

EL NUEVO CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO EN LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

ALFONSO PEÑA OCHOA

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.— II. EL CONCEPTO COMUNITARIO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.— III. LA PRÁCTICA ESPAÑOLA ANTES DE LA REGULACIÓN EN LA LCSP.— IV. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO EN LA LCSP.— V. ACTUACIONES PREPARATORIAS DE LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO.— VI. EL PROGRAMA FUNCIONAL.— VII. EL CLAUSULADO DEL CONTRATO: 1. Identificación de las prestaciones principales que constituyen su objeto, que condicionarán el régimen sustantivo aplicable al contrato, de conformidad con lo previsto en la letra m) de este artículo y en el artículo 289. 2. Condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones. 3. Objetivos de rendimiento asignados al contratista, particularmente en lo que concierne a la calidad de las prestaciones de los servicios, la calidad de las obras y suministros y las condiciones en que son puestas a disposición de la Administración. 4. Remuneración del contratista, que deberá desglosar las bases y criterios para el cálculo de los costes de inversión, de funcionamiento y de financiación y en su caso, de los ingresos que el contratista pueda obtener de la explotación de las obras o equipos en caso de que sea autorizada y compatible con la cobertura de las necesidades de la Administración. 5. Causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo del periodo de ejecución del contrato.— VIII. EL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN.— IX. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Hablar del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, cuyo régimen jurídico se establece en la Ley española de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007), es difícil sin describir previamente el concepto comunitario de colaboración público-privada (*Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*). En este artículo se examina el régimen jurídico de estos contratos, la experiencia previa en España y el tratamiento de estos contratos en las Cuentas Nacionales.

Palabras clave: colaboración jurídico-privada; riesgo de construcción; riesgo de demanda; riesgo de disponibilidad; valor por precio; evaluación.

ABSTRACT: To talk about contract of public-private partnership, whose legal regime is established in the Law of 30 de october de 2007 on Public Contracts, it's difficult without task describing the community concept o public-private partnerships (Green Paper on public-private partnerships and community law on Publics contracts and concessions). This article provides a juridical perspective on the legal regime of the so called contracts of public-private partnerships, the Spanish experience and the accounting treatment in the nacional Accounts of the contracts undertaken by government units in the framework of partnerships with non-governmets units.

Key words: public-private partnerships; the construction risk; the demand risk; the availability risk; value for money; evaluation.

I. ANTECEDENTES

Una destacada novedad de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, entre tantas otras pues la ley es pródiga en sorpresas tanto desde el punto de vista sustantivo como desde el formal, es la de haber incorporado a nuestro derecho público de contratos una nueva figura contractual, en forma de contrato típico, que se une a los cinco preexistentes de obra, suministros, servicios, gestión de servicios públicos y concesión de obra pública, bajo la extraña denominación de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, de la que parece deducirse que los contratos anteriormente citados no fueran exponentes de dicha colaboración, intrínseca en todo contrato en el que una parte sea una entidad pública y la otra un contratista privado.

El legislador no oculta que estos contratos (a los que se refiere en plural, no por su número sino por ser variados los objetos y las formas como se instrumentan) ya venían siendo usados por las Administraciones Públicas españolas aun antes de que decidiera su incorporación a la legislación contractual *tipificándolos*. Así lo expresa con claridad la exposición de motivos: «*Nominados únicamente en la práctica de la contratación pública, la Ley viene, finalmente, a tipificar normativamente los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, como nuevas figuras contractuales que podrán utilizarse para la obtención de prestaciones complejas o afectadas de una cierta indeterminación inicial, y cuya financiación puede ser asumida, en un principio, por el operador privado, mientras que el precio a pagar por la Administración podrá acompasarse a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyen su objeto*».

En esa práctica, el concepto de colaboración público-privada ha dado cobertura a realidades muy diversas, que se han manifestado bajo distintas formulas contractuales y que, en ocasiones, incluso han precisado de solucio-

nes organizativas ad hoc, generalmente la constitución de una empresa, para el cumplimiento del objeto del contrato (1) (las denominadas fórmulas de colaboración contractuales e institucionales).

Esta configuración abierta de los contratos de colaboración en la práctica española está alineada con la noción amplia que sobre estos contratos existe en el mundo, y singularmente en Europa, donde este es un concepto en el que caben todos los casos de colaboración entre el sector público y el privado, instrumentada a través de un contrato de larga duración —generalmente, más de veinte años— en el que el sector público se compromete a comprar una serie de servicios, entre los que se incluye la construcción, el mantenimiento y la reposición de las infraestructuras, que son suministrados por el socio privado en unas condiciones de cantidad y calidad prefijadas en el contrato, y, además, el privado aporta la financiación y asume los riesgos de construcción y el de demanda o el de disponibilidad.

II. EL CONCEPTO COMUNITARIO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

En el ámbito comunitario (2), el concepto ha sido objeto de estudio en el *Libro Verde de la Comisión sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de 30 de abril de 2004*, en la subsiguiente *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de*

(1) Sobre el concepto de colaboración público-privada véase el trabajo de Luis Míguez Macho en *Revista de Administración Pública*, num. 175, «Las formas de colaboración público-privada en el derecho español». Opina este autor que dicho concepto es más amplio que el se deduce de la figura contractual que estamos analizando y, para fundamentar su criterio, realiza un exhaustivo repaso de las distintas figuras contractuales y su aptitud para albergar contratos de CPP: «La Unión Europea ha empezado a utilizar una terminología hasta ahora ajena a nuestro lenguaje jurídico, la de «colaboración público-privada», que, si bien por el momento no ha trascendido del plano de los documentos de trabajo al plano normativo, no puede ser pasada por alto, porque suscita importantes cuestiones que afectan al núcleo mismo de diversas instituciones jurídicas que en el Derecho español responden a categorizaciones distintas y a veces bastante heterogéneas entre sí. No se trata sólo, conviene aclararlo desde el principio, de analizar las nuevas figuras contractuales que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, trata de regular bajo la denominación común de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y que ya cuentan con estudios pioneros en la doctrina administrativista española, sino de preguntarse desde una perspectiva más global qué instituciones de nuestro Derecho se ven concernidas por la reflexión comunitaria sobre la colaboración público-privada y qué consecuencias puede traer para ellas».

(2) Sobre el concepto comunitario de CPP, además del trabajo citado, ver Carmen CHINCHILLA MARÍN, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 132, 2006, «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado».

las Regiones sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones de 15 de noviembre de 2006, en la que se contiene la posición legislativa de la Comisión de no dictar legislación comunitaria específica reguladora de los contratos de colaboración, en contra justo del designio del legislador español de proceder a la regulación tipificada de este contrato, y, recientemente, en la importante *Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPPI)*, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, de 12 de abril de 2008. Por su parte, EUROSTAT emitió su trascendental *nota de prensa 18/2004, de 11 de febrero (3)*, sobre *tratamiento en las cuentas nacionales de las Asociaciones Público-Privadas*, en la que se contiene la interpretación auténtica de la Comisión Europea, a través de su oficina estadística (4), para determinar en este tipo de relaciones dónde deben computarse los activos sobre los que se prestan los servicios y la financiación precisa para construirlos y mantenerlos, sí en las cuentas de la Administración cuyas necesidades se cubren con el contrato o en las del contratista o socio privado. En esta decisión se concreta la doctrina de la transferencia de riesgos al socio privado, como criterio determinante para no consolidar el coste, ni la financiación, de la adquisición o construcción de los bienes en las cuentas públicas, sobre las que más tarde volveremos.

(3) *News Release 18/2004*

New decision of Eurostat on deficit and debt.

Treatment of public-private partnerships.

«Eurostat, the Statistical Office of the European Communities, has taken a decision on the accounting treatment in national accounts of contracts undertaken by government units in the framework of partnerships with non-government units. The decision specifies the impact on government deficit/surplus and debt. It results from work undertaken in 2003 in cooperation with experts from European countries and different international bodies.

The decision is in line with the European System of Accounts (ESA95), and is consistent with the opinion of the Committee on Monetary, Financial and Balance of Payments Statistics (CMFB), as described in the annex.

Eurostat recommends that the assets involved in a public-private partnership should be classified as nongovernment assets, and therefore recorded off balance sheet for government, if both of the following conditions are met:

1. the private partner bears the construction risk, and
2. the private partner bears at least one of either availability or demand risk.»

(4) La Oficina Estadística de la Comisión es el organismo comunitario al que el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio, relativo al sistema de cuentas nacionales y regionales, atribuye la supervisión de las cuentas nacionales de los estados miembros, y de los contratos y operaciones que se incluyen en las mismas, a fin de garantizar la aplicación de criterios contables uniformes en toda la Comunidad (el sistema contable conocido como SEC-95). Además, este mismo organismo estadístico es el encargado del seguimiento y verificación del cumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento por parte de los estados miembros.

En este ámbito comunitario, la colaboración público-privada se refiere, en general, «a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y privadas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio» Como, acertadamente, resume Carmen Chinchilla Marín, el concepto de colaboración público-privada, que carece de definición normativa en el Derecho comunitario, se refiere a una relación, que puede ser contractual o institucional, entre una Administración y un «socio» privado, relativamente larga en el tiempo, en la que el socio público se limita a definir los objetivos a alcanzar, la calidad de los servicios propuestos y la política de precios y a garantizar el cumplimiento de dichos objetivos y el socio privado aporta la financiación, que puede ser completada por el socio público, y todas o alguna de estas prestaciones: diseño, realización o ejecución y asume riesgos que habitualmente soporta el sector público. En la noción comunitaria de colaboración público-privada de tipo puramente contractual se engloban combinaciones diversas, entre las que ocupa una posición preferente el que la Comisión denomina *modelo concesional*.

Conviene que recordemos para quienes no estuvieran familiarizados con la noción comunitaria de concesión —que ya comenzó a delimitarse en la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario, de 29 de abril de 2000— que la «concesión comunitaria» se caracteriza por un vínculo directo entre el contratista (socio privado) y el usuario final, que significa que el socio privado presta un servicio directamente a la población «en lugar de» el socio público, aunque bajo su control, remunerándose mediante cánones abonados por los usuarios, que pueden complementarse con subvenciones de la Administración titular del servicio. Este concepto tiene una interpretación restrictiva, en el sentido de que la Comisión no considera asimilables a la noción de concesión los contratos que tienen esta denominación en los ordenamientos nacionales pero no cumplen estrictamente este criterio de vinculación directa. En particular, por lo que hace al caso de España, la restricción afecta a los contratos de gestión de servicios públicos (las denominadas concesiones de servicios) y de concesión de obra pública. El tema no es secundario para las autoridades comunitarias, pues de la catalogación del contrato en uno u otro concepto resultará la legislación aplicable a la adjudicación. En este terreno, la Comisión sostiene en el Libro Verde que la adjudicación de las denominadas concesiones comunitarias carece de regulación comunitaria, excepto las disposiciones relativas a obligaciones de carácter general de servicio público que no implican coordinación de los ordenamientos nacionales. Quiere esto decir que los Estados miembros disponen de la más amplia cobertura para la adjudicación, solo restringida por el respeto a los principios del Tratado de transparencia, igualdad de trato, proporciona-

lidad y reconocimiento mutuo. Por el contrario, se interpreta por la Comisión que la adjudicación de los contratos de colaboración público-privada de obras o servicios que no adopten forma concesional pura deberá ajustarse a las normas comunitarias sobre publicidad y participación de los *contratos públicos*, por lo que serán aplicables los procedimientos abierto y restringido y, excepcionalmente, el negociado y el de diálogo competitivo, para la selección del socio privado. Por si quedaran dudas, en el Libro verde se aclara que este régimen de adjudicación de los contratos públicos es el aplicable a los contratos de colaboración público-privada organizados bajo modelos PFI (Private finance initiative) para gestionar infraestructuras para las Administraciones Públicas, caracterizados por que la remuneración al socio privado no consiste en cánones por el uso de la infraestructura abonados por los usuarios, sino que estos se sustituyen por pagos periódicos de la Administración contratante, fijos o no en función de la disponibilidad de las obras o servicios o de su frecuencia. La Comisión incluye en este epígrafe, expresamente, el caso de los *peajes sombra* o virtuales utilizados en proyectos de autopistas en el Reino Unido, Portugal, España y Finlandia. En nuestro ámbito nacional, está generalizada la expresión de que este tipo de contratos de CPP son de corte concesional, al embridarse en el régimen previsto en la legislación española para el contrato de concesión de obra pública, aunque debe quedar claro que no responden a las características de la concesión comunitaria y que, por tanto, de esa forma de denominarlos de acuerdo con el derecho interno no se puede extraer ninguna conclusión en cuanto al procedimiento para su adjudicación, que siempre será uno aplicable a los contratos públicos.

III. LA PRÁCTICA ESPAÑOLA ANTES DE LA REGULACIÓN EN LA LCSP

Dejando fuera del análisis los contratos de gestión de servicios públicos y las concesiones de la Ley 8/1972, sobre construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión (5), que sin duda constituyen formas de colaboración público-privadas pero que no entran en el concepto de CPP, pues este se restringe a los supuestos en que el socio público compra un servicio (es decir, que es la Administración la que paga el precio) al socio privado, podemos señalar el año 1996 como el del inicio de un período de reformas de legislación pública española para incorporar mode-

(5) Aún podríamos remontarnos más si tomamos en consideración nuestro derecho concesional histórico, desarrollado bajo la larga vigencia de la venerable Ley de Obras Públicas de 1877 que permitió ejecutar, bajo formulaciones típicas de colaboración público-privada, entre otras, las infraestructuras básicas de la red nacional de transporte ferroviario. Ya en el anterior siglo, en el ámbito de la red de carreteras, se regularon las primeras concesiones a través de la Ley sobre construcción por particulares de carreteras de peaje de 1956, a la que siguió la Ley 55/ 1960.

los contractuales que permiten albergar relaciones entre el sector público y el sector privado calificables como CPP. El primer paso consistió en incorporar a nuestro derecho positivo el contrato de obra bajo modalidad de abono total del precio, que la doctrina mayoritaria considera una modalidad contractual de CPP en la medida de que es el socio privado el que asume no solo la ejecución de la obra sino también su financiación inicial, cuya recuperación puede diferirse hasta diez años desde la fecha de recepción del contrato, cumpliéndose así, también, el requisito de contrato de larga duración en el que el privado asume la financiación y construcción (6). Vino después la regulación del contrato de servicios de gestión de autovías, introducido por el artículo 60 de la Ley 55/1999, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que, pese a su calificación como contrato de servicios, incorporaba entre sus posibles objetos prestaciones que tradicionalmente se subsuían en el contrato de obras, como las relativas a la reparación inicial de la infraestructura sobre la que se presta el servicio e, incluso, las actuaciones de reposición y gran reparación posteriores, lo que da idea de contrato con plúrimas prestaciones o complejo, característica esta que siempre acompaña al CPP. Posteriormente, en el año 2003 se reguló el contrato de concesión de obra pública, en el que quedó absorbido el contrato de servicios al que acabamos de referirnos, que, como novedad, incorporaba la posibilidad de que la retribución al concesionario se abonara directamente por la Administración en sustitución de los usuarios (los denominados peajes o tarifas en la sombra) lo que, junto con otras especialidades del contrato relativas a la financiación de la obra y el derecho a su explotación por el concesionario, configura intrínsecamente una relación de colaboración público-privada. Finalmente, en 2007 se procede a incorporar a la LCSP el contrato que ahora analizamos.

Con este entorno legal, antes de la regulación del contrato en la LCSP, se produce en España un aluvión de contratos CPP. Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos citar una lista de proyectos que creemos que inició la Región de Murcia con la autopista RM-15 Alcantarilla-Caravaca de la Cruz, construida al amparo de la Ley 4/1997, de Construcción y Explotación de Infraestructuras, siguió Madrid con la construcción de la autopista M-45 y la ampliación de la red de metro (caso MINTRA). Más tarde Navarra construyó la

(6) Como recuerda Mariano PUERTA CELA en su artículo «Aspectos presupuestarios de la colaboración público-privada», en *Presupuesto y gasto público* 45/2006, esta forma de colaboración para el desarrollo de infraestructuras no ha sido precisamente residual. Las autorizaciones a los Ministerios de Fomento y Medio Ambiente para la contratación de obras bajo esta modalidad contractual ascendieron a 7.300 millones de euros en el periodo 1997/2005, habiéndose autorizado en el Plan Extraordinario de Carreteras 2005-2008 un nuevo paquete de obras por importe de 2.500 millones. A título simplemente comparativo, recuerdo que el Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón para 2008 asciende a 5.500 millones de euros.

autovía del Camino Pamplona-Logroño, bajo un modelo de contrato concesional encastrado en la regulación foral del año 2001 específica para la concesión de esta obra pública con canon por el uso de la infraestructura a cargo de la Administración navarra, que incorpora todas las características CPP. Pero como, con toda precisión, señala el Libro Verde, no solo se han prodigado estos contratos en el ámbito de las infraestructuras del transporte (carreteras, puentes y túneles); también han tenido amplia utilización en contratos de construcción y explotación de infraestructuras en los sectores de la sanidad pública (hospitales y centros de salud), la educación (edificios para guarderías, colegios y universidades), la seguridad pública (comisarías y establecimientos penitenciarios), la defensa (acuartelamientos y equipamiento militar), justicia (sedes judiciales), los servicios sociales (residencias y centros de día), los servicios culturales (museos y bibliotecas) y el medio ambiente (saneamiento de aguas residuales). Pues bien, en todos esos ámbitos existen abundantes referencias de contratos bajo formulas CPP en las Administraciones Públicas españolas: construcción de siete hospitales en la Comunidad de Madrid, Hospital General de Oviedo, el de Palma, Ciudad de la Justicia de la Comunidad de Madrid, instalaciones de depuración de aguas residuales del Plan especial de depuración de Aragón y todos los programas de construcción y puesta a disposición de las distintas Administraciones de edificios y equipamientos, estructurados en torno al concepto del arrendamiento operativo y otros contratos reales y patrimoniales.

Esta es la realidad sobre la que se pretende que actúe la regulación del nuevo contrato, si atendemos al mandato (7) que desencadenó su incorporación en la LCSP que se contiene dentro del *Acuerdo del Consejo de Ministros, de 25 de febrero de 2005, por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso a la productividad*, en el apartado correspondiente a la mejora de la regulación y de la labor de la Administración entre las medidas previstas para la mejora de la contratación pública.

(7) «Cuadragésimo cuarto. Mandato al Ministerio de Economía y Hacienda para que en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transpondrán las nuevas directivas en materia de contratación, se incluya una regulación de los contratos de colaboración público-privados.

El Ministerio de Economía y Hacienda incorporará en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público por el que se transpondrá la Directiva 2004/18/CE, además de las normas necesarias para la completa y correcta transposición de la directiva al derecho interno, una regulación de los contratos de colaboración entre el sector público y el privado, para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, así como los mecanismos legales adecuados que permitan identificar la proposición más ventajosa presentada por los licitadores a fin de garantizar la obtención del mayor valor posible como contrapartida a los recursos financieros aplicados al contrato».

IV. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO EN LA LCSP

El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado se define en el artículo 11 de la LCSP. En nuestra opinión, se trata de un contrato distinto al resto de los típicos, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 120 a) y 289 de la LCSP, que reenvían a las normas especiales del contrato con cuyo objeto se corresponda la prestación principal, aunque hay opiniones discrepantes que entienden que el contrato de colaboración siempre será otro contrato al que se le incluirán cláusulas especiales en aquellos aspectos que permite la Ley.

Por contra, entendemos que el contrato típico de colaboración trata de cubrir un vacío legal; no creemos que consista simplemente en un contrato de obras, de servicios o de concesión al que se puedan añadir aspectos específicos de la financiación de las obras y servicios, pues estas materias ya estaban perfectamente cubiertas en la práctica española desarrollada bajo la vigencia del TRLCAP. Encontramos que el nuevo contrato tiene perfiles propios que hay que destilar e identificar para conseguir que esta figura se aplique, como parece ser la voluntad del legislador al regularlo, cuando se den los requisitos delimitadores que lo definen y diferencian del resto de los contratos.

De acuerdo con este planteamiento, debemos tener en cuenta que en este contrato las partes son una Administración Pública (restricción sobre la que luego volveremos para analizar si puede otorgarse este contrato por entidades del sector público que no tengan la consideración de Administración) y una entidad de derecho privado (incluso si esta pertenece al sector público). La duración del contrato, que más tarde se limita en el artículo 290, se determina en función de la amortización de las inversiones y, en cuanto al objeto del contrato, observamos que la Ley incluye en su perímetro objetivo prestaciones distintas o más complejas que las previstas en el resto de contratos típicos (8). Así, se habla de «*actuación global o integral*» (ya dijimos que el socio

(8) Artículo 11. *Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.*

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

- a. La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
- b. La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
- c. La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específica.

privado participa en el diseño de la operación, la construcción y gestión, lo que da idea del «importante papel del operador económico») que incluya además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros, alguna de estas prestaciones: la construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión; la gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas; la fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado u otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.

Estas prestaciones son todas ellas subsumibles en los distintos contratos típicos preexistentes de obras, concesión de obra pública, suministros y servicios, si bien en el contrato de colaboración generalmente podrán fusionarse sin las limitaciones que establece el artículo 25 de LCSP. Por lo demás, estas prestaciones para incluirse correctamente dentro del tipo contractual del nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado deben requerir como elemento diferenciador, en todo caso, los requisitos de participación del socio privado en el contrato desde su propia configuración jurídica y económica, además de la financiación que siempre debe recaer en el socio privado, extremo este que es determinante aunque no exclusivo del contrato de colaboración, pues también concurre en el contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio y en la concesión de obra pública.

Frente a este último contrato, en el que la contraprestación puede consistir en el derecho a explotar la obra, debe tenerse en cuenta que otra característica constitutiva de la configuración del contrato de colaboración en nuestra Ley es la que recoge el artículo 11.4 al establecer que la contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá siempre en un precio que

mente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.

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

2. Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas.

3. El contratista colaborador de la Administración puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos.

4. La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento.

se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento.

Por último, en estos contratos siempre debe darse un requisito negativo, que es el que se contiene en el artículo 11.2 de LCSP, consistente en acreditar que no existen fórmulas alternativas para satisfacer las necesidades de la Administración dentro de los contratos típicos tradicionales, condición que debe operar como importante limitación a la utilización indiscriminada de estos contratos, reservados para objetos de gran envergadura y complejidad.

Por tanto, creemos que desde la entrada en vigor de la LCSP ya no podremos llamar CPP a una simple concesión, a un contrato de abono total, o a un contrato de gestión de servicios. Tendrá que tener algo más el contrato, en forma de múltiples prestaciones, participación del socio privado en las distintas fases, transferencia de riesgos, etc. Inversamente, sostenemos que en el nuevo marco legal no cabrá forzar la estructura de otros contratos típicos para incluir cláusulas que solo caben en un contrato de CPP, particularmente las relativas a los riesgos y a la contraprestación a cargo de la Administración, como durante la vigencia del TRLCAP ha ocurrido, utilizándose indebidamente el contrato de concesión en supuestos en los que no existía posibilidad de explotación económica.

En el artículo 11 de la Ley caben, pues, prácticamente todos los objetos. Si a esto sumamos, además, que el contrato se configura de forma «flexible» en la LCSP con una constelación de excepciones a lo largo de su articulado (9), el resultado es, como expresa Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, un

(9) Alberto Valdivielso Cañas enumera las siguientes en «El marco legal de la colaboración público-privada en el proyecto de ley de contratos del sector público», en *Presupuesto y gasto público* 45/2006:

EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA.

Artículo 199. Principio de riesgo y ventura. La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 214, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

EXCEPCIÓN A LA PROHIBICIÓN DE PAGO APLAZADO.

El artículo 75.7 de LCSP admite, frente a la prohibición general de pago aplazado, aplazar el precio en los contratos de suministro bajo la modalidad de arrendamiento financiero y en los casos en que la Ley lo establezca como sucede con el contrato de colaboración en el que la contraprestación toma forma de pago diferido periodificado a lo largo de la vida del contrato (durante toda la duración del contrato dice exactamente el artículo 11.4) y queda vinculada al rendimiento. Además el artículo 75.5 LCSP admite que, excepcionalmente, pueden celebrarse contratos con precios provisionales cuando, tras la tramitación de un procedimiento negociado o de un diálogo competitivo, se ponga de manifiesto que la ejecución del contrato debe comenzar antes de que la determinación del precio sea posible por la complejidad de las prestaciones o la necesidad de utilizar una técnica nueva, o que no existe información sobre los costes de prestaciones análogas y sobre los elementos técnicos o contables que permitan negociar con precisión un precio cierto, supuesto

objeto del contrato totalmente abierto, con el objetivo de permitir cualquier tipo de prestación por parte del contratista; la regulación de estos contratos en la Ley es considerada por este autor un *modelo para armar*, definición tan afortunada que se ha abierto hueco entre la mejor doctrina científica, que la ha asumido como propia.

Por último, recordamos que el contrato, de acuerdo con el artículo 11 LCSP solo pueden otorgarlo las Administraciones Públicas, tiene siempre carácter administrativo según el artículo 19 (10), por lo que en los casos en que la colaboración se articule sobre la base de un contrato patrimonial no podrá invocarse la exclusión vía artículo 4 LCSP, y esta sujeto a regulación armonizada (11), independientemente de su cuantía, aun cuando no está regulado

que puede concurrir en los contratos de colaboración cuya adjudicación se efectúa por procedimiento o de diálogo competitivo.

Por último, el artículo 11.3 habilita al contratista, en una nueva manifestación del importante papel que asume el socio privado en el contrato, a dirigir las obras necesarias y a realizar, total o parcialmente, los proyectos necesarios para su ejecución.

Por su parte, Carmen CHINCHILLA MARÍN, en la obra citada, deja apuntada una importante incertidumbre en relación con el alcance del artículo 120 de la LCSP, en el sentido de si esos aspectos a los que se refiere el artículo que deben formar parte del contenido necesario del contrato (subcontratación, cesión, prerrogativas y condiciones de ejecución, modificación y extinción) pueden desarrollarse singularmente en cada contrato, estableciéndose así excepciones caso por caso al régimen jurídico aplicable al contrato, que no es otro que aquel que corresponda al contrato con el que se identifique la prestación principal o, por el contrario ese régimen es de Derecho necesario. Somos de la opinión de que la instrucción del artículo 120 de fijar necesariamente estas cláusulas en el contrato comporta la habilitación a que las partes las definan de forma alternativa a las previsiones legales sobre estas materias en los distintos tipos contractuales, es decir, que en estas importantes materias la LCSP permite derogaciones singulares del régimen general para el contrato de colaboración.

(10) Artículo 19. *Contratos administrativos.*

1. Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública:

Los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. No obstante, los contratos de servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo no tendrán carácter administrativo.

2. Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas.

(11) Artículo 13.1. Son contratos sujetos a una regulación armonizada los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en todo caso, y los contratos de obras, los de concesión de obras públicas, los de suministro, y los de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II, cuyo valor estimado, calculado conforme a las reglas que se establecen en el artículo 76, sea igual o superior a las cuantías que se indican en los artículos siguientes, siempre

en la Directiva 2004/18. Valdivielso Cañas entiende que la consideración de estos contratos siempre como administrativos vía artículo 19 trata de evitar, precisamente, que por aplicación de la regla de absorción del artículo 12 pudiera darse el caso tener que clasificarlos como privados cuando la prestación de mayor importancia fuera de naturaleza patrimonial o de servicios financieros, por exceder su cuantía económica de la prestación que se pretende obtener. Aunque no compartimos la argumentación, pues el artículo 12 se refiere a los contratos mixtos por comprender prestaciones de varios contratos públicos, si estamos de acuerdo en que el artículo 19 aporta una solución discutible pero práctica, frente a los problemas que da la aplicación de las reglas de absorción y complementariedad de los artículos 4.1 p) y 25.2 en los contratos mixtos privados y públicos, como, por ejemplo, sucede con la calificación del contrato de permuta de obra por aprovechamientos urbanísticos.

Por último en este punto, pese al carácter administrativo del contrato, se ha discutido sobre la posibilidad de que esta figura pudiera utilizarse por entidades públicas que no tengan la consideración de Administración Pública. En concreto, se ha planteado controversia sobre el ámbito objetivo de la LCSP a raíz de la posición manifestada por la Abogacía del Estado en la Instrucción 1/2008 de entender que *«no pueden ser otorgados por entidades que no ostentan la condición de Administraciones Públicas los contratos de concesión de obra pública, colaboración entre el sector público y el sector privado y gestión de servicios públicos, que solo pueden ser otorgados por las Administraciones Públicas; así resulta, para el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, del artículo 11.1; para el contrato de gestión de servicios públicos, del artículo 8.1; y para el contrato de concesión de obra pública, a falta de indicación expresa en el artículo 7, de los artículos 223 a 249 de la LCSP»*.

Sólo compartimos la cualificada opinión del Servicio Jurídico del Estado respecto del contrato de gestión de servicios públicos, en el que parece clara la voluntad del legislador.

Sin embargo, en cuanto al contrato de concesión de obra pública (sujeto a armonización, como contrato de obras que es, en la regulación española) los preceptos citados no nos sirven para concluir que dicho contrato esté vedado a las entidades que no tengan la consideración de Administración Pública a los efectos de la LCSP, pues se ubican en un Libro, el IV de la Ley, íntegramente dedicado a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos ADMINISTRATIVOS, de lo que resulta completamente lógico que solo se

que la entidad contratante tenga el carácter de poder adjudicador. Tendrán también la consideración de contratos sujetos a una regulación armonizada los contratos subvencionados por estas entidades a los que se refiere el artículo 17.

invoque a las Administraciones Públicas en esta sede sin que de ello se pueda concluir que estos contratos no se puedan otorgar por entidades del sector público no administrativas.

Por lo que hace al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, dos datos nos hacen cuestionar la conclusión a la que llega la Abogacía del Estado. En primer lugar, conviene recordar que este contrato no se regula en la Directiva 2004/18 (recordamos que es una innovación de la legislación española que incorpora a nuestro Derecho esta modalidad contractual habitual en la práctica de algunos países comunitarios), no obstante lo cual el artículo 13 lo declara *«en todo caso, sujeto a regulación armonizada»*. ¿Qué sentido puede tener esta decisión legislativa, más allá de dotar a estos contratos de un determinado régimen de publicidad y de recursos, si no es armonizar la posible utilización de esta figura contractual por cualesquiera entidades pertenecientes al sector público? La armonización es la técnica legislativa por la que se trata de dotar de un régimen estable jurídico-público a un tipo contractual, independientemente de la naturaleza pública o privada de los sujetos que lo utilicen, siempre que tengan la consideración de ser poderes adjudicadores según el Derecho comunitario. Así pues, en el contrato de colaboración, declararlo sujeto a regulación armonizada parece abonar la tesis de su posible utilización por entidades no Administración.

En segundo término, es completamente ilustrativo de la voluntad del legislador el comentario que se desliza en el párrafo IV de la Exposición de Motivos, que por su interés reproducimos: *«el hecho de que se ponga el acento en la regulación de la contratación de las Administraciones Públicas, sometiéndola a disposiciones más detalladas que las que rigen para las entidades sujetas a la Ley que no tienen este carácter (sobre todo en lo que se refiere a la celebración de contratos no sujetos a regulación armonizada) no significa que éstas últimas no puedan hacer uso de determinadas técnicas de contratación o de figuras contractuales contempladas de modo expreso sólo en relación con aquéllas (subasta electrónica, contratos de colaboración o instrumentos para la racionalización de la contratación, por ejemplo) puesto que siempre será posible que sean incorporadas a las instrucciones internas de contratación que deben aprobar esas entidades o que se concluyan al amparo del principio de libertad de pactos»*.

Quienes defienden esta posibilidad, adicionalmente, argumentan que estas entidades no están vinculadas por la prohibición de pago aplazado que el artículo 75.7 de la LCSP contempla exclusivamente para los contratos de las Administraciones Públicas, ni por el principio de riesgo y ventura, que el artículo 199 configura como una prerrogativa igualmente propia de las Administraciones en los contratos administrativos, por lo que entienden que las entidades del sector público distintas de la Administraciones podrán

construir contratos de este tipo aunque desvestidos de las prerrogativas de la Administración.

Entendemos que la valoración conjunta de estos argumentos implica admitir la posibilidad de que el contrato armonizado de colaboración pueda ser utilizado por entidades no administrativas, si bien hubiera sido deseable que se hubieran cerrado sin fisuras al ámbito de la Administración.

V. ACTUACIONES PREPARATORIAS DE LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO

Debemos dedicar un espacio en este trabajo a las actuaciones preparatorias y el procedimiento de adjudicación de estos contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, que guardan importantes especialidades si los comparamos con las normas aplicables al resto de los contratos.

Ya vimos al analizar el artículo 11 de la LCSP en el que se define el contrato y sus características principales que una de ellas es que el órgano de contratación ha debido acreditar previamente a licitar un contrato de colaboración (a iniciar el expediente, dice exactamente la Ley) que no existen otras alternativas en los contratos públicos tradicionales para satisfacer las necesidades públicas. Para realizar esta comprobación, se establece un trámite específico (y más complejo que el documento de necesidades a satisfacer con el contrato previsto en el artículo 22, al que entendemos sustituye, según veremos al analizar la regulación legal del *programa funcional*) que es la elaboración del documento de evaluación previa, al que se refiere el artículo 118 de la LCSP. Este análisis consiste en comparar las distintas formas de contratación posibles para dar cobertura a las necesidades del órgano de contratación, para justificar la opción por el contrato de colaboración que solo podrá utilizarse cuando se obtenga con esta fórmula mayor valor por precio, por razones de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos.

Ya vimos que uno de los objetivos que movía al Gobierno al instar el desarrollo legislativo era, precisamente, el de obtener un mayor valor por precio en este tipo de contratos, y a este fin se introduce en la Ley este procedimiento de evaluación previa que resulta un poco extraño por no formar parte de nuestra tradición legislativa, aunque sea muy frecuente desde hace años en la práctica de nuestros socios comunitarios, especialmente en el Reino Unido, de la que se ha tomado la terminología. En definitiva, de lo que se trata es de justificar la decisión contractual en términos de *best value for money*. Como recuerda el Libro verde, es necesario determinar para cada proyecto si la

opción de la colaboración ofrece una plusvalía real en relación con las demás posibilidades, como la adjudicación más clásica de un contrato.

Julio GONZÁLEZ GARCÍA asimila la evaluación previa al análisis que en otros países con más tradición de evaluación «ex ante» de las inversiones públicas se denomina *Public Sector Comparator*, consistente en comparar los costes para la Administración de un proyecto cuando lo ejecuta un socio privado mediante una estructura CPP con todos los costes que deberá soportar esa misma Administración si fuera esta la que ejecutara el proyecto por medios tradicionales, aunque es verdad que apreciamos diferencias en el caso español que desmerecen sobre el desarrollo de estas técnicas en otros países. En particular, me refiero a que la Ley de Contratos sólo somete a evaluación previa las inversiones que se pretendan acometer por un órgano de contratación mediante un contrato de colaboración, pues es para esta opción contractual para la que la Ley exige una justificación. Por el contrario, la Ley no requiere un análisis comparativo que analice la mejor forma de acometer un proyecto por el sector público y las capacidades de la iniciativa privada para ejecutarlo cuando se articule a través de un contrato «clásico», por importante que este sea, como sucede en el Reino Unido, por ejemplo. No nos sirve como explicación la convicción de la Comisión de Expertos para la reforma de la Contratación Pública de que el *value for money* se obtiene directamente de la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia, pues entendemos que siempre sería conveniente realizar el análisis de la fórmula más eficiente para contratos costosos y complejos, se opte o no por el contrato de colaboración (12).

La LCSP atribuye la realización del análisis de evaluación previa a un órgano colegiado de expertos en la materia que, en el caso estatal, la propia Ley concreta que será la Mesa especial del diálogo competitivo prevista en el artículo 296 LCSP.

La Ley acaba permitiendo un análisis sucinto cuando concurren razones de urgencia no imputables a la Administración. El concepto de urgencia, que en este caso no despliega los efectos sobre los plazos de los distintos trámites que se establecen en el artículo 96 LCSP, nos parece poco compatible con un contrato complejo y de larga duración como es el de colaboración. Menos aún, que invocando urgencia la evaluación previa se convierta en una comparación superficial.

(12) Las herramientas inglesas se han desarrollado a lo largo de tres décadas desde que en 1882 se implantara el PFI con el objetivo de incorporar la experiencia de gestión y la financiación del sector privado en los proyectos del sector público. El sistema consiste en evaluar las opciones de financiación pública o privada de los contratos que se van a licitar; en el año 2000 se introduce la técnica *best value*, que da cobertura a los poderes adjudicadores para poder seleccionar ofertas más costosas si mejoran la eficiencia.

VI. EL PROGRAMA FUNCIONAL

El artículo 93 LCSP al regular el expediente de contratación establece, de acuerdo con una formulación ya tradicional, que al mismo se deben incorporar con carácter general el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas. Por excepción, en los contratos cuyo procedimiento de adjudicación sea el diálogo competitivo —entre los que se encuentran todos los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado— los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones se sustituyen por el documento descriptivo. En el caso particular de los contratos de colaboración, que, como decimos, de acuerdo con el artículo 164 LCSP siempre se adjudican por este procedimiento, en el documento descriptivo sustitutivo de los Pliegos se debe integrar el que se denomina en el artículo 119 *Programa funcional*. Lo elabora el órgano de contratación y contiene los elementos básicos sobre los que se va a dialogar con los contratistas (las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos, económicos y técnicos sobre los que se debe configurar el contrato y los criterios de adjudicación).

VII. EL CLAUSULADO DEL CONTRATO

Bien consciente el legislador de la complejidad de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en el artículo 120 fija una relación de materias sobre las que deben incluirse cláusulas específicas en el contrato —que desbordan las relativas al contenido mínimo previsto en el artículo 26, que también afecta al contrato de colaboración— que permitan identificar claramente las prestaciones, el régimen jurídico del contrato, el reparto de riesgos, las formas de remuneración al contratista y sus variaciones, las formulas de pago y compensación, las condiciones de modificación y resolución del contrato, el control que se reserva la Administración sobre la cesión total o parcial del contrato, el destino de las obras y equipamientos a la extinción del contrato y las garantías afectas al cumplimiento de las actuaciones.

Como consideramos que en el artículo 120 de la LCSP se contienen elementos importantes para la delimitación del contrato de colaboración, conviene que analicemos en detalle su contenido.

1. Identificación de las prestaciones principales que constituyen su objeto, que condicionarán el régimen sustantivo aplicable al contrato, de conformidad con lo previsto en la letra m) de este artículo y en el artículo 289

Esta cláusula de identificación de las prestaciones principales va a determinar el régimen jurídico aplicable al contrato y las prerrogativas de la Admi-

nistración y las condiciones de ejecución, modificación y extinción. Sobre su alcance, nos resultan muy interesantes las reflexiones de Carmen Chinchilla Marín en el sentido de que el criterio para determinar las prestaciones principales no es el del artículo 12 para los contratos mixtos (pese a que el contrato de colaboración, por definición, siempre tendrá este carácter), en el que se toma en consideración para la determinación de las normas aplicables la prestación más relevante desde el punto de vista económico, sino que su identificación se deja al arbitrio de las partes que, a través de la cláusula que analizamos, incorporarán la prestación principal y su identificación con uno de los contratos públicos, identificación de la que se seguirá el régimen jurídico aplicable al contrato.

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

Somos de la opinión de que, junto con la estructuración de la financiación, la posibilidad de un nuevo reparto de riesgos entre el operador privado y la Administración constituye la pieza dovela del recién estrenado contrato y el criterio que nos ayudará a distinguirlo de las otras formulaciones contractuales clásicas.

Ya vimos anteriormente que el artículo 199 solo admite la ejecución de los contratos administrativos a riesgo y ventura del contratista, con la única excepción de la habilitación que se confiere para repartir riesgos entre la Administración y el contratista en el contrato de colaboración. De acuerdo con este principio clásico de riesgo y ventura que se reedita en la Ley española de 2007, parecería que la regla general fuera la total transferencia de riesgos al contratista, excepto en el contrato de colaboración en que estos pueden repartirse en función de las capacidades de las partes para gestionarlos. No obstante lo anterior, la opinión es unánime al interpretar que tras el concepto «reparto de riesgos» lo que subyace es la transferencia al operador privado de riesgos que habitualmente soporta el sector público, por entender que desbordan el concepto de riesgo y ventura. Es decir, que la novedad del contrato es que permite atribuir al socio privado riesgos que hasta la fecha asumía la Administración.

La Comisión ha aclarado, en la decisión de Eurostat de 11 de febrero de 2004 que ya citamos, que para considerar que el socio privado asume la mayor parte del riesgo de construcción este deberá soportar las consecuen-

cias económicas derivadas de los retrasos en la entrega, o de cuando esta no se ajuste a las normas especificadas, de los incrementos de coste con relación a los inicialmente previstos y los derivados de efectos exteriores. En consecuencia, como acertadamente puntualiza Rosario Martínez Manzanedo (13), si el contrato prevé pagos de la Administración al operador privado antes de que finalice la construcción y puesta en servicio de la infraestructura, no incorpora sanciones efectivas por incumplimiento de las condiciones contractuales relativas a la construcción y no incluye cláusulas que impidan que los mayores costes de construcción se repercutan a la Administración o a los usuarios, habrá que interpretar que el riesgo de construcción quedará en el ámbito de la Administración, que lo soporta, sin que pueda entenderse transferido al socio privado, con los efectos que ya vimos que esto tiene en relación con el déficit y la deuda de la Administración titular del contrato.

En cuanto al riesgo de disponibilidad, este se refiere a las situaciones en las que el socio privado no está en condiciones de prestar los servicios establecidos en el contrato. Si se reducen significativamente, y de forma automática, los pagos que debe realizar la Administración (de tal modo que la minoración tenga un efecto importante sobre los ingresos y beneficios del socio, y no un carácter simbólico), se entenderá transferido el riesgo de disponibilidad.

Finalmente, el riesgo de demanda se refiere a los efectos que produce sobre el contrato la variación en la demanda de los servicios cuando esta acontece, con independencia de la gestión del socio privado, por razón del ciclo económico, por competencia de otras empresas o por razones tecnológicas, u otras externas. Si, en estos casos, la Administración está obligada a garantizar un nivel determinado de pagos al socio privado independientemente de la demanda real, podrá afirmarse que el riesgo de demanda lo asume la Administración. Es preciso recordar que, con frecuencia, en los contratos de colaboración bajo formato concesional, la retribución al contratista, en muchos casos, consiste en el pago por la Administración de un canon por la utilización de la infraestructura por los usuarios. De acuerdo con el análisis que estamos efectuando, este canon deberá calcularse en función del nivel efectivo de demanda, evitando tanto las cláusulas de pagos mínimos garantizados como las que limitan los beneficios del socio privado por mayor frecuentación, para que pueda entenderse transferido el riesgo de demanda.

(13) Rosario Martínez Manzanedo desarrolla un exhaustivo y solvente estudio de los criterios de Eurostat para el análisis del reparto de riesgos en «La contabilidad de la colaboración público-privada en el contexto del Sistema Europeo de Cuentas (SEC-95)», *Presupuesto y gasto público*, nº 45/2006.

3. Objetivos de rendimiento asignados al contratista, particularmente en lo que concierne a la calidad de las prestaciones de los servicios, la calidad de las obras y suministros y las condiciones en que son puestas a disposición de la Administración

Esta cláusula concreta los criterios de Eurostat sobre la transferencia del riesgo de disponibilidad, que hace referencia, también, a la calidad y las condiciones de disponibilidad de los servicios.

4. Remuneración del contratista, que deberá desglosar las bases y criterios para el cálculo de los costes de inversión, de funcionamiento y de financiación y en su caso, de los ingresos que el contratista pueda obtener de la explotación de las obras o equipos en caso de que sea autorizada y compatible con la cobertura de las necesidades de la Administración

Varios autores han encontrado en este apartado del artículo 120 otra nota diferencial entre el contrato de colaboración y la concesión, que se suman a las que ya conocíamos del reparto de riesgos, consustancial al contrato de colaboración y no abiertamente permitido en el contrato de concesión, y vinculación directa con el usuario. Ahora, las diferencias se refieren a la contraprestación, que en el contrato de colaboración siempre consiste en un precio que, residualmente, puede complementarse con los ingresos que pueda obtener de la explotación de las obras o equipos, cuando sea autorizada por ser compatible con las necesidades del servicio público. Este criterio se sitúa en las antípodas de la retribución al concesionario, que siempre consiste en el derecho a explotar la obra, complementado, en su caso, con aportaciones de la Administración cuando la explotación no resulte económicamente rentable.

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

Esta cláusula se orienta, una vez más, a concretar el reparto de riesgos, que debe producir el resultado, cuando estos se transfieran al socio privado, de repercutir automáticamente en la retribución cuando haya variaciones en la demanda o en la calidad y disponibilidad del servicio. Lo mismo cabe predicar de las menciones que se contienen en las letras f y h.

Por último, las previsiones de las letras g (subcontratación), i (modificación y resolución del contrato), j (cesión), k 9 (destino de las obras), l (garantías) y m (condiciones generales y especiales) permiten configurar cada contrato de colaboración con un régimen jurídico especial en estas importantes materias.

VIII. EL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN

Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado siempre se adjudican por procedimiento de diálogo competitivo, previsto en el artículo 164 para contratos particularmente complejos, cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o el del restringido no permita una adecuada adjudicación del contrato. La propia Ley aclara que se considerará que un contrato es particularmente complejo cuando el órgano de contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir, con arreglo a las letras b, c o d del apartado 3 del artículo 101, los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto, criterios en los que, sin duda, se ve reflejado el contrato de colaboración público-privada.

Viene al caso recordar que, aunque la Directiva 18/2004 no incluye en su ámbito objetivo el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado que ya sabemos que carece de regulación comunitaria, en su considerando 31 justifica el nuevo procedimiento de adjudicación mediante el diálogo competitivo en aquellos casos que los poderes adjudicadores ejecuten proyectos particularmente complejos en los que resulte objetivamente imposible definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones técnicas, financieras y jurídicas que puede ofrecer el mercado, circunstancias que reconoce concurren cuando se ejecuten importantes infraestructuras de transporte integrado, redes informáticas de gran tamaño o proyectos que requieran financiación compleja y estructurada cuyo montante económico nos es posible definir con antelación. Es decir, en el ámbito propio de los contratos de colaboración.

En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, entendemos que un aspecto accesorio como es el procedimiento de diálogo competitivo previsto para la adjudicación no puede arrastrar la definición última del contrato. La configuración final del contrato después del procedimiento del diálogo puede determinar que la prestación encaja nítidamente, sin excepciones, en otro contrato típico, por ejemplo, una concesión de obra pública. En estos casos, el contrato se adjudicaría como típico y perdería la condición de contrato de colaboración, sujetándose su ejecución, efectos y extinción íntegramente a las normas aplicables al contrato por naturaleza, sin los matices que permite el artículo 289.1 en el inciso final.

Por el contrario, al cierre del diálogo competitivo puede ocurrir que la propuesta contractual sea híbrida, típica en alguno de sus elementos, pero especial en cuanto fórmulas de pago, duración, reparto de riesgos, cesión del contrato, subcontratación, resolviéndose estos aspectos al margen de lo previsto para el resto de contratos típicos. En estos casos, el contrato se califi-

cará como CPP y deberá identificar, de acuerdo, como ya vimos, con el artículo 120 el tipo contractual de adscripción, que determinará las normas aplicables a los efectos, cumplimiento y extinción del contrato.

IX. CONCLUSIONES

La Ley de Contratos del Sector Público, para intentar dotar de mayor seguridad jurídica a las relaciones de colaboración entre el sector público y el sector privado que en los últimos años han proliferado en España y con la idea de dotar de mayor eficiencia a los grandes contratos, ha regulado como contrato público el de colaboración.

Del análisis que hemos efectuado sobre su regulación podemos concluir que el régimen resultante es confuso, pues el contrato se configura siempre por referencia a otro típico que además puede ser singularmente modificado en su régimen jurídico, escaso, pues en solo dos artículos dentro de un vasto cuerpo legal de más de trescientos se contiene el régimen jurídico aplicable a estos contratos, e incompleto, pues uno de los aspectos más importantes del contrato como es el de la estructuración de la financiación se aborda de forma transitoria, al mantenerse vigentes las disposiciones del Texto refundido de la LCAP relativas a la financiación de las concesiones hasta que se sustituyan por la nueva Ley prevista en la *disposición final décima de LCSP*, que regule las modalidades de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas o por los titulares de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como el régimen de garantías que puede aplicarse a dicha financiación.

La LCSP introduce restricciones, que debemos valorar positivamente para evitar el abuso de esta figura contractual que presenta importantes incertidumbres, pues siempre dará cobijo a contratos complejos, con mayores costes financieros que los contratos tradicionales, en los que los operadores privados asumen riesgos y decisiones sobre los servicios que hasta ahora correspondían en exclusiva a la Administración y en los que se puede producir una concentración y un cambio de especialización de los licitadores.