «Private Finance Initiative» (PFI). Mediante este mecanismo se encarga a una empresa privada un cometido global respecto de un equipamiento público concreto que incluye el diseño, financiación, construcción, gestión y mantenimiento. Desde su establecimiento, la PFI supone:

- más de 650 proyectos iniciados como CPP, de los que 45 corresponden a hospitales y más de 200 colegios;
- 400 proyectos en fase de ejecución;
- 48 mil millones de libras esterlinas comprometidas (60 mil millones de euros);
- un programa pendiente;
- un 12 % aproximadamente del presupuesto nacional de inversiones en capital anual.

2.3.3.2 La Hacienda británica se basó en dos aspectos determinantes que justifican el interés de la PFI, a saber, que el sector privado debe asumir realmente el riesgo y que el sector público debe obtener servicios al mejor precio posible mediante la aplicación del principio de la mejor relación calidad-precio, con el fin de optimizar los costes de utilización de los equipamientos construidos; la idea subyacente es que si el constructor también se encarga de la explotación, procurará diseñar y construir una infraestructura de calidad que tiene menos costes de mantenimiento y un ciclo de vida más largo.

2.3.3.3 Los contratos existentes cubren todos los ámbitos: agua, saneamiento, transportes públicos, ejército, hospitales, colegios, edificios públicos, carreteras y autopistas, etc.

2.3.3.4 Dado el elevado número de proyectos de CPP en el Reino Unido, también se cuenta con numerosas experiencias, que son de índole muy diversa. Sería preciso efectuar un análisis y una evaluación sistemáticos de estas experiencias y aprovecharlas para ulteriores desarrollos de la CPP.

2.3.4 Francia

2.3.4.1 La legislación sobre adjudicación de contratos de concesión con pago de cánones por el usuario se basó en la Ley de 29 de enero de 1993, conocida como Ley Sapin, y este tipo de contratos se ha utilizado con frecuencia para:

- los servicios urbanos de agua, limpieza, transportes públicos, etc.;
- las infraestructuras importantes, como autopistas, puentes, estadios grandes, túneles, etc.

2.3.4.2 Los contratos de CPP con pago de un socio público registran un enorme desarrollo en Francia.

2.3.4.2.1 Merced a la Ley de 5 de enero de 1988, Francia dispone de contratos de arrendamiento enfitéutico administrativo, de larga duración con pago de la administración pública. Estos contratos se utilizan en los edificios públicos, especialmente los centros de enseñanza, como una variante del arrendamiento financiero (*leasing*) que también utiliza el Estado francés⁽¹⁾. Además, el Estado desarrolló la fórmula de alquiler con opción de compra para inmuebles e infraestructuras (Leyes de 29 de agosto de 2002 para la policía y de principios de 2003 para el ejército).

2.3.4.2.2 Por último, una Ley de 2 de julio de 2003 estableció la adopción de decretos para los contratos de larga duración que incluyen el diseño, la construcción, la financiación y la gestión con pago de la administración pública. En septiembre de 2003 se publicó un primer decreto para el sector hospitalario y se va a adoptar otro para el Estado y los entes locales: se trata del decreto sobre los contratos de colaboración de 17 de junio de 2004⁽²⁾.

2.3.5 Alemania

2.3.5.1 En Alemania, como en otros Estados miembros, existe una legislación detallada sobre la adjudicación de contratos públicos (contratos de obras), en la que pueden participar sin discriminación empresas públicas, empresas privadas y CCP.

2.3.5.2 En principio ello debe distinguirse del procedimiento para garantizar la prestación de servicios en el marco de los servicios públicos. En muchos casos los municipios en Alemania optan por las colaboraciones público-privadas (CPP) para la prestación de servicios de interés económico general, por ejemplo en materia de suministro y eliminación de residuos, es decir, en los sectores de la energía, el abastecimiento de agua, las aguas residuales y los residuos. Ello se lleva a cabo recurriendo a todas las formas de contrato posibles. Junto a la forma ampliamente generalizada de la concesión de servicios

existen contratos públicos, por ejemplo para el suministro de electricidad, así como CPP institucionalizadas en los municipios. Estas CPP contribuyen a garantizar los puestos de trabajo de la región y al desarrollo de la economía regional.

2.3.5.3 Este tipo de CPP se basa en la competencia que la Ley Fundamental garantiza a los municipios para decidir libremente el tipo y la organización de la prestación de los servicios de interés económico general en su territorio en el marco de concesiones. Pueden elegir libremente entre crear sus propias empresas, constituir una CPP con los socios adecuados o conceder la prestación de los servicios de interés económico general al sector privado. Las CPP de este tipo no están sujetas al Derecho de contratación pública.

2.4 Observaciones sobre el contrato de promotor

2.4.1 El sistema se deriva de la tradición de concesiones existente en Europa. Se trata de una figura en pleno desarrollo en el ámbito europeo, por lo que se plantea si es necesario o no un marco armonizado y si procede su inclusión en el Derecho comunitario.

2.4.2 Francia y España lo han adoptado después de Italia, que cuenta con una legislación muy precisa en la materia. En este país, la colectividad publica un anuncio de licitación sobre el proyecto preliminar del promotor, llegado el caso con modificaciones, y sobre el plan financiero (duración propuesta, tarifa solicitada, etc.)

2.4.3 Posteriormente, adjudica la concesión tras un procedimiento de negociación al promotor o a una de las dos mejores ofertas presentadas al concurso. Tanto el promotor como los que presenten ofertas deben consignar una fianza equivalente al 2,5 % del valor de la inversión total.

2.4.4 Si la administración no selecciona al promotor, este recibirá el importe de la fianza por parte del adjudicatario como compensación por los gastos realizados, incluido el derecho de propiedad intelectual. Si el promotor gana el contrato, su fianza del 2,5 % se entrega a los otros dos participantes (un 60 % para el mejor y un 40 % para el segundo).

2.4.5 De la misma manera que la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios incluye la figura de los contratos reservados para organizaciones con una mayoría de trabajadores con discapacidad, el CESE considera que, al establecer esta forma de colaboración público-privada, deberían aplicarse determinados criterios sociales en favor del promotor o de uno de los contratistas.

⁽¹⁾ La construcción del Ministerio de Hacienda en Bercy (París) se hizo en parte con este instrumento financiero.

⁽²⁾ Ordonnance sur les contrats de partenariats n° 2004-559, publicada en el Diario Oficial de 19 de junio de 2004.

2.5 Estados miembros que han desarrollado poco la CPP y las concesiones. Las descripciones que siguen se limitan a hechos verificados en un número pequeño de países

2.5.1 Bélgica

2.5.1.1 La concesión se define en los artículos 24 y 25 de la Ley de 24 de diciembre de 1993 y en los artículos 123 y siguientes del Real Decreto de 8 de enero de 1996 ⁽¹⁾. Además de la ejecución y posible diseño de las obras, en dichos artículos también se prevé la explotación de la infraestructura por el concesionario. **En cambio, no parece muy desarrollado el «contrato de promoción» en la legislación belga.**

2.5.1.2 El «contrato de promoción» ⁽²⁾ se caracteriza por la unión de la financiación, la ejecución y a veces el diseño de una infraestructura que será utilizada por la entidad adjudicadora a cambio del pago de un alquiler ⁽³⁾.

2.5.2 Portugal

2.5.2.1 Para mejorar su red viaria, este país ha creado el contrato SCUT: régimen de delegación que permite a un constructor privado recibir un canon de la administración pública. El SCUT se basa en el sistema del «shadow toll» («peaje sombra» o virtual) establecido en las carreteras británicas. Las licitaciones con los contratos SCUT se organizaron en 1997. Parece que en la actualidad se utilizan menos.

2.5.3 Hungría

2.5.3.1 No existe ninguna ley específica sobre los proyectos de CPP; no obstante, las normas por las que se rigen los compromisos financieros del Estado se recogen en el Decreto n° 2098/2003 (V29).

2.5.3.2 En 1997, el país puso en marcha un programa de colaboración con el sector privado para el desarrollo de polígonos industriales, habiéndose creado 165 a principios de 2004.

3. ¿Cómo puede definirse la concesión y la CPP?

3.1 El Derecho comunitario no ha podido ofrecer definiciones realistas y útiles de la CPP y la concesión. En este

⁽¹⁾ Ley de 24 de diciembre de 1993 – Contratación pública – *Moniteur Belge* de 22 de enero de 1994. Reales Decretos de 8 y 10 de enero de 1996 – *Moniteur Belge* de viernes 26 de enero de 1996 – Real Decreto sobre contratos públicos de obras, suministros y servicios y sobre concesiones de obras públicas.

⁽²⁾ Ídem.

⁽³⁾ Ley de 24 de diciembre de 1993 (artículo 9) - Real decreto de 8 de enero de 1996 (artículo 21) - Real decreto de 26 de septiembre de 1996 - Maurice-André Flamme. *La loi du 24 décembre 1993*, Journal des Tribunaux, 1994. Régimen de la construcción.

Derecho, los conceptos de CPP y de concesión de obras públicas y de servicio público no aparecen o son criticables. La crítica del concepto actual se centra en:

- la vinculación de las concesiones al concepto de contratos de obras (punto 3.1.1);
- la falta de disociación entre los contratos de larga duración y los contratos de corta duración, que constituye la línea divisoria para la financiación independiente de la entidad administrativa y, por lo tanto, la base de la delegación (punto 3.1.2);
- la falta de procedimiento para tramitar las propuestas independientes de concesiones por parte del sector privado (punto 3.1.3).

3.1.1 Vinculación de la CPP y las concesiones a los contratos de obras

3.1.1.1 Dentro del Derecho comunitario, las concesiones se basan, por una parte, en los principios y normas del Tratado y, por otra parte, en las directivas que ponen en práctica estos principios.

3.1.1.2 Las directivas elaboradas por la Unión Europea tienen por objeto garantizar la transparencia de las convocatorias de concursos en el conjunto de los contratos públicos y su ámbito de aplicación es **a veces** confuso en el caso de contratos complejos de concesión o de CPP.

3.1.1.3 El contrato de concesión de obras públicas únicamente está definido en la letra d) del artículo 1 de la Directiva 93/37/CEE ⁽⁴⁾ sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. Por desgracia, se toma como única referencia los contratos de obras públicas ⁽⁵⁾. En la **Directiva 92/50/CEE** ⁽⁶⁾ sobre los contratos públicos de servicios no se define la concesión. Por último, en la **Directiva 93/38/CEE** ⁽⁷⁾ no se aborda la definición o la adjudicación de concesiones, sino que se regula la adjudicación de todos los contratos celebrados por los concesionarios en sectores considerados especiales, en los que reemplaza a las demás directivas. El CESE lamenta este planteamiento lacónico y nada realista que, por desgracia, se mantiene en las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE ⁽⁸⁾.

⁽⁴⁾ DO L 199 de 9.8.1993.

⁽⁵⁾ «Concesión de obras públicas: el contrato que presente los caracteres contemplados en la letra a), con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio».

⁽⁶⁾ DO L 209 de 24.7.1992.

⁽⁷⁾ DO L 199 de 9.8.1993.

⁽⁸⁾ DO L 134 de 30.4.2004.

3.1.1.4 La Comisión, consciente del creciente uso de la CPP, publicó en abril de 2000 una «**Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario de contratos públicos**»⁽¹⁾. Esta Comunicación tenía por objeto acabar con la ambigüedad jurídica fundamental derivada de la falta de definición válida de las concesiones y la CPP en las directivas sobre contratos públicos. Debe recordarse que, en la actualidad, los Derechos nacionales tratan las concesiones y la CPP de manera muy variada.

3.1.1.5 El CESE considera que no existen definiciones de la concesión y los contratos de CPP o de delegación que fijen claramente su contenido y alcance. En efecto, la concesión y, de forma más general, la delegación no se limitan a un único criterio (el riesgo o el pago), como se considera en la Directiva 93/37/CEE y posteriormente en la Comunicación interpretativa, sino que se definen por medio de un conjunto de elementos.

3.1.1.6 ¿Cómo puede definirse mejor una concesión o una CPP?

3.1.1.6.1 El contrato o acto unilateral por el que una autoridad pública concede derechos específicos a una organización independiente para diseñar, construir, financiar, mantener y gestionar una infraestructura o un servicio por un período largo y concreto:

— se considera una concesión cuando la empresa obtiene su remuneración mediante una contrapartida que pagan mayoritariamente los usuarios;

— se considera un contrato de colaboración público-privada cuando la autoridad pública asume la mayor parte de la remuneración.

3.1.1.6.2 De estas definiciones se derivan dos criterios vinculados a estos tipos de contratos:

— la necesidad de una **transferencia de responsabilidad** de la autoridad pública al contratista;

— el concepto de **globalidad del contrato**, que incluye numerosas funciones (construcción, financiación, explotación, mantenimiento, etc.) durante un largo período (una media de diez a 75 años).

3.1.1.6.3 El CESE estima que no debe considerarse, como hace la Comunicación interpretativa de abril de 2000, que el contrato (de concesión) se reduce únicamente a la asunción del riesgo inherente a la explotación: sería una vista demasiado parcial y restrictiva de este tipo de contratos.

⁽¹⁾ DO C 121 de 29.4.2000.

3.1.2 Disociación necesaria entre contratos de corta y de larga duración

3.1.2.1 A raíz del Libro Verde publicado por la Comisión Europea en noviembre de 1996⁽²⁾, el Comité aprobó el 28 de mayo de 1997 un dictamen⁽³⁾ en el que pedía a la Comisión que revisara su planteamiento en materia de concesiones con el fin de darles un mayor grado de autonomía frente a la definición del contrato de obras: «*El tema de las concesiones, igualmente, debería examinarse en profundidad, ya que su adjudicación debe ser transparente y obedecer a criterios objetivos. Existen diferencias fundamentales entre una concesión y un contrato público: objeto, duración, condiciones de financiación, modo de gestión, alcance de la responsabilidad. Con vistas a favorecer el desarrollo de estos contratos, (...) la Comisión Europea podría estudiar el desarrollo de un instrumento jurídico adecuado en cuanto al régimen de ejecución de dichos contratos.*»⁽⁴⁾

3.1.2.2 El CESE considera necesario, para abordar el carácter y la clasificación de los contratos, reconocer su funcionalidad propia.

3.1.2.3 Un contrato de concesión o de CPP no puede reducirse, sin mencionar la duración, a una transferencia del riesgo de explotación, dado que se trata ante todo de transferir el diseño, la construcción, la financiación y la gestión o mantenimiento de una infraestructura o de un servicio al contratista seleccionado.

3.1.3 **Por lo que se refiere a los contratos de promotor ya mencionados**, varios países han establecido una normativa específica para que los agentes privados puedan proponer un proyecto a las autoridades públicas competentes. Esta práctica ya es corriente en Italia y debería poder ampliarse a los demás Estados miembros que todavía no disponen de procedimientos similares.

3.2 *Aplicaciones dispares del Derecho comunitario que generan divergencias jurídicas*

3.2.1 Los conceptos contractuales públicos comunitarios no favorecen la unidad dentro de Europa, por lo que un contrato se considerará en un Estado miembro un contrato de obras y en otro una concesión. De este modo, el mismo contrato tendrá dos regímenes de adjudicación según el país en el que se organice. El Reino Unido, menos preocupado por la clasificación de los contratos que los países de tradición latina y de Derecho administrativo, siempre ha considerado que la CPP era un simple contrato público aunque hubiera podido estimarse que se trata de concesiones de obras públicas.

⁽²⁾ COM(96) 583 final.

⁽³⁾ DO C 287 de 22.9.1997.

⁽⁴⁾ Merece la pena citar también otros puntos del Dictamen:

«En diversos países se desarrollan métodos de financiación privada de las obras públicas. Se trata de contratos a largo plazo que implican una aportación de financiación privada, lo cual los diferencia claramente de los contratos públicos.»

«[El CESE] Expresa el deseo de que la actividad de las concesiones sea objeto de un régimen específico, particularmente para las Redes Transeuropeas (RTE).»

«[El CESE] Propone que la Comisión Europea favorezca la promoción de los nuevos métodos contractuales basados en la financiación privada de las infraestructuras públicas.»

3.2.2 La aparición de legislación concreta sobre la CPP en varios Estados miembros demuestra la especificidad de estos tipos de contratos a caballo entre la gestión administrativa y el contrato, hecho que dificulta toda regulación a priori.

3.3 *¿El Derecho comunitario puede limitarse a clasificar los contratos exclusivamente desde el punto de vista de su adjudicación dejando al margen la delegación de servicio público en sentido institucional? ¿Cabe atribuir tanta importancia únicamente al régimen de adjudicación del contrato?*

3.3.1 El alcance de las directivas supera de forma clara la armonización de la adjudicación de los contratos públicos. En efecto, las definiciones que establecen han sido incluidas de forma íntegra en distintas leyes nacionales, fenómeno que genera una implantación de conceptos contractuales comunes en varios Estados miembros.

3.3.2 Pero las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE confían el régimen jurídico de los contratos nacionales a las leyes de cada Estado miembro, en las que se establecen las normas de aplicación. Cabe plantearse entonces el lugar que se asigna al sector privado en la gestión pública.

3.4 *La jerarquía de las normas adjudica un valor especial, sobre la base de los principios de la economía de mercado, a las obligaciones de servicio público y al respeto de los intereses sociales*

3.4.1 El CESE reitera que:

- de acuerdo con la futura Constitución aprobada por el Consejo, estos objetivos consisten en el desarrollo sostenible sobre la base de un crecimiento económico equilibrado y de la estabilidad de precios, en aras de una economía social de mercado sumamente competitiva, el pleno empleo y la protección social, así como un alto grado de protección del medio ambiente y la mejora de la calidad del medio ambiente;
- si se establecen, las CPP deben contribuir a alcanzar los objetivos de la Unión;
- la estrategia adoptada en la Cumbre de Lisboa confirmó el respeto del principio de una economía de mercado abierta completada con un crecimiento fuerte que garantice la dimensión social de Europa (educación, formación, empleo, etc.).

3.4.2 La autoridad pública competente, sin dejar de cumplir el principio de subsidiariedad para alcanzar el objetivo de una economía de mercado abierta, debe tener en cuenta las posibilidades de competencia y adoptar la solución más adecuada.

3.4.3 Cualquier solución contractual que se encomiende a la gestión pública se basa en la aplicación de las obligaciones sociales del país respectivo y en el respeto de los resultados previstos en el contrato. En caso de no respeto de los aspectos sociales o de los resultados, deberán aplicarse cláusulas de rescisión del contrato.

4. Propuestas para mejorar y clarificar el Derecho en materia de CPP y concesiones

4.1 El CESE, con el fin de crear un marco armonizado a nivel europeo, considera aconsejable completar el desarrollo de estos contratos con una o varias comunicaciones interpretativas que permitirían abordar la diversidad y la complejidad del fenómeno de forma evolutiva, en vez de establecer inmediatamente una Directiva que podría quedar anticuada muy pronto.

4.2 Asimismo, el CESE pide a la Comisión que aborde el asunto de la CPP de manera global y que, en el marco de sus comunicaciones (previa consulta a los Estados), reúna una lista de criterios que las autoridades públicas podrían tener en cuenta para los aspectos sociales y medioambientales. De este modo, las autoridades públicas, recurriendo a dichos criterios para completar la legislación vigente, podrían convertirlos en condiciones de ejecución de los contratos.

4.3 El Comité considera que:

- la CPP es un instrumento económico flexible y dinámico que puede servir de catalizador para la integración de determinados objetivos económicos, sociales y medioambientales, como el desarrollo sostenible, el empleo y la integración social;
- la CPP permite mejorar la cultura de los socios, tanto públicos como privados.

4.4 La Directiva 2004/18/CE regula varios asuntos importantes sobre adjudicación de contratos públicos que pueden adaptarse a la CPP y las concesiones: criterios, diálogo competitivo y confidencialidad de las ofertas. Parece útil precisar los aspectos que se exponen a continuación.

4.4.1 Mantenimiento del enfoque abierto de las concesiones

4.4.1.1 El enfoque de carácter abierto de la redacción de la Directiva 2004/18/CE debe mantenerse, sobre todo si se tiene en cuenta que no todos los Estados miembros recurren a los procedimientos de concesión.

4.4.2 Establecer una definición jurídica armonizada de las concesiones y la CPP en Europa

4.4.2.1 Es necesario unificar la definición de estos dos contratos en los Estados miembros. La definición que expone el CESE supra (véase el punto 3.1.1.6) permite confirmar la importancia que tienen estos contratos, en los que se mezclan los conceptos de mercado y de administración pública.

4.4.3 Defensa de la innovación

4.4.3.1 La normativa comunitaria relativa a las concesiones de obras no obliga a la entidad adjudicadora a precisar en el anuncio de licitación para la concesión de obras públicas si acepta alternativas innovadoras.

4.4.3.2 El CESE considera deseable que durante las consultas sobre estos tipos de contratos se tengan en cuenta todas las variaciones, con el fin de favorecer la innovación.

4.4.3.3 En efecto, la respuesta de un candidato a una concesión puede tener un carácter novedoso, con innovaciones importantes y esenciales en todos los aspectos: técnicos, financieros o comerciales, al tiempo que pueden ser utilizadas para una mejora social y económica de las condiciones de vida y de trabajo de los consumidores y trabajadores.

4.4.3.4 Esta incitación a los candidatos para que acepten realizar una inversión intelectual costosa, en una consulta que permita dichas innovaciones, se ajusta al espíritu de la estrategia de Lisboa. Por tanto, es necesario evitar que la propiedad intelectual de propuestas novedosas de un candidato pueda llegar a conocimiento de los demás competidores. Se trata de un asunto de carácter ético y de incitación a la innovación que debería incorporarse a la legislación de los Estados miembros dentro del nuevo procedimiento del «diálogo competitivo» vinculado a la CPP.

4.4.4 Procedimiento negociado

4.4.4.1 Una propuesta de contrato de concesión debe respetar el objetivo de servicio establecido por la entidad adjudicadora, pero debe ofrecer el mayor margen posible sobre la manera de lograr este objetivo: diseño de la infraestructura, planificación de las obras, asunción de riesgos técnicos, etc. El CESE considera que, tras la entrega de las propuestas por los diferentes candidatos, debe iniciarse un diálogo entre la entidad adjudicadora y los concesionarios potenciales, para concretar de manera definitiva el contrato de concesión o de CPP en función de las opciones propuestas respecto de las necesidades de la autoridad pública. La antigua Directiva 93/37/CEE reservaba el recurso al procedimiento negociado para situaciones excepcionales. En lo sucesivo, el diálogo competitivo instaura el principio de negociación para los contratos considerados complejos.

4.4.4.2 Por lo tanto, el procedimiento de diálogo competitivo adoptado debería:

- dejar claro que los casos de apertura (dificultad para valorar las respuestas del sector privado o la naturaleza exacta de las necesidades o los montajes financieros) se interpretan de forma muy amplia y liberal;
- especificar que cada empresa puede presentar una propuesta propia y que se salvaguarda el derecho de propiedad intelectual de cada competidor.

4.4.4.3 Por último, debe recordarse que es obligatoria la celebración del contrato entre la autoridad pública adjudicadora y el concesionario, para fijar las responsabilidades de cada parte de conformidad con lo dispuesto en la legislación de los Estados miembros interesados.

4.4.5 Establecimiento de principios generales

4.4.5.1 La importancia de un marco jurídico perfectamente adaptado a las concesiones y la CPP debe concretarse especialmente en la adopción de principios sobre la ejecución de los contratos de concesión o de CPP.

4.4.5.2 La posibilidad de celebrar contratos de colaboración depende básicamente de que exista un equilibrio contractual y de que se respete de forma duradera.

4.4.5.3 El CESE propone que la Comisión publique una Comunicación interpretativa para fomentar una distribución equilibrada de los riesgos entre entidad adjudicadora y concesionario, confiando a los distintos Estados miembros la fijación de los criterios que pueden evolucionar con el paso del tiempo. Con este fin, los principios de una Comunicación de este tipo deberían recoger las siguientes ideas:

- los riesgos de una concesión de infraestructura o de una CPP deben definirse, cuantificarse y asignarse claramente a la parte que reúna mejores condiciones para asumirlos;
- en caso de riesgo excepcional (acontecimiento imprevisible que aumente el coste del contrato, modificación inesperada de las imposiciones públicas, condiciones técnicas imposibles de prever en la realización de la obra, cambios bruscos en el comportamiento del consumidor, etc.), la entidad adjudicadora y el concesionario deberán establecer previamente acuerdos contractuales para compartir el riesgo;
- el concesionario que no respetara las cláusulas del contrato deberá proporcionar una compensación;
- como en toda conclusión de un convenio de Derecho privado, el concesionario que asume la financiación deberá poder esperar que las innovaciones propiciadas por el legislador en materia jurídica o fiscal no repercutan en los contratos en curso;

- debe preverse una compensación inmediata en favor del titular del contrato cuando se modifique el contrato a raíz de una nueva exigencia de la entidad adjudicadora sin que varíen las condiciones iniciales del contrato;
- el concesionario debe disponer de flexibilidad suficiente para asumir el cometido que le ha asignado la entidad adjudicadora, reservándose ésta todas las cuestiones de soberanía o de orden público.

4.4.5.4 La implantación del sistema de concesiones, como forma de colaboración eficiente de la gestión y financiación privada con la inversión pública en la prestación de servicios de interés general, precisa, para su éxito, un marco jurídico y contable apropiado, que se adapte a la particular estructura del negocio concesional. Las fuertes inversiones y gastos que en los primeros años debe soportar la empresa privada para ejecutar la infraestructura y poner en marcha el servicio deben poder ser contablemente periodificados a lo largo del periodo concesional. El proyecto de armonización contable europea tal y como se está planteando hace inviable el proceso concesional. La experiencia contable española, con el tratamiento que se está aplicando a las concesiones nuevas podría ser un ejemplo a tener en consideración si se quiere acudir a formas de colaboración público/privada en proyectos de construcción y de servicios en el marco de la Unión Europea.

5. Clarificar de forma significativa las normas de competencia entre entidades públicas o semipúblicas y entidades privadas

5.1 Las sociedades mixtas reciben a menudo de forma directa concesiones y derechos especiales o exclusivos que en determinados casos pueden ampliar su ámbito de actividad fuera de su zona de creación mediante una simple modificación de los estatutos. A veces, el resultado es (cuando existe) el falseamiento de la competencia. En estos casos, deben llevar una contabilidad separada, con el fin de poder comprobar que no practican subvenciones cruzadas que supongan un falseamiento de la competencia.

5.2 *El CESE recomienda que las normas se clarifiquen como se expone a continuación*

5.2.1 Antes de constituir una entidad mixta, la autoridad competente deberá tener en cuenta las posibilidades de competencia del mercado y adoptar la solución más adecuada.

5.2.2 En pro de la transparencia y la eficacia, el procedimiento de creación de entidades mixtas debe anunciarse antes de publicar la licitación y debe invitarse claramente a todos los competidores privados que intervienen a –si procede– participar en la creación de sociedades semipúblicas. Por último, la apertura a la competencia de una nueva prestación por parte

de una autoridad pública mediante una sociedad mixta local debe cumplir los siguientes principios:

- obligar a la entidad mixta, en el caso de que salga de su territorio de origen, a llevar una contabilidad separada, con el fin de poder comprobar que no practica subvenciones cruzadas que supongan un falseamiento de la competencia;
- ajustarse a los procedimientos comunitarios, incluidos los relativos a las ayudas estatales;
- controlar las condiciones equitativas de competencia respecto del sector privado (fiscalidad y costes de funcionamiento de la empresa mixta).

6. Conclusiones

El CESE considera que muchos Estados miembros están dotándose de una legislación específica sobre la CPP y que, de acuerdo con las experiencias en curso, es preferible:

- dejar que la CPP evolucione con diversas formas durante varios años;
- pedir a los Estados miembros que comuniquen de forma sistemática los distintos tipos de CPP y las dificultades existentes (ventajas e inconvenientes respecto de las formas tradicionales);
- crear un observatorio de la evolución de la CPP con representantes de los Estados miembros, la Comisión y la sociedad civil, incluido el CESE (para evaluar las experiencias teniendo en cuenta diferentes criterios, como costes, acceso a los servicios, repercusiones en el empleo, competitividad, medio ambiente, etc.);
- destacar que los umbrales europeos de publicidad (de obras y servicios) se aplican a la CPP y las concesiones; cuando no se alcancen estos umbrales europeos, cada Estado miembro aplicará sus normas para evitar cargas administrativas inútiles;
- publicar una comunicación interpretativa antes de 2007 que precise:
 - la definición de las concesiones y la CPP,
 - la posición de competencia de las entidades mixtas o semipúblicas,
 - el diálogo competitivo y el procedimiento de publicidad,
 - el procedimiento del «promotor» que favorece la innovación,
 - la pertinencia de las ayudas estatales para las entidades mixtas o semipúblicas.

Bruselas, 27 de octubre de 2004.

La Presidenta
del Comité Económico y Social Europeo
Anne-Marie SIGMUND