

LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA INSTITUCIONAL(*)(**)

MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY

SUMARIO: I. Introducción: 1. Colaboración y contratación: dos caras de una misma moneda. 2. El interés por colaboración público-privada en el plano europeo. Concepto y caracteres. 3. Tipología de colaboraciones público-privadas.– II. La colaboración entre el sector público y el sector privado en la LCSP: 1. Colaboración de tipo contractual. 2. Las escasas previsiones sobre colaboración de tipo institucional. Primer análisis de la regulación proyectada.– III. Marco jurídico de las operaciones de colaboración público-privada institucional. Su conexión con el Derecho europeo de contratos públicos y concesiones: 1. ¿Única o doble licitación?. 2. Procedimiento de adjudicación del contrato. 3. Elementos específicos del contrato relativos a la selección del socio privado. 4. Las condiciones de ejecución de la colaboración y la posibilidad de su modificación. 5. Las relaciones de la entidad mixta con terceros. IV.– Conclusiones. V.– Bibliografía.

RESUMEN: La colaboración público-privada institucionalizada consiste en la cooperación entre socios del sector público y del sector privado instrumentada a través de entidad de capital mixto. La aportación privada a la entidad de capital mixto consiste, además de la contribución al capital u otros activos, en la participación activa en la ejecución de los contratos y concesiones que le encomiende la entidad contratante.

Palabras clave: contratos públicos; colaboración público-privada institucionalizada; encargos a medios propios.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 2 de noviembre de 2010 y evaluado favorablemente para su publicación el 28 de noviembre de 2010.

(**) El presente trabajo se enmarca dentro de las actividades del Proyecto de investigación del MICINN sobre los «Nuevos escenarios de la contratación pública: urbanismo, contratación pública y cooperación intersubjetiva» (DER 2009-12116), y del Grupo de Investigación reconocido por el Gobierno de Aragón ADESTER (UZ S-62). En el mismo se recogen parte de las consideraciones realizadas en mi tesis doctoral, defendida el día 7 de julio de 2010 en la Facultad de Derecho de Zaragoza, sobre «El contrato de concesión de obras públicas. Depuración conceptual y distinción de figuras paraconcesionales».

ABSTRACT: Institutionalised public private partnership are understood as a co-operation between public and private parties involving the establishment of a mixed capital entity which performs public contracts or concessions. The private input to the Institutionalised public private partnership consists — apart from the contribution of capital or other assets — in the active participation in the operation of the contracts awarded to the public-private entity and/or the management of the public-private entity.

Key words: Public Procurement, institutionalised public private partnership, in house providing.

I. INTRODUCCIÓN

La colaboración entre el sector público y el sector privado es una expresión que está de moda en los últimos tiempos. No es, ni mucho menos, una expresión de nuevo cuño, ni sus manifestaciones desconocidas en muchos ámbitos de la actuación pública y administrativa. Pero quizá sea la escasez de recursos públicos, característica de los períodos de crisis como el que nos encontramos, lo que haya precipitado los debates sobre su significado y los ámbitos en los que, más que posible, resulta deseable esa colaboración, destacando, entre otros, la construcción de infraestructuras y la prestación de servicios públicos.

Pero a ese debate sobre la oportunidad de la colaboración de ambos sectores debe preceder, en nuestra opinión, el de su ordenación jurídica, cuestión que todavía no está del todo cerrada en estos momentos. Desplegar iniciativas de colaboración entre el sector público y el sector privado en un escenario sobre el que no existe suficiente seguridad jurídica las aboca, irremediabilmente, al fracaso más estrepitoso.

1. Colaboración y contratación: dos caras de una misma moneda

Por el momento, la regulación de las fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado trata de reconducirse al marco de la contratación pública y las concesiones (COBOS RUIZ DE ADANA, 2008, p. 26). Justifica tal circunstancia el hecho de que la colaboración entre ambos sectores se materializa, de ordinario, en la ejecución de una prestación típicamente contractual o concesional. Para el caso de que la colaboración

público-privada no tenga por objeto una prestación típicamente contractual, estará justificada la utilización de otras fórmulas de colaboración, como el convenio, excluidas del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratos públicos y concesiones (1).

Efectivamente, lo que en el fondo trasluce en toda operación de colaboración entre los sectores público y privado es la ejecución de un contrato público o una concesión, y ello con independencia del modo en que dicha operación se articule (2). Por eso, podemos decir que colaboración y contratación pueden considerarse, en definitiva, dos caras de una misma moneda.

Le existencia de una prestación típicamente contractual o concesional en toda operación de colaboración público privada determina que el Derecho aplicable a los contratos públicos y las concesiones proyecte su influencia sobre este tipo de operaciones, hasta el punto de que, como veremos, la prestación objetiva de la colaboración ejerce una *vis atractiva* en el aspecto procedimental sobre la prestación subjetiva (selección del socio privado).

La ejecución de las prestaciones que integran el contrato derivado de la colaboración no puede perderse de vista en ningún momento, y por eso la selección del socio privado para ejecutar dicho contrato no puede basarse exclusivamente en la calidad de su aporte en capital o de su experiencia, sino que hay que tener en cuenta las características de su oferta (la más ventajosa económicamente) relativas a las prestaciones específicas que ha de realizar. La colaboración del sector privado, si no se dispone de criterios claros y objetivos que permitan al poder adjudicador seleccionar la oferta más ventajosa económicamente, podría constituir una violación del Derecho en materia de contratación pública y concesiones.

(1) En este sentido, el art. 4 LCSP dispone en su apartado 1 letra d) la exclusión de su ámbito de aplicación de «los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales».

(2) Debemos avanzar ahora, sin perjuicio de su análisis posterior, que existen dos grandes modelos o formas de colaboración entre el sector público y el sector privado. Una primera, cuyo nexo de unión entre las partes es un contrato, y aquella otra en la que la colaboración se lleva a cabo en el seno de una entidad distintas de los socios privados y en la que, en la proporción que se establezca, participen ambos socios (entidad mixta). La primera se conoce como colaboración público-privada convencional o contractual, y la segunda, de tipo institucional.

Por ello interesa el examen de las normas sobre contratos públicos y concesiones que resultan aplicables a la etapa de selección del socio privado, por una parte, y al régimen que debe seguir el desarrollo (la ejecución) del acuerdo de colaboración, de otra.

2. El interés por colaboración público-privada en el plano europeo. Concepto y caracteres

Determinar la génesis del interés comunitario por la regulación de la colaboración entre el sector público y el sector privado no es una tarea fácil. Anticipamos que no existe todavía, y albergamos serias dudas de que pueda ser así en un futuro, un instrumento con fuerza normativa que aborde la ordenación de las relaciones de colaboración entre el sector público y el sector privado, sino que toda la *opinio* europea sobre el tema se recoge en instrumentos de enorme valor interpretativo, *soft law*, pero sin rango normativo (3).

Quizás pueda situarse la primera muestra de ese interés en el proceso de reflexión sobre la contratación pública iniciado con la publicación en 1996 del *Libro verde sobre la contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro*. En dicho texto, la Comisión manifestaba su disposición para fomentar la participación del sector privado en un ámbito concreto: la financiación de las redes transeuropeas de transporte, justificando su postura en la crucial importancia de la política de transporte para la competitividad general de la economía de la Unión y, a la vez, directa e indirectamente, para la creación de empleo. Entendió la Comisión en ese momento que las normas comunitarias en materia de contratos públicos facilitaban la participación del sector privado en las redes transeuropeas, sin necesidad de modificar el marco jurídico existente. No obstante esa suficiencia del marco jurídico, existía la predisposición para, en su caso, aclararlo, y eliminar cualesquiera trabas a la colaboración entre el sector público y el privado, anticipando algunos problemas que podía presentar el recurso a estas técnicas: la dificultad de garantizar una rentabilidad aceptable para el socio

(3) Sintomático de lo que exponemos es lo que dispone al respecto la Comisión en su *Comunicación al Parlamento, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* [COM (2005) 569 final], cuyo contenido abordaremos más adelante:

«La presente Comunicación no crea ninguna normativa nueva y refleja la interpretación que la Comisión hace del Tratado CE, las directivas sobre los contratos públicos y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). Hay que señalar que, en cualquier caso, la interpretación del Derecho comunitario corresponde, en último término, al TJCE».

privado así como el problema de los riesgos no comerciales vinculados al cambio de política de los poderes públicos (4).

En su posterior *Comunicación sobre la contratación pública en la Unión Europea* de 1998, la Comisión señalaba que los modos de financiación, o la decisión sobre gestión pública o privada de sus infraestructuras y servicios entraban en el ámbito de responsabilidad de los Estados miembros. Sin embargo, al mismo tiempo, manifestó la necesidad de definir un marco jurídico que permitiese el desarrollo de formas de asociación público-privadas, aclarando y simplificando sus condiciones de aplicación en *pro de* una mayor seguridad jurídica. Con vistas a ello, se proponía la elaboración de un documento interpretativo que explicitase y precisara las normas y principios aplicables a las concesiones, de un parte y, de otra, examinara las otras formas de asociación entre el sector público y el sector privado (5). Como a continuación se verá, la Comisión cumplió de manera inmediata con el primero de sus propósitos, posponiendo hasta 2004 el segundo de ellos, el relativo al estudio de las formas de asociación público-privada.

En 1999, el Proyecto de *Comunicación interpretativa sobre las concesiones en Derecho comunitario de contratos públicos* (Documento 1999/C 94/04) declaraba la intención de la Comisión de precisar el régimen jurídico aplicable a las concesiones y también a «otras formas de asociación entre los sectores público y privado que presentan semejanzas con las concesiones». A pesar de esta intención inicial, en el documento final, que recoge la *Comunicación interpretativa sobre las concesiones en el Dere-*

(4) La idea de la participación del sector privado en la financiación de las redes transeuropeas de transporte se retomó en la *Comunicación sobre Desarrollo de la red transeuropea de transporte: Financiaciones innovadoras Interoperabilidad del telepeaje* COM (2003) 132 final. En dicha Comunicación se presentaban las Asociaciones público-privadas como

«...un instrumento atractivo, en pleno auge en muchos sectores, ... útiles cuando la aportación privada permita maximizar los resultados y controlar mejor los costes en comparación con un proyecto similar gestionado por el sector público. Ahora bien, esta solución suele tener repercusiones en el terreno de los costes, que a menudo suelen ser superiores a los de una financiación íntegramente pública, a causa del coste de las transacciones y de los capitales, mayor para los inversores privados. No obstante, se indicaba, el recurso a las Asociaciones público-privadas no se puede presentar como una «solución milagro» para el sector público, agobiado por las presiones presupuestarias. La experiencia demuestra que una Asociación público-privada mal preparada puede dar lugar a costes muy elevados para el sector público».

(5) Con ello se determinaría en qué medida las normas sobre contratación pública podían constituir un marco jurídico adecuado para garantizar el respeto de las normas del Tratado, permitiendo al mismo tiempo el desarrollo de estas formas de cooperación para, en su caso, clarificar los textos existentes, e incluso a introducir modificaciones en los mismos.

cho comunitario de 2000, se eliminó toda otra referencia que no fuese la relativa al fenómeno concesional, dado que en el subsiguiente proceso de debate que se generó tras la publicación del Proyecto de Comunicación, se puso de manifiesto la variedad de fórmulas asociativas público-privadas y la imposibilidad de reducirlos a un catálogo cerrado de supuestos. Su regulación, en palabras de la propia Comisión, exigía una reflexión sobre las características comunes a estos fenómenos, que se trasladaba a un momento *pro futuro*, configurando la Comunicación interpretativa sobre las concesiones como el punto de partida de ese debate.

Para contribuir a ese debate, el Comité Económico y Social Europeo (CESE) publicó en 2001 un Dictamen sobre *El refuerzo del derecho de concesiones y de contratos de asociación entre los sectores público y privado* (Documento 2001/C 14/19) en el que, tras poner de manifiesto el tratamiento extremadamente dispar que ofrecían las legislaciones nacionales tanto a las concesiones como a los contratos de asociación público-privada, abogaba por el establecimiento, a nivel comunitario, de unos conceptos armonizados tanto de «concesión» como de «consorcio público-privado». La solución, a juicio del CESE, pasaba por la elaboración de una Directiva comunitaria que unificara el régimen jurídico aplicable a este tipo de contratos.

Aunque ya lo había anunciado en 2003, no es hasta el segundo trimestre de 2004 cuando la Comisión presenta un *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* [COM (2004) 327 final] (6). El Libro Verde nacía con la intención de generar un proceso de reflexión sobre

(6) Dicho Libro Verde se anunciaba en la Comunicación de 2003 antes citada sobre *Desarrollo de la red transeuropea de transporte: Financiaciones innovadoras Interoperabilidad del telepeaje*. Dicha iniciativa debía permitir a la Comisión evaluar la oportunidad de mejorar o completar el marco jurídico con el fin de permitir un mayor acceso de los operadores económicos a las diferentes operaciones de Asociación público-privada realizadas en la Unión Europea.

En la misma Comunicación se advertía no obstante de la necesidad de no subestimar determinadas limitaciones que aparecían en el proceso de regulación de las Asociaciones público-privadas:

- Las reticencias de determinados Estados miembros a impulsar las Asociaciones público-privadas;
- La duración cada vez más larga de las negociaciones, que constituye un elemento disuasivo;
- La suma necesaria para participar en una licitación está en relación con el tamaño y la complejidad del proyecto;
- La búsqueda de rentabilidad a corto plazo, cuando se trata en su mayoría de proyectos a largo, o muy largo, plazo;
- El contexto político, a menudo fluctuante, que genera incertidumbres que inciden en la rentabilidad del proyecto y pueden disuadir al inversor privado.

las fórmulas de colaboración entre los sectores público y privado. A partir de su publicación, la Comisión puso en marcha un proceso de consulta y debate sobre esta cuestión, dando la oportunidad de participar en el mismo a cuantos organismos y particulares estuviesen interesados (7). Interesa destacar ahora que en el Libro Verde de 2004 ya se establece una clasificación de las operaciones de colaboración entre el sector público y el sector privado, según la colaboración se base en vínculos exclusivamente convencionales (colaboraciones público-privadas contractuales), o bien impliquen la cooperación de ambos sectores en el seno de una entidad diferente (colaboraciones público-privadas institucionalizadas).

El debate sobre la colaboración público-privada a nivel europeo, una vez lanzado, se centró sobre todo en su definición y en las normas que habían de aplicarse cuando se decidiese encomendar una tarea a un tercero (RODRÍGUEZ VARELA, 2008, p. 91). Como contribuciones destacadas, podemos señalar las del Consejo Económico y Social Europeo (Dictamen núm. 1440/2004, de 27.10.2004.) y el Comité de las Regiones —CDR— (Documento 2005/C 71/05). Ambas Instituciones apreciaron la necesidad de profundizar en la definición de la colaboración público-privada. De una parte, porque, como señalaba el CDR, el concepto de colaboración público-privada era utilizado en una perspectiva bastante más amplia de lo que se pretendía inicialmente. De otra, porque —señalaba el CESE— resultaba necesario unificar la definición de los contratos de colaboración público-privada en los Estados miembros, habida cuenta de la especificidad de los mismos, puesta de relieve con la adopción de normativa específica para estos contratos en algunos Estados miembros.

Los frutos de ese debate sobre la colaboración público-privada fueron recogidos por la Comisión a finales de 2005 en su *Comunicación al Parlamento, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* [COM (2005) 569 final]. En dicha Comunicación trataban de sentarse las bases sobre la futura regulación de la materia. Así, de una parte, en relación con las fórmulas de colaboración público-privada de tipo contractual, la Comisión, a la vista de las respuestas recibidas a su consulta, adoptó la decisión de no establecer una nueva legis-

(7) Algunas de las aportaciones que sobre el citado Libro Verde se trasladaron a la COMISIÓN por Entidades Públicas, asociaciones, empresas y particulares pueden consultarse en la página http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/ppp_en.htm#contributions.

lación que unificara la adjudicación de las mismas, con independencia que se considerasen contratos públicos o concesiones (8). De la misma opinión participaría el Parlamento Europeo unos años más tarde. En su *Resolución legislativa sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* (Documento 2006/2043 (INI) de 26 de octubre de 2006), el Parlamento Europeo se muestra contrario al establecimiento de un régimen jurídico propio para las colaboraciones público privadas de tipo contractual, si bien considera necesario prever una iniciativa jurídica en el ámbito de las concesiones. (9)

(8) La Comisión preguntó a las partes interesadas si estarían de acuerdo en que se adoptara nueva legislación que regulase todas las CPP de tipo contractual, independientemente de que se consideraran contratos públicos o concesiones, someténdolas a regímenes de adjudicación idénticos (pregunta 7 del Libro Verde). La consulta puso de manifiesto una oposición significativa de las partes interesadas al establecimiento de un régimen que regule todas las CPP, independientemente de que se trate de contratos o de concesiones. No obstante, la Comisión señalaba la continuidad de los debates en comités a nivel de la Comisión, en los que se reúnen expertos en contratación pública (Comité consultivo para la apertura de la contratación pública, creado en virtud de la Decisión 87/305/CEE de la Comisión) y representantes de los Estados miembros, a través de la participación en conferencias sobre colaboración público-privada y contratación pública y mediante contactos directos entre funcionarios de la Comisión y expertos en colaboración público-privada.

El CDR, sin embargo, consideraba necesaria la adopción de una Comunicación interpretativa que abarcara todos los tipos de acuerdos de colaboración público-privada, *Dictamen sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones»*, Documento 2007/C 51/05 publicado en D.O.U.E. de 6.3.2007.

(9) En esa línea debe entenderse la última actuación de la Comisión, que nos mueve a pensar que no se ha abandonado definitivamente la idea de elaborar una disposición reguladora de las concesiones. En agosto de 2010 se ha publicado un cuestionario dirigido a las autoridades contratantes en el marco de una consulta más amplia de las partes interesadas, que incluye además una consulta abierta y otros cuestionarios específicos dirigidos a los interlocutores sociales y a las empresas públicas y privadas. En ese cuestionario dirigido a las autoridades contratantes, además de preguntas de tipo general sobre el marco de la adjudicación de los contratos públicos y otras relacionadas sobre los posibles efectos de una iniciativa europea sobre las concesiones, destacan algunas preguntas específicas en relación con las concesiones de obras y de servicios:

25. Por lo que se refiere a las concesiones de servicio, serían favorables a normas de la UE que prevén:

a) ¿la obligación para el poder adjudicador de publicar un anuncio de adjudicación en el Diario Oficial de la Unión Europea? ¿Cuáles deberían ser los límites máximos de publicación y según qué método deberían calcularse?

b) ¿la obligación de respetar plazos mínimos para la presentación de las solicitudes de adjudicación (no menos de 52 días, por ejemplo)?

c) ¿la obligación para un concesionario de respetar el principio de la no discriminación en la selección de subcontratistas (si es posible, quiere también emitir su opinión sobre las disposiciones pertinentes actualmente aplicables a los concesionarios de obras)?

d) ¿la posibilidad de confiar directamente servicios complementarios al concesionario inicial, en el caso de que solamente cuando estos servicios, tras una circunstancia imprevista, se convir-

Por el contrario, en el ámbito de las fórmulas de colaboración público-privada de tipo institucional, en la Comunicación de 2005 se proponía la

fieron en necesarios para la prestación de los servicios contemplados por la adjudicación inicial y no pueden ser técnica o económicamente separada de los servicios iniciales, o son estrictamente necesaria para su prestación?

e) ¿la posibilidad para un órgano de contratación de exigir del concesionario que subcontrate al menos un 30% de los servicios a terceros, o que precise el porcentaje de servicios que se propone subcontratar a terceros?

f) ¿la instauración, para los licitadores perjudicados, de vías de recurso eficaces presentando las mismas garantías que aquéllas previstas por las directivas sobre recursos?

Para cada una de las opciones citadas, quiere explicar su posición e indicar cuáles serían a su modo de ver las consecuencias sobre el acceso al mercado y la competencia en el sector, así como sus consecuencias positivas/negativas en otros ámbitos (innovación, satisfacción de los consumidores, viabilidad de los servicios, subvenciones públicas, empleo, etc.).

26. Por lo que se refiere a las concesiones de servicios y las concesiones de obras públicas, serían favorables a normas de la UE que prevén:

i. la obligación de anunciar claramente criterios de selección que se limitan a la capacidad financiera, económica y técnica de los licitadores. Justifique su respuesta indicando los posibles efectos de tal medida sobre el acceso al mercado y la competencia en el sector, así como sus consecuencias positivas/negativas en otros ámbitos (innovación, satisfacción de los consumidores, viabilidad de los servicios, subvenciones públicas, empleo, etc.);

ii. la posibilidad para un operador de la UE (por ejemplo una PYME) de prevalerse, en particular, de la situación de otras entidades, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de sus vínculos con las (otros miembros de un consorcio, subcontratistas), con el fin de probar que cumple los criterios de selección para participar en un procedimiento de adjudicación, en cuanto puede demostrar que los vuelva a las raíces de estas entidades están efectivamente a su disposición;

iii. la obligación de limitar los criterios de adjudicación admisibles al precio el más bajo y a la oferta económicamente más ventajosa. En su ausencia ¿sería favorable a la instauración de garantías mínimas de objetividad y la no discriminación para la definición de los criterios de adjudicación?

iv. ¿disposiciones sobre la utilización no discriminatoria de prescripciones técnicas, como en el artículo 23 de la Directiva 2004/18/CE, por ejemplo?

v. la limitación (a excepción del sector de los servicios de utilidad pública) de la elección de los procedimientos al procedimiento abierto, al procedimiento restringido o al procedimiento de diálogo competitivo, como las descritas en la Directiva 2004/18/CE, y el recurso al procedimiento negociado solamente en casos excepcionales, como los actualmente previstos por el artículo 30 de la Directiva 2004/18/CE?

En su ausencia ¿serían favorables a la instauración de exigencias mínimas referentes a normas y modalidades que garantizan la igualdad de trato y la transparencia en la conducta de los procedimientos de adjudicación (en particular, de los procedimientos negociados)? ¿Qué exigencias le parecerían las más convenientes?

Para cada una de las opciones expuestas, quiere explicar su posición e indicar cuáles serían en su opinión modo de ver las consecuencias sobre el acceso al mercado y la competencia en el sector, así como sus consecuencias positivas/negativas en otros ámbitos (innovación, satisfacción de los consumidores, viabilidad de los servicios, subvenciones públicas, empleo, etc.).

27. ¿Consideran que el marco legal actual relativo a las modificaciones de concesiones, como opina el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus sentencias *Succhi di Frutta*, *Pressetext*, *Acoset* y *Wall AG*, queda suficientemente claro y permite tener en cuenta la naturaleza evolutiva de las concesiones? Quiere precisar su respuesta.

elaboración de una nueva Comunicación interpretativa en la que se explicara el modo en que se debían aplicarse las normas de contratación pública al establecimiento de dichas formas de colaboración institucionalizada. En cumplimiento de tal consideración, la Comisión publicaba en 2008 su *Comunicación interpretativa relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)* (Documento 2008/C 91/02), cuyo contenido se analizará más adelante.

A pesar de todos los documentos elaborados por las Instituciones europeas, por el momento no existe ninguna definición válida que abarque todas las formas de colaboración público-privada que existen. Por más que se haya reclamado una depuración del concepto en varias ocasiones y desde diferentes instancias, lo cierto es que cualquier intervención sobre este fenómeno huye de su positivación.

No obstante esa falta de definición homogénea y general, parece existir cierto acuerdo en que la colaboración público-privada se refiere a diferentes formas de cooperación entre las Autoridades públicas 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. La característica de esta cooperación, en general a largo plazo, es la función asignada al socio privado, que participa en las distintas fases del proyecto de que se trate (diseño, ejecución y explotación), soporta los riesgos tradicionalmente asumidos por el sector público y contribuye con frecuencia a la financiación del proyecto. En el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* de 2004 se apuntaban precisamente estas notas que *suelen* caracterizar las operaciones de colaboración público-privada:

«a) La duración relativamente larga de la relación, que implica la cooperación entre el socio público y el privado en diferentes aspectos del proyecto que se va a realizar.

b) El modo de financiación del proyecto, en parte garantizado por el sector privado, en ocasiones a través de una compleja organización entre diversos participantes. No obstante, la financiación privada puede completarse con financiación pública, que puede llegar a ser muy elevada.

c) El importante papel del operador económico, que participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación). El socio público se concentra esencialmente en definir los objetivos que han de

alcanzarse en materia de interés público, calidad de los servicios propuestos y política de precios, al tiempo que garantiza el control del cumplimiento de dichos objetivos.

d) El reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público. No obstante, las operaciones de CPP no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos. El reparto preciso de los riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos».

La evolución europea de la colaboración público-privada debería cerrarla una nueva Directiva sobre la materia. Sin embargo, muy difícilmente se va a poder alcanzar un consenso comunitario a corto o medio plazo por las diferentes posturas de los Estados de la Unión Europea, lo cual contrasta con la incorporación a algunas normas nacionales reguladoras de los contratos públicos de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, como es el caso de Francia o España (10).

3. Tipología de colaboraciones público-privadas

En cuanto a su tipología, desde el ámbito europeo (Libro Verde de 2003) se apuntaron los dos grandes modelos de operaciones de colaboración público privada, sobre los que, advertimos, mantenemos nuestras reservas:

a) las de tipo puramente contractual, en las que la colaboración entre los sectores público y privado se basa en vínculos exclusivamente convencionales. Esta categoría engloba combinaciones diversas que atribuyen una o varias tareas, de mayor o menor importancia, al socio privado y que incluyen el proyecto, la financiación, la realización, la renovación o la explotación de una obra o de un servicio. Uno de los modelos más conocidos es el modelo de concesión, que se caracteriza por el vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final: el socio privado presta un servicio a la población «en lugar de» el socio público, pero bajo

(10) Cfr. Ordonnance n° 2004/559, de 17 de junio de 2004, luego modificada a través de la Ley n° 2008-735, de 28 julio de 2008, relativas a los *contrats de partenariat* y art. 11 de la Ley 30/2007, de contratos del Sector público, que otorga la carta de naturaleza de contrato a la *colaboración público-privada*.

su control. Asimismo, se caracteriza por el modo en que se remunera al contratista, que consiste en cánones abonados por los usuarios del servicio, que se completan, en su caso, con subvenciones concedidas por los poderes públicos. Junto al modelo de colaboración por concesión existen otros en los que la tarea del socio privado consiste en realizar y gestionar una infraestructura «para» la Administración pública (por ejemplo, un colegio, un hospital, un centro penitenciario o una infraestructura de transporte). El ejemplo más típico de este modelo son las «Iniciativas de financiación privada» para la modernización de infraestructuras, de amplia difusión en Inglaterra, y que, con diversas variantes, está presente también en otros países. En este modelo, la remuneración del socio privado no adopta la forma de cánones abonados por los usuarios de la obra o el servicio, sino de pagos periódicos realizados por el socio público. Dichos pagos pueden ser fijos, pero también pueden calcularse de manera variable, en función, por ejemplo, de la disponibilidad de la obra, de los servicios correspondientes o, incluso, de la frecuentación de la obra.

b) las de tipo institucionalizado, que implican la cooperación entre los sectores público y privado en el seno de una entidad diferente. Este modelo de cooperación acoge en su seno dos variantes, según el modo en que se vaya a instrumentar la colaboración: bien a través de la creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, los sectores público y privado, o bien a través de la toma del control de una empresa pública existente por parte del sector privado.

Algunas consideraciones se imponen en relación con la clasificación de las operaciones de colaboración público privada apuntada. En primer lugar, estas grandes categorías a las que se reconducen las operaciones de colaboración público privada prescinden de la calificación jurídica que les otorgan los diferentes Derechos nacionales. Cada Ordenamiento goza de libertad para decidir de qué manera se incorporan al mismo las figuras que se agrupan dentro de cada una de las categorías señaladas. Lo que al Derecho europeo importa, sin embargo, es que cuando tras la concreta figura a través de la cual se articula la colaboración se esconda la adjudicación de un contrato público o una concesión se apliquen las normas europeas reguladoras de la adjudicación de contratos públicos y concesiones.

Del mismo modo, y en segundo lugar, la anterior clasificación que distingue entre operaciones de colaboración público privada contractuales

e institucionales, en ningún caso prejuzga la calificación que en un futuro pueda acogerse en una norma europea al regular estos tipos de fórmulas o contratos. El único objetivo de esta clasificación es distinguir entre sí las fórmulas habitualmente consideradas de colaboración público privada, a fin de determinar las normas del Derecho de contratos públicos y concesiones que resultan aplicables a las mismas.

En tercer lugar, como hemos señalado, las operaciones de colaboración público privada de carácter institucional se caracterizan por articularse a través de una entidad diferente, con personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios, público y privado, que participan en la misma. Sin embargo, nos atrevemos a sostener que, en el fondo, no son sino otra variante del modelo de cooperación convencional o contractual, por lo que podría dudarse de su autonomía con respecto de aquél. La existencia de una entidad distinta a los socios que participan en la misma no es sino un puro formalismo, un velo que viste la operación para asegurar la producción de efectos hacia el exterior, para con terceros. Y es que la relación entre los socios público y privado no comienza con el nacimiento de la entidad o de la entrada del socio privado en una entidad pública preexistente, sino que se remonta a un momento anterior. El vínculo entre los socios nace de un acuerdo entre los mismos, una convención, un contrato, el contrato de sociedad, por así llamarlo, aunque no todas las entidades que canalicen la colaboración hayan de tomar la forma societaria siendo, no obstante, el modelo más generalizado. Se trata del contrato a través del cual se selección del socio privado. Y ese contrato es siempre anterior a la entidad que sirve para manifestar, insistimos, *ad extra*, la colaboración de ambos socios. Por eso podemos decir que, puesto que a la colaboración público privada institucional precede un contrato para seleccionar al socio privado, en realidad, también es un modelo de colaboración contractual.

II. LA COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO EN LA LCSP

1. Colaboración de tipo contractual

Al igual que sucede a escala europea, en España, el debate sobre las fórmulas de colaboración, asociación o cooperación entre los sectores público y privado no se ha situado alrededor de su conveniencia o no,

sino en torno a su adecuada formalización (PADRÓS I REIG, 2009, p. 253). La opción española se plasmó en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público (LCSP), incorporando un nuevo tipo contractual al elenco clásico, en el que se incluyen los contratos de obras y concesión de obras públicas, suministros, servicios y gestión de servicios públicos. Nos referimos al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Es cierto que en la práctica ya se conocían manifestaciones de esta colaboración contractual, reconducidas a las categorías de contratos mixtos, administrativos especiales, o incluso privados, en función de la prestación en que el objeto del contrato consistiera. Dicha circunstancia llevó al Consejo de Ministros a «mandar» al Ministerio de Economía y Hacienda que, en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público por el que se debían transponer las nuevas Directivas en materia de contratación, se incluyese una regulación de los contratos de colaboración público privados (11). La «tipicidad social» de estas prácticas contractuales justificaba, según el Consejo de Estado, su incorporación a la LCSP (12). Se trataba de figuras *nominadas únicamente en la práctica* (Cfr. E.M. LCSP, apdo. IV.5), con difícil encaje entre los contratos típicos tradicionales, por lo que su incorporación a la LCSP les ha conferido ciertos visos de legalidad (DEL SAZ CORDERO, 2007, p. 337).

Atendiendo pues a ese mandato, la LCSP incluye en su art. 11 un nuevo contrato, el de colaboración entre el sector público y el sector privado, definido en los siguientes términos:

«1. Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración

(11) Cfr. Resolución de 1 de abril de 2005, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación 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 (BOE núm. 79, de 2 de abril de 2005). El mandato cuadragésimo cuarto disponía lo siguiente:

«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».

(12) Cfr. Dictamen núm. 514/2006, de 25 de mayo de 2006.

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:

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.

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

La incorporación del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado a la LCSP se justificó por la necesidad de ofrecer cobertura legal específica para un determinado tipo de prácticas que no encajaban en el marco de las relaciones contractuales típicas ya reguladas. Ahora bien ¿había alguna razón para que ese nuevo marco jurídico se hubiese de materializar en una nueva figura contractual al margen de las ya existentes? A nuestro juicio, la respuesta debe ser negativa (13). No había tal necesidad, en primer lugar, porque no lo exige el Derecho europeo de la contratación pública (al menos no todavía) que es quien establece las obligaciones *de minimis* en la materia, y después, porque en ningún momento se ha dudado de que las prácticas contractuales a las que se aludía como antecedentes para tipificar el nuevo contrato careciesen de fundamento o cobertura legal con arreglo a lo dispuesto en la normativa anterior (en otro caso hubieran resultado nulas de pleno derecho) (14).

En efecto, la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, de coordinación de procedimientos de adjudicación de contratos de obras, suministros y

(13) También han dudado de la necesidad de la nueva figura LÓPEZ-CONTRERAS y MESTRE DELGADO (2006, p.14-127), y más recientemente, COLÓN DE CARVAJAL FIBLA (2009) y GIMENO FELIÚ (2010, p. 169)

(14) Así lo apunta COLÓN DE CARVAJAL FIBLA (2010), para quien el actual contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado no es más que la cristalización de viejas fórmulas contractuales presentes desde antiguo en nuestro Ordenamiento jurídico.

servicios contiene en su art. 1 un cuadro de definiciones entre las que no encontramos la del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Por eso quizás hubiese sido conveniente esperar a que se aprobase una norma europea sobre el régimen jurídico de la colaboración público-privada antes de lanzarse a regular un contrato con unos perfiles todavía muy difusos (15).

Además, la inclusión de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado en la LCSP genera innecesariamente un grave problema de coordinación de los tipos contractuales con el Derecho europeo. Un contrato, atendiendo a las prestaciones que conforman su objeto, puede calificarse como de colaboración entre el sector público y el sector privado con arreglo al art. 11 LCSP, pero dicha calificación sólo es válida a efectos de la LCSP, esto es, sólo es válida en el plano nacional. Pensemos por un momento en su publicación en el D.O.U.E., circunstancia a que obliga el art. 126.1, pfo. 2 LCSP, atendiendo a su caracterización por el art. 13.1 LCSP como contratos sujetos a regulación armonizada en todo caso (cuando sean celebrados por una Administración pública). Dichos contratos no pueden calificarse como de colaboración entre el sector público y el sector privado a efectos del Derecho europeo, por la sencilla razón de que no existen con tal denominación, y no podrán ser publicitados como tales al no estar contemplada dicha modalidad en el formulario de anuncio de licitación para el D.O.U.E. (16). Tal circunstancia obligará a reconducirlos hacia una de las categorías tradicionales: contratos de obras, concesiones de obras, suministros o servicios. De esta manera, nos encontraremos con contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado descritos en el ámbito europeo como contratos de obras, de concesiones de obras, de servicios y de suministros. La pregunta que surge a continuación es: si a efectos del Derecho europeo hay que calificar el contrato conforme

(15) De lo contrario, se corre el riesgo de que la regulación española resulte más restrictiva de lo que lo sean en el futuro las normas europeas sobre la materia (URÍA FERNÁNDEZ, 2006, p. 4). En el mismo sentido se pronuncia MIGUEZ MACHO (2008, p. 215) al señalar acertadamente que, con carácter general, no parece que lo más adecuado sean soluciones radicales como la adoptada por la LCSP, que incluye conceptos que no coinciden con los utilizados en el Ordenamiento jurídico europeo, y que, a la larga, pueden plantear problemas de compatibilidad con el mismo, una vez sean armonizados e incorporados a las Directivas sobre contratos públicos.

(16) Cfr. con el Reglamento (CE) núm. 1150/2009 de la COMISIÓN de 10 de noviembre de 2009, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1564/2005 en lo que respecta a los formularios normalizados para la publicación de anuncios en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos con arreglo a las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE.

a alguna de las categorías tradicionales ¿qué sentido tiene entonces que a efectos del derecho interno lo calificemos de forma diferente?

En relación con la configuración de este contrato en la LCSP pueden apuntarse algunos comentarios críticos. En primer lugar, al utilizar la expresión «colaboración entre el sector público y el sector privado» para individualizar una *especie* dentro del *género* «contratos del Sector público» parece sugerirse que el resto de especies del mismo género (los demás contratos) no son exponentes de dicha colaboración. Y nada más lejos de la realidad. La idea de colaboración aparece intrínseca en todo contrato en el que una parte sea una entidad del Sector público, y la otra un contratista privado (PEÑA OCHOA, 2008, p. 88). En efecto, si la Administración decide contratar un bien, servicio u obra con un particular, está solicitando de éste su colaboración en la consecución, directa o indirecta, de una finalidad pública (CARLÓN RUIZ, 2008, p. 655). En otras palabras, los contratos de la Administración representan una vieja manifestación de la forma de colaboración empresarial en el ejercicio de las funciones públicas (GONZÁLEZ VARAS, 2006, p. 34).

Desde un punto estrictamente formal, en cuanto a la sistemática utilizada por el legislador para regular los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, uno de los aspectos que llama la atención es la escasa atención que se presta al diseño de su régimen jurídico. En el plano cuantitativo, la LCSP tan sólo dedica siete (11, 118, 119, 120, 289, 290 y 296) de sus trescientos nueve artículos al establecimiento del régimen jurídico de este contrato, dejando aparte las referencias marginales que se hacen al mismo al regular otros aspectos (p. ej. en los arts. 13, 19, 29.1, 164.3 y D.F. Décima). A lo anterior debe añadirse la dispersión de esos preceptos que determinan el régimen jurídico del contrato, aunque esta no es una característica propia de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado (17). Para una figura de nuevo cuño en

(17) En su Dictamen núm. 514/2006, de 25 de mayo de 2006 sobre el Anteproyecto de Ley de contratos del sector público, el Consejo de Estado señala en cuanto a la estructura del anteproyecto que

«...el régimen de los contratos típicos se ha complicado notablemente. Para localizar el régimen completo de un contrato típico que se pretenda celebrar conforme a la ley..., la selección de las normas aplicables obliga a recorrer prácticamente todos los libros de la ley para encontrarlas».

Respecto del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado señala el Consejo de Estado que la dispersión es aún mayor, pues se trata de contratos marcados por fuertes especialidades y para los que se dan reglas aún más específicas. Así, ... por ejemplo, encuentra la regla especial de adjudicación siempre por el procedimiento de diálogo competitivo, que marca

nuestro Derecho, resulta desafortunada una sistemática interna de la LCSP que presente los apenas diez preceptos dedicados a este contrato, reparados además en prácticamente todos los Libros en que aquella se divide. En este sentido, hubiera resultado más clara una estructuración interna de la Ley tal que este contrato encontrara todo su régimen jurídico agrupado, por ejemplo, en un Título específicamente dedicado a ello, dentro de un Libro dedicado al régimen completo —con sus especialidades— de cada uno de los contratos típicos.

Dejando aparte de las cuestiones de técnica normativa, el verdadero problema que presenta el nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, tal y como ha sido configurado en la LCSP, es el de su distinción de otras figuras contractuales exponentes igualmente de esa colaboración. Desde un punto de vista formal el de colaboración entre el sector público y el sector privado se configura como un contrato autónomo del resto. Sin embargo, desde un punto de vista material u objetivo, la amplitud con que se concibe el contrato hace que, en ocasiones, resulte muy difícil o imposible diferenciarlo de algunos contratos típicos (18).

El alumbramiento de la nueva figura no ha dejado indiferente a la doctrina, y así, frente a la postura de autores que realizan un enorme esfuerzo intelectual por justificar la existencia de esta nueva figura, podemos encontrar algunas tesis muy críticas con la decisión, *rectius*, el resultado, de considerar el de colaboración entre el sector público y el sector privado como un tipo contractual autónomo. En lo que todos los autores parecen estar de acuerdo es que, en ocasiones, las opciones que ofrece la normativa sobre contratación pública pueden no ser suficientes para

intensamente toda su regulación; en su ejecución, funciona como un contrato mixto según la prestación principal; etc.

La dispersión normativa llevó a sugerir la conveniencia de un replanteamiento de la estructura del anteproyecto:

«Debería hacerse un esfuerzo por encontrar una sistemática de aquel que, dando respuesta a los objetivos pretendidos y expresados por el Departamento proponente, no diese lugar en cambio a los inconvenientes que presenta la estructura proyectada. Debe tenerse en cuenta, además, que la transposición de la Directiva 2004/18/CE y la introducción de los criterios subjetivos de aplicación del Derecho comunitario no conducen forzosamente a una estructuración de la ley tal y como la que pretende el anteproyecto».

(18) Puesto que las prestaciones propias de los contratos de obras, de concesión de obras públicas, de servicios y de gestión de servicios públicos, y de suministros pueden estar latentes en los contratos de colaboración público-privada, cabría pensar que con el contrato típico de nuevo cuño se ha pretendido reconducir a la unidad todas las figuras conocidas de colaboración entre el sector público y el sector privado (CARLÓN RUIZ, 2008, pp. 657-658).

articular la solución a ciertas necesidades públicas, particularmente las que alcanzan un elevado nivel de complejidad. Para hacer frente a las mismas, las fórmulas contractuales puras pueden no resultar idóneas, y resulta necesario plantear soluciones *ad hoc*. En lo que parecen divergir las distintas posturas es en el modo de articular ese «marco habilitante» para que el Sector público puedan encontrar esas soluciones especiales para cubrir sus necesidades especiales. Dicho en otras palabras, las diferencias residen en el *tipo de tela* a utilizar para hacer el traje a medida (19).

Quienes postulan la defensa del nuevo contrato justifican esa indeterminación *ex ante* del régimen jurídico del contrato aludiendo a la necesaria flexibilidad con la que debe poder actuar la Administración para hacer frente a necesidades para cuya satisfacción es necesario articular una prestación particularmente compleja, y para la que las soluciones predefinidas en el Ordenamiento Jurídico son insuficientes. A la vista de ello, el Sector público debe poder actuar con flexibilidad para configurar el objeto y el régimen de ese particular contrato, y esa flexibilidad con que puede configurarse quedaría en agua de borrajas si el contrato está absolutamente estructurado en la legislación (GONZÁLEZ GARCÍA, 2006, p.21). Al final, resulta pues que la indeterminación del objeto y el régimen jurídico del contrato es, en realidad, una ventaja.

Por eso se ha dicho que los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado ofrecen una gran versatilidad para actuar (BRUNETE DE LA LLAVE, 2009, p. 528), son «modelos para armar» (GONZÁLEZ GARCÍA, 2006, p.22) (20). Para armar cada concreto contrato, la entidad contratante y el contratista recogen elementos aislados del Ordenamiento jurídico, elementos que afectarán al derecho de bienes, a los contratos de servicios y contendrán aspectos del contrato de obras en los casos en los que haya que proceder a la construcción de la infraestructura. Aún se ha dicho más. La parquedad con que la LCSP regula el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado debe entenderse como «una oferta al operador» (GONZÁLEZ GARCÍA, 2006, p.21). Una oferta que no debe entenderse como «de contratación» sino de «diálogo», sujeta a

(19) Para DEL SAZ CORDERO (2007, p.339), cada Administración pública puede elegir, caso por caso, un régimen jurídico a la carta para cada uno de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado que celebre. De no ser así —conluye dicha autora— el contrato estrella de la LCSP habría perdido toda su utilidad incluso antes de nacer.

(20) También ha sido comparado con un «mecano» (SERRANO NUÑEZ, 2007, p. 7, BRUNETE DE LA LLAVE, 2009, p. 42.).

la posterior aceptación una vez conocidas las «condiciones particulares de la contratación» como consecuencia de la determinación de las mismas durante el desarrollo del procedimiento de adjudicación.

Junto a los defensores del nuevo contrato pueden encontrarse pronunciamientos doctrinales que, a pesar de la literalidad de la LCSP, sostienen que el de colaboración entre el sector público y el sector privado no es, propiamente hablando, ningún tipo de contrato nuevo. Para unos, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado constituye en realidad una «técnica contractual» que permite a la Administración acordar con el sector privado la consecución de cualquiera de los objetos propios de los demás contratos cuando existan razones justificadas para ello, entendiendo por tales las que enumera el art. 118 LCSP (JIMÉNEZ DÍAZ, 2009, p. 299). De ese modo, lo que la Ley viene a hacer es ampliar la colaboración público-privada llevándola desde el ámbito de las obras o la gestión de servicios públicos —lo que ya estaba presente en la Ley anterior—, a todos los contratos posibles.

Los hay todavía más críticos con la tipificación del nuevo contrato, al calificarlo como un mero «envoltorio», dentro del cual pueden aparecer contratos de gestión de servicios públicos, concesiones de obra o contratos de suministro. Lo que ha hecho el legislador con esta figura es complicar innecesariamente las cosas puesto que, en realidad, no existe un contrato de colaboración público-privada diferente de los restantes tipos contractuales (VILLAR EZCURRRA, 2008, p.65). En el mismo sentido, COLÓN DE CARVAJAL FIBLA (2009) ha concluido que los argumentos en favor de considerar al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado exclusivamente como un contrato administrativo típico son más bien pocos, mejor dicho, uno, simplemente el hecho de que la propia LCSP lo considera como tal en su art. 19.1, letra a).

En definitiva, la LCSP incorpora una figura contractual que no encuentra todavía asidero en las Directivas europeas sobre la materia, habida cuenta de la indefinición de sus contornos. A las críticas desde el punto de vista sistemático debe añadirse la confusión que genera la imposibilidad de determinar objetivamente una prestación que identifique al contrato, circunstancia que plantea problemas para deslindar dicha figura del resto de contratos típicos regulados por la LCSP (21). Esa es precisamente la

(21) Entre las causas de la dispersión de las formulas de colaboración público-privada se encuentra la circunstancia de que el legislador comunitario ha armonizado la contratación pública,

razón para dudar de la oportunidad de que el de colaboración entre el sector público y el sector privado pueda ser considerado como un verdadero contrato típico, tal y como ha puesto de relieve la doctrina: del «modelo para armar» a la «teoría del envoltorio», pasando por la «técnica contractual». En definitiva, cualquier cosa menos un contrato típico.

2. Las escasas previsiones sobre colaboración de tipo institucional. Primer análisis de la regulación proyectada

Como vimos *ut supra*, la colaboración público-privada puede ser de tipo contractual o de tipo institucional. Sin embargo, en la LCSP tan sólo aparece tipificada y regulada una de esas dos vertientes de la colaboración público-privada, la de tipo contractual. Así lo pone de manifiesto la literalidad del art. 11 LCSP, que aparte de en su rúbrica (*contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*), incide en el carácter contractual —*stricto sensu*— de la relación que une a las partes al definir materialmente el objeto del contrato (22).

Las prescripciones que incorpora la LCSP para disciplinar el régimen jurídico de la colaboración público-privada no se proyectan, en cambio, sobre las fórmulas de colaboración público-privada institucional que en la misma pueden encontrarse. Especialmente llamativo resulta el caso de las sociedades de economía mixta, previstas como fórmula de gestión indirecta de los servicios públicos (Cfr. art. 253.d). La regulación de esta modalidad del contrato de gestión de servicios públicos, que puede calificarse como prototípica de la colaboración público-privada institucional, aparece colmada de lagunas, significativamente, las cuestiones relativas a la selección del socio privado (procedimiento, información del proyecto, criterios de selección y adjudicación admitidos, elementos específicos de los estatutos, pacto entre accionistas) y a la fase de ejecución de la colaboración.

Asimismo, y siguiendo con la falta de complitud de la regulación de la colaboración público-privada contenida en la LCSP, se echa de

pero no la maraña de las concesiones ni la de los servicios públicos, por lo que, al estar latentes estas categorías en no pocas fórmulas de colaboración público-privada, la orfandad normativa que las rodea no responde al azar, Cfr. apdo. 61 Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso RUIZ JARABO COLOMER, presentadas el 2 de junio de 2009 (As. C-196/08, *Acosef SpA*).

(22) Según indica el art. 11 LCSP, «Son 'contratos' de colaboración entre el sector público y el sector privado aquéllos...».

menos una habilitación general expresa y una regulación de los llamados «contratos de sociedad» a celebrar fuera del supuesto de la gestión de servicios públicos (23). La elasticidad del concepto de servicio público (y por tanto de la utilización de sus formas de gestión características) tiene unos límites, y no resulta posible reconducir al mismo todos los supuestos en los que pueda resultar útil (en el sentido de «más eficiente»), la creación de una sociedad con capital mixto (público y privado) para abordar una determinada actuación material.

En este sentido, podemos afirmar que falta en la LCSP la regulación de una de las vertientes de la colaboración público-privada que, habida cuenta de la frecuencia con la que se recurre a la misma (en el marco de la gestión de un servicio público, o fuera de ella) precisa de una urgente incorporación a la LCSP. A esa necesidad parece obedecer la introducción de una nueva Disposición Adicional (la trigésimo cuarta) en la LCSP, dedicada al régimen de adjudicación de contratos públicos en el marco de fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado, con ocasión del Proyecto de Ley de Economía Sostenible (Cfr. Disposición Adicional Décimo octava, apartado treinta y cuatro) (24):

«Los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en la Ley 30/1992 (25), de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

En los pliegos que deban regir el procedimiento de selección del socio privado habrán de recogerse todos los elementos definitorios de la relación entre éste y la entidad adjudicadora, así como los relativos a la relación contractual entre la entidad adjudicadora y la sociedad de capital mixto, y, en particular, el contrato público o la concesión que se ha de adjudicar a la sociedad, así como los estatutos de ésta y los pactos de accionista que, en

(23) Sí que encontramos dicha modalidad contractual en otros Ordenamientos, por ejemplo, en el Código dos Contratos Públicos portugués (Cfr. art. 16.2.f).

(24) Con respecto a lo previsto en el Anteproyecto, se han añadido la posibilidad de adjudicar no sólo contratos sino también concesiones a las sociedades de economía mixta en las que concurra capital público y privado.

(25) Aquí existe una errata, pues la norma a la que se refiere es la Ley 30/2007, de contratos del Sector público.

su caso, deban suscribirse. Igualmente deberán expresarse con claridad y precisión las posibilidades de prórroga o modificación del contrato público o de la concesión adjudicada a la sociedad de economía mixta».

En relación con esta Disposición Adicional proyectada para la regulación de la colaboración entre el sector público y el sector privado de carácter institucional, entendemos que se vuelve a utilizar una técnica normativa deficiente. En primer lugar, no parece adecuado que, habida cuenta de la importancia (no menor) del tema, su regulación se remita a una única Disposición Adicional, y no se integre en el articulado de la norma. Debe señalarse, además, que ninguna remisión a dicha disposición se ha proyectado incluir en ninguno de los preceptos que se plantea modificar el mismo Proyecto de Ley de Economía Sostenible, algunos de los cuales se refieren expresamente al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, por lo que la localización de dicha Disposición se antoja muy difícil. A nuestro juicio, la regulación de la colaboración entre el sector público y el sector privado de carácter institucional requeriría la inclusión en la LCSP de varios preceptos específicos en los que se abordasen los criterios que han de seguirse para constituir una entidad que canalice la colaboración entre el socio público y el socio privado, así como la relación de dicha entidad con terceros. Entendemos que, con la técnica proyectada, lo único que se consigue es fragmentar todavía más si cabe el régimen jurídico de la colaboración entre el sector público y el sector privado.

En segundo lugar, la proyectada Disposición Adicional Trigésimo cuarta tiene un ámbito objetivo muy reducido, que no agota todas las posibilidades que ofrece la colaboración entre el sector público y el sector privado de tipo institucional, con lo cual sólo de manera parcial (de nuevo) se aborda la regulación de este fenómeno. El precepto se refiere única y exclusivamente a la colaboración entre el sector público y el sector privado en el seno de una sociedad de economía mixta, sin contemplar otras fórmulas institucionales que podrían servir igualmente para vehicular la colaboración de ambos sectores, como podrían ser todas las fórmulas asociativas sin carácter mercantil, las fundaciones o los consorcios. Es cierto que la *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 (CPPi)* de 12 de abril de 2008, texto de referencia sobre la materia, utiliza en ocasiones el término

«empresa pública» para referirse a la entidad institucional encargada de gestionar la colaboración entre el sector público y el sector privado, pero no es menos cierto que en otras ocasiones, la Comunicación se refiere de un modo más genérico a «entidades de capital mixto», concepto que, entendemos, no queda restringido únicamente a las formas mercantiles.

En tercer lugar, entendemos que la amplitud de su redacción, sin ningún aviso o advertencia sobre el alcance de alguna de las prescripciones en él contenidas, puede ser una fuente de futuros conflictos. Particular cautela ha de tenerse en relación con la posibilidad de *prórroga o modificación del contrato público o de la concesión adjudicada a la sociedad de economía mixta*, admitida con carácter general, sujetándola a la condición de que se exprese con claridad y precisión en el Pliego (26). Como luego se explicará, estas posibilidades de prórroga o modificación deben sujetarse a lo dispuesto en general para la modificación de contratos públicos, advirtiéndose que las condiciones exigibles para su admisión son mucho más estrictas que la mera previsión en el Pliego, único requisito citado por la proyectada Disposición Adicional.

Por último, el precepto proyectado regula la selección del socio privado que constituirá con el socio público la sociedad de capital mixto, pero ninguna referencia se contiene a las relaciones de dicha sociedad con terceros, en particular, a las relaciones contractuales que dicha sociedad haya de entablar con terceros. Entendemos que el régimen jurídico aplicable a los contratos que hayan de celebrar las sociedades de economía mixta a las que se refiere el precepto proyectado se ajustará bien a la LCSP, en la medida en que algunas de sus disposiciones le resulten de aplicación, en su caso, por tener la consideración de entidad del sector público, o incluso de poder adjudicador, bien al Derecho privado.

(26) En el Anteproyecto se recogía también la obligación de indicar *el régimen de encomienda eventual de nuevas tareas en el marco del contrato previamente adjudicado, detallando aquéllas y las condiciones en que tal encomienda podrá producirse*, pero dicha prescripción ha sido eliminada.

III. MARCO JURÍDICO DE LAS OPERACIONES DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA INSTITUCIONAL. SU CONEXIÓN CON EL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS PÚBLICOS Y CONCESIONES

La colaboración público-privada institucional debe entenderse como una operación de cooperación entre socios del sector público y del sector privado en el marco de una entidad diferenciada para la ejecución de contratos públicos o concesiones. La aportación privada, además de la contribución al capital u otros activos, consiste en la participación activa en la ejecución de las tareas confiadas a la entidad, a menudo prestaciones típicamente contractuales, y esto es un dato importantísimo, pues la simple aportación de fondos por un inversor privado a una empresa pública no constituye una operación de colaboración público privada institucional (27).

El hecho de que una entidad privada y una entidad adjudicadora cooperen en el marco de una entidad de capital mixto no justifica que la entidad pública prescindiera de las disposiciones sobre contratos públicos y concesiones en el encargo cuando la finalidad de esa colaboración es la ejecución de una prestación que puede ser calificada como contrato público o como concesión. El Tribunal de Justicia, construyendo su doctrina sobre los encargos *in house*, señaló en su Sentencia de 11 de enero de 2005

(27) Las operaciones de colaboración institucionalizada deben distinguirse de las operaciones de mera aportación de fondos a entidades. Ambos tipos de operaciones pueden tener en común el resultado de que los fondos que integran el patrimonio de una entidad se repartan entre entidades distintas. En efecto, así sucede tanto en el supuesto de creación de una entidad *ex novo* para articular la colaboración entre los socios público y privado, como en el de operaciones de toma de control por el socio privado de una entidad pública. Sin embargo, a diferencia de las operaciones de mera aportación de fondos, en las de colaboración institucional encontramos junto a esa participación en los fondos de la entidad a través de la cual se articula la colaboración de los socios público y privado la encomienda a dicha entidad de «misiones» (que no se dan en los supuestos de «mera aportación de fondos»), como puede ser la ejecución de alguna obra o la prestación de algún servicio, que pueden calificarse como contratos públicos o, incluso, de concesiones. Dicha circunstancia inspira el diferente régimen jurídico aplicable a uno y otro tipo de operaciones, pues si en la celebración de operaciones de colaboración institucional se debe respetar, cuando menos, los principios generales de la contratación pública, el Derecho de contratos públicos y concesiones no está previsto para ser aplicado a las operaciones que representen meros aportes de fondos de un proveedor de fondos a una empresa, independientemente de que ésta tenga carácter público o privado. Dichas operaciones entran en el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales, lo que implica, entre otras cosas, que las medidas nacionales que las regulan no deben constituir obstáculos a las inversiones procedentes de otros Estados miembros.

(As. C-26/03, *Stadt Halle*) que la participación (aun minoritaria) de una empresa privada en el capital de una empresa en la que también participa la entidad adjudicadora en cuestión excluye, en cualquier caso, la posibilidad de una relación «interna» (*in-house*) entre dicha entidad adjudicadora y dicha empresa (28), a la que no se aplica la legislación sobre contratos públicos (29). En el caso de que una entidad pública cree o participe en una entidad jurídico-privada con particulares cuyo objeto se adecue al contenido de un encargo que dicha entidad pública desea realizar indirectamente, ésta no puede encomendárselo sin más directamente. A lo sumo, la entidad mixta podrá presentar su oferta como licitadora en el procedimiento concurrencial que se convoque (VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, 2006, p. 17).

La necesidad, por tanto, de aplicar el derecho de contratos públicos y concesiones a la constitución de entidades mixtas para articular la colaboración entre el sector público y el sector privado, requiere realizar algunas precisiones en relación con el sistema de licitación a utilizar, el procedimiento de adjudicación, los elementos específicos del contrato relativos a la selección del socio privado, las condiciones de ejecución de la colaboración y la posibilidad de su modificación, así como la relación de la entidad mixta con terceros.

(28) Los motivos que llevan al Tribunal a formular esta afirmación son dos; en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta. En segundo lugar, que la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores.

(29) Los encargos *in house*, o encargos a medios propios son una técnica que encuentra su fundamento en el principio de autoorganización administrativa, que consiste en la encomienda directa de una prestación típicamente contractual a una entidad formalmente distinta (con personalidad jurídica propia, incluso de derecho privado) a la Administración, pero que materialmente no es autónoma, por existir sobre las misma un control de la Administración análogo al que la misma Administración ostenta sobre sus propios servicios y un vínculo de destino de la actividad de dichas entidades, mayoritariamente a favor de la Administración que lo controla. La relación entre la Administración y su medios propio no se canaliza a través del contrato, debido a la inexistencia de dos voluntades autónomas, en definitiva, de dos partes, por la existencia del referido «control» que una ejerce sobre la otra. Sobre dicha técnica y la interpretación del requisito del control análogo y el vínculo de destino de la actividad puede verse AMOEDO SOUTO (2004 y 2006), GIMENO FELIÚ (2005.b), SOSA WAGNER y FUERTES LÓPEZ (2008), PERNAS GARCÍA (2008). MONTOYA MARÍN (2009), PASCUAL GARCÍA (2010) y BERNAL BLAY (2006 y 2008.a y .b).

1. ¿Única o doble licitación?

El Derecho europeo en materia de contratos públicos y concesiones no contempla la operación que consiste en crear una entidad de capital mixto ni aquella otra consistente en abrir al sector privado la participación en una entidad pública preexistente. Contrasta esta ausencia con la expresa previsión en la LCSP de la sociedad de economía mixta, «en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas» como modalidad de gestión de los servicios públicos (Cfr. Art. 253.d), si bien el silencio que guarda la LCSP en cuanto el modo en que ha de articularse dicha forma de gestión parece igualar, en el plano de sus efectos, la omisión europea y la previsión nacional (30).

La primera de las cuestiones que se plantea en relación con la realización del encargo a la entidad mixta, cualquiera que sea la modalidad de colaboración institucional elegida (creación de entidad ad hoc o apertura de una entidad pública preexistente a la participación del sector privado) es el modo de articularlo. Una primera opción, conocida como «doble licitación» pasa por convocar un primer procedimiento para la selección del socio, para luego convocar otro procedimiento de cara a la adjudicación del contrato. A este segundo procedimiento concurriría la entidad mixta, junto con el resto de operadores económicos interesados. Por el contrario, una segunda opción, pasaría por la convocatoria de una «única licitación», pero con un doble objeto: la selección del socio privado para formar parte de la entidad mixta (prestación subjetiva), de una parte, y de otra, la adjudicación del contrato (prestación objetiva) a esa entidad participada por el socio público y el socio privado, trámites que concurrirían, simultáneamente, en una misma resolución de adjudicación. De esta manera, la elección del adjudicatario o del concesionario se convierte en un método para concretar el socio privado que asume el contrato o la concesión.

La *opinio* de las distintas Instituciones europeas es unánime en el sentido de apostar por la licitación única. El Parlamento opina que cuando

(30) Tan solo el art. 182 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas profundiza en esta forma de gestión de los servicios públicos, señalando que «la sociedad de economía mixta figurará como contratante con la Administración, correspondiéndole los derechos y obligaciones propios del concesionario de servicios públicos».

la primera licitación para la constitución de una entidad mixta es precisa y exhaustiva no es necesaria otra licitación (31). La Comisión, por su parte, entiende que una doble licitación (la primera para la selección del socio privado, y la segunda, para la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto) no resulta muy práctica, y ello porque, de apostar por un sistema de doble licitación, puede resultar que la entidad mixta resultante del primer procedimiento no resulte adjudicataria del segundo contrato (32). Por ese motivo la Comisión propone directamente que el socio privado sea seleccionado mediante un procedimiento de licitación transparente y competitivo cuyo objeto sea el contrato público o la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto y la contribución operativa del socio privado a la ejecución de esas tareas y/o su contribución administrativa a la gestión de la entidad de capital mixto. Es decir, que la selección del socio privado va acompañada de la creación de la entidad mixta y la adjudicación del contrato público o la concesión a dicha entidad, o si el método para instrumentar la colaboración institucional es la participación de un socio privado en una entidad pública existente, el objeto del procedimiento de selección del socio privado puede ser confiar la ejecución de contratos públicos o concesiones que hasta entonces habían sido ejecutados internamente por la entidad pública.

Además, el procedimiento de licitación única ha sido admitido incluso por Tribunal de Justicia. En su Sentencia de 15 de octubre de 2009 (As. C-196/08, *Acoset SpA*), el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la licitación convocada para la selección del socio privado minoritario de una sociedad de economía mixta que habría de resultar adjudicataria directa del servicio integrado de aguas («servizio idrico integrato») en la provincia de Ragusa (Sicilia, Italia). Para el Tribunal de Justicia:

«56 Con arreglo a la jurisprudencia, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa sería contraria al objetivo de competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato, ya que tal procedimiento otorgaría a la empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja con respecto a sus competi-

(31) *Resolución legislativa sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* (Documento 2006/2043 (INI) de 26 de octubre de 2006), antes citada, apdo. 40.

(32) *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* (CPPI), antes citada, p. 3.

dores (Sentencia de 11 de Enero de 2005, As. C-26/03, Stadt Halle y RPL Lochau, apartado 51, y Sentencia de 10 de noviembre de 2005, As. C-29/04, Comisión/Austria, apartado 48).

58 ...recurrir a una doble licitación casa mal con el ahorro de trámites que inspira las colaboraciones público-privadas institucionalizadas —como la que se discute en el litigio principal—, cuya creación reúne en el mismo expediente la selección del socio económico privado y la adjudicación de la concesión a la entidad de capital mixto que debe constituirse únicamente a estos efectos.

59 Aunque la inexistencia de licitación en la adjudicación de la gestión de unos servicios resulta incompatible con los artículos 43 CE y 49 CE y con los principios de igualdad de trato y de no discriminación, es posible resolver este problema si se selecciona al socio privado respetando las exigencias recordadas en los apartados 46 a 49 de la presente sentencia, desde el momento en que se exija a los candidatos que demuestren, no sólo su capacidad para convertirse en accionistas, sino ante todo su capacidad técnica para prestar el servicio y las ventajas económicas y de otro tipo que conlleva su oferta.

60 En la medida en que los criterios de selección del socio privado no se basen únicamente en el capital que aporta, sino también en su capacidad técnica y en las características de su oferta en cuanto a las prestaciones específicas que debe realizar, y en la medida en que se encomiende a dicho socio, como ocurre en el litigio principal, la explotación del servicio de que se trate y, por lo tanto, la gestión del mismo, cabe considerar que la selección del concesionario es un resultado indirecto de la selección del socio privado, decidida al término de un procedimiento respetuoso con los principios del Derecho comunitario, de modo que carecería de justificación un segundo procedimiento de licitación para seleccionar al concesionario.

61 En tal situación, si se recurriera a un doble procedimiento, primero para seleccionar al socio privado de la sociedad de capital mixto y luego para adjudicar la concesión a dicha sociedad, ello podría disuadir a las entidades privadas y a las autoridades públicas de establecer colaboraciones público-privadas institucionalizadas —como la que se examina en el litigio principal— a causa de la dilación inherente a la aplicación de dichos procedimientos y de la incertidumbre jurídica que existiría en cuanto a la adjudicación de la concesión al socio privado previamente seleccionado.

63 Habida cuenta de las consideraciones expuestas, procede responder a la cuestión planteada que los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE no se oponen a que se adjudique directamente un servicio público que exija la realización previa de ciertas obras —como el que se examina en el litigio principal— a una sociedad de capital mixto, público y privado, especialmente creada para prestar dicho servicio y con este único objeto social, y en la que el socio privado sea seleccionado mediante licitación pública, previa verificación de los

requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión relativos al servicio que deba prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las prestaciones que deban realizarse, a condición de que dicho procedimiento de licitación respete los principios de libre competencia, de transparencia y de igualdad de trato impuestos por el Tratado en materia de concesiones».

Por tanto, en los supuestos de colaboración público-privada institucionalizada, resulta admisible el atajo metodológico consistente en reconducir a un solo acto la selección del socio privado, la creación de la institución que canaliza la colaboración entre el sector público y el sector privado, y la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto.

2. Procedimiento de adjudicación del contrato.

Con independencia del modo en que el socio entre en la entidad mixta, la normativa sobre contratos públicos y concesiones exige de la entidad contratante el respeto de un mínimo en la forma en que dicha entidad resulte adjudicataria de una prestación típicamente contractual o concesional, que pasa por la utilización de un procedimiento equitativo y transparente. A la luz del principio de transparencia y de la prohibición de la discriminación, resulta necesario que el Derecho de contratos públicos y concesiones se aplique tanto a la creación de nuevas entidades que canalicen la colaboración entre un socio público y otro privado, así como al traspaso de participaciones en una entidad pública a un socio privado, en la medida en que esas nuevas creaciones o traspasos estén relacionados objetiva y cronológicamente con la adjudicación de un contrato público.

El procedimiento a utilizar viene determinado por la prestación objetiva que haya de constituir el encargo posterior a la constitución de la entidad mixta. Puede afirmarse, por tanto, la existencia de una *vis atractiva* del procedimiento aplicable a la adjudicación del contrato (prestación objetiva) sobre el procedimiento que sería aplicable para la selección del socio privado (prestación subjetiva).

La LCSP, aplicable cuando la prestación cuyo desarrollo se haya de encargar por una Administración pública a la entidad mixta sea la ejecución de un contrato público obras, de suministro o de servicios, y de gestión de servicios públicos, o una concesión de obras públicas, dispone

la posibilidad de utilizar una serie de procedimientos (33). Con carácter ordinario, bien el procedimiento abierto, bien el restringido. El negociado sólo podrá utilizarse en los supuestos expresamente contemplados para ello (Cfr. arts. 154, supuestos generales, 155, contratos de obras, 156, gestión de servicios públicos, 157, suministros, 158, servicios, y 159, otros contratos). Junto a ellos, también podrá utilizarse el diálogo competitivo, procedimiento especialmente adecuado por combinar tanto la competencia entre los operadores económicos como la necesidad de los poderes adjudicadores de debatir con cada candidato todos los aspectos del contrato (34). En cualquier caso, las entidades adjudicadoras no pueden recurrir a mecanismos dirigidos a enmascarar la adjudicación de contratos públicos de servicios a empresas de economía mixta.

La licitación, cuando la entidad contratante sea una Administración pública a efectos de la LCSP, deberá ser convocada oportunamente, mediante la inserción de un anuncio en el Boletín Oficial correspondiente y en el perfil de contratante de la entidad. Además, si el contrato tiene la condición de «sujeto a regulación armonizada» (35), resultará preceptivo la publicación del anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea, siendo facultativa la publicación en este Diario en otro caso.

3. Elementos específicos del contrato relativos a la selección del socio privado

Junto con la descripción de las prestaciones que hayan de ser objeto de encargo a la entidad mixta es necesario también que las condiciones de selección del socio estén claramente establecidas en el momento de anunciar la licitación del contrato o de la concesión. Estas condiciones no deben comportar discriminación ni constituir un obstáculo injustificado

(33) Cuando la entidad adjudicadora no tenga la consideración de Administración pública a efectos de la LCSP (art. 3.2 LCSP), los procedimientos a utilizar coincidirán con los señalados en la LCSP cuando se trate de un poder adjudicador y el contrato a adjudicar tenga la consideración de «sujeto a regulación armonizada» (arts. 13 a 17 LCSP). Si el contrato a adjudicar por ese mismo poder adjudicador no está sujeto a regulación armonizada, o si se trata de una entidad del sector público que no tiene a consideración de poder adjudicador, los procedimientos a utilizar vendrán consignados en sus Instrucciones internas de contratación (Cfr. arts. 175 y 176 LCSP).

(34) Sobre dicho procedimiento Vid. la nota explicativa publicada por la Comisión el 5 de octubre de 2005, accesible desde http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/explan-notes_en.htm

(35) Sobre este concepto Vid. MORENO MOLINA (2009)

a la libre prestación de servicios o a la libertad de establecimiento, ni implicar obligaciones desproporcionadas en relación con el objetivo que se pretende alcanzar.

En su momento, la Comisión constató la existencia de algunas prácticas censurables en relación con la implementación de operaciones de colaboración público-privada institucional. Por ejemplo, en determinados Estados Miembros, la legislación nacional permitía que las entidades mixtas, en las que el organismo público participante era el ente adjudicador, concurren a un procedimiento de adjudicación de contrato público o de concesión incluso cuando dichas entidades se encontraban todavía en fase de constitución. En tal caso, la entidad no se constituía definitivamente hasta que se le hubiese adjudicado de manera efectiva el contrato o la concesión. Tal circunstancia podía suponer un falseamiento de la competencia entre operadores económicos, por la privilegiada posición que ocupaba la sociedad en fase de constitución y, por consiguiente, el socio privado que participa en ella. En otros Estados miembros, se observó que en el marco de los procedimientos puestos en marcha para la creación de entidades mixtas a las que adjudicar luego determinadas tareas, no se definían con claridad y precisión cuáles serían esas tareas.

El Tribunal de Justicia ha señalado que los principios de igualdad de trato y no discriminación implican una obligación de transparencia que consiste en garantizar, a favor de cualquier licitador potencial, un grado de publicidad adecuado que permita la apertura del mercado a la competencia (Sentencia de 7 de diciembre de 2000, *As. C-324/98, Teleustria*, apdo. 49). En el marco de una operación de colaboración institucional entre el sector público y el sector privado esta obligación implica, según la Comisión, que la entidad adjudicadora incluya en el anuncio de licitación, o en el pliego de condiciones, la información fundamental sobre los documentos siguientes:

- el contrato público y/o la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto que habría de crearse,
- los estatutos de dicha entidad,
- el pacto entre accionistas, y
- todos los demás elementos por los que haya de regirse, por un lado, la relación contractual entre la entidad adjudicadora y el socio privado y, por otro, la relación entre la entidad adjudicadora y la entidad de capital mixto que debe crearse.

Además, debería informarse a los interesados sobre la duración prevista del contrato público que la entidad de capital mixto ha de ejecutar o de la concesión que ha de explotar, así como de las posibilidades de renovación o modificación del contrato público o de la concesión adjudicada, indicando las posibilidades de adjudicación opcional de nuevas tareas. La documentación debería indicar de la forma más detallada posible, al menos, el número y las condiciones de aplicación de esas opciones.

La determinación *a priori* de todas estas condiciones puede resultar muy complicado, por eso algunos de esos extremos pueden ser concretados durante el procedimiento de adjudicación, cuando se utilice el procedimiento de diálogo competitivo, o el negociado, si concurre alguno de los supuestos para ello.

4. Las condiciones de ejecución de la colaboración y la posibilidad de su modificación.

Interesa abordar ahora, siendo un elemento igualmente importante, la ejecución de la colaboración, una vez constituida la entidad mixta y adjudicado a ella el contrato o la concesión. En principio, las condiciones de ejecución han de ser las mismas que se acordaron en el momento de la licitación del contrato, sin que sea posible encomendar a la entidad mixta la realización de nuevas prestaciones no previstas inicialmente en el momento de su creación y adjudicación del contrato o concesión. Ahora bien, las operaciones de colaboración público-privada suelen caracterizarse por plantear un desarrollo a largo plazo, circunstancia que hace conveniente prever la posibilidad de su adaptación ante determinados cambios operados en el entorno económico, jurídico o técnico. Las disposiciones sobre contratos públicos y concesiones no impiden tener en cuenta estas evoluciones, siempre que se cumplan los principios de igualdad de trato y de transparencia.

Por lo tanto, constituirían sendas excepciones a la regla general de invariabilidad de las condiciones de ejecución los supuestos en que la entidad mixta resultara adjudicataria de otro procedimiento de licitación convocado, o que el nuevo encargo traiga causa de una modificación del contrato inicial.

En cuanto al primer supuesto, el de que la entidad mixta resulte adjudicataria de un nuevo contrato o concesión, debe advertirse que para ello han de observarse las normas aplicables a los contratos públicos y las concesiones (igual que para la adjudicación del contrato inicial). Será

necesario por tanto un procedimiento con la publicidad y oportunidades de concurrencia que resulten necesarias en función del contrato de que se trate. Es decir, las fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado de carácter institucional deben conservar su campo de actividad inicial, y no pueden obtener, en principio, nuevos contratos públicos o concesiones sin un procedimiento de licitación que respete el Derecho de contratos públicos y concesiones.

Por lo tanto, sólo si la entidad mixta concurre y resulta adjudicataria de un nuevo procedimiento de adjudicación será posible ampliar el elenco de prestaciones asignadas en un principio. Ahora bien, como acertadamente señala el considerando 4 de la Directiva 2004/18/CE, en el seno de ese nuevo procedimiento de licitación deberá velarse por que la participación en el mismo de la entidad mixta (que probablemente tenga la condición de «poder adjudicador» a efectos de la Directiva y también de la LCSP) no distorsione la competencia con respecto a licitadores privados. En este sentido, deben tomarse medidas de salvaguardia específicas para garantizar la separación estricta de las personas que preparan la licitación y deciden sobre la adjudicación de la misión dentro de la entidad adjudicadora, por una parte, y las que se ocupan de la gestión de la entidad mixta en la que participa el socio privado, por otra, y para impedir cualquier transmisión de información confidencial de la entidad adjudicadora a la entidad de capital mixto.

La segunda posibilidad de ampliar las prestaciones encomendadas en un primer momento es la modificación del contrato o la concesión. Ahora bien, también esta vía está sujeta a que se respeten las disposiciones sobre modificación de los contratos públicos o las concesiones contenidas en la normativa sobre la materia.

La LCSP regula el régimen general de modificación de los contratos en su art. 202 (luego existen otros preceptos que abordan la modificación singular de cada contrato: art. 217, para el contrato de obras, 233 y 241, para la concesión de obras, 258 para el contrato de gestión de servicios públicos, 272, para el contrato de suministro y 282 para el de servicios), aunque el Proyecto de Ley de Economía Sostenible prevé su modificación, reduciendo los supuestos en que la modificación será posible a una serie de supuestos muy tasados (36).

(36) Sobre las deficiencias del actual régimen de modificación de los contratos públicos Vid. VÁZQUEZ MATILLA (2009). Un análisis del nuevo régimen de modificación puede verse en GIMENO FELIÚ, J.M.: «El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas

Con carácter general, la modificación de los contratos queda sujeta al cumplimiento de unos requisitos de fondo, y otro de forma. Los requisitos de fondo son la concurrencia de causas de interés público y que con la modificación se pretenda atender a circunstancias imprevistas (37), extremos que habrán de justificarse oportunamente en el expediente de modificación (art. 202).

Junto a ellos se exige también, como requisito formal, que la posibilidad de modificación se encuentre prevista en el Pliego, donde deberán señalarse las condiciones en que podrá realizarse la modificación [art. 202.2 LCSP (38)]. Como antes veíamos, tanto la posibilidad como las condiciones necesarias para modificar el encargo inicial son aspectos sobre los que deben ser informados los operadores económicos interesados en participar, junto con el socio público, en la entidad mixta que ha de resultar adjudicataria del contrato o la concesión. Precisamente la Comisión, en su Comunicación de 2008 señalaba que:

«...el principio de transparencia impone que se indique claramente en la documentación del anuncio de licitación las posibilidades de renovación o modificación del contrato público o de la concesión adjudicada a la entidad de capital mixto, e indicar las posibilidades de adjudicación opcional de nuevas tareas. La documentación debería indicar, al menos, el número y

de cambio», de próxima publicación en la Revista Española de Derecho Administrativo, y en esta misma REVISTA, el artículo de VÁZQUEZ MATILLA, «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible», pp. 319-353.

(37) En su Informe 5/10, de 23 de julio de 2010, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado señala que, para la determinación de si una circunstancia acaecida con posterioridad a la adjudicación de un contrato y que afecta a la ejecución del mismo es o no imprevista, deben tenerse en cuenta dos ideas básicas. De una parte, que tal circunstancia, de conformidad con las reglas del criterio humano hubiera podido o debido ser prevista y, en segundo lugar, que la falta de previsión no se haya debido a negligencia en el modo de proceder de los órganos que intervinieron en la preparación del contrato.

(38) Sobre dicho requisito insiste la proyectada regulación del régimen de la modificación de los contratos en el Proyecto de Ley de Economía sostenible. La Disposición Adicional Décimo octava, en su apartado 7, recoge la introducción de un nuevo Título V en el Libro I de la LCSP, relativo a la modificación de los contratos, en el que se incluye el art. 92 bis, cuyo apartado 1 dispone que

«... Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 92 quáter.

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes...»

las condiciones de aplicación de esas opciones. La información así ofrecida debe ser lo bastante detallada para garantizar una apertura a la competencia equitativa y eficaz.

Así, cuando la entidad adjudicadora desee, por motivos concretos, que algunas condiciones de la adjudicación puedan ser ajustadas o modificadas tras la elección del adjudicatario, el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones habrán de prever expresamente esa posibilidad de adaptación, de manera que todas las empresas interesadas en participar tengan conocimiento de ello desde el inicio y se encuentren, por lo tanto, en pie de igualdad en el momento de presentar su oferta.

Sobre el grado de detalle con que el anuncio y el pliego de condiciones han de describir las posibilidades y condiciones de modificación del contrato o la concesión ejecutadas en el marco de una colaboración público privada institucional, debe llamarse la atención sobre la insuficiencia de las previsiones contenidas al respecto en la Disposición Adicional Trigésimo cuarta que se prevé introducir en la LCSP con ocasión del Proyecto de Ley de Economía Sostenible. La amplitud de su redacción, admitiendo con carácter general la posibilidad de prórroga o modificación del contrato público o de la concesión adjudicada a la sociedad de economía mixta, puede ser una fuente de futuros conflictos, ya que el único requisito exigible a tenor de la misma, a saber, que se exprese con claridad y precisión, no se ajusta a las nuevas reglas para la modificación de los contratos públicos que prevé incorporar a la LCSP el propio Proyecto de Ley. En este sentido, el art. 92^{ter} que pretende introducirse en la LCSP con ocasión del Proyecto de Ley de Economía Sostenible, contiene una serie de exigencias para admitir las modificaciones del contrato previstas en la documentación que rige la licitación:

«Los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello.

A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los

licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas».

Cualquier modificación de los términos del contrato que no se haya previsto en el pliego de condiciones exigirá un nuevo procedimiento de licitación aunque, por supuesto, la entidad de capital mixto es libre, como cualquier operador económico, de participar en esa nueva licitación.

Un particular caso de modificación es el de sustitución del socio privado. En determinadas operaciones, las instituciones financieras que coparticipan junto a otros empresarios en la constitución de una entidad que gestione la colaboración de los mismos con el sector público, se reservan el derecho de actuar en lugar del gestor del proyecto o de designar un nuevo gestor cuando los flujos financieros que genera el proyecto descienden por debajo de un determinado nivel. La aplicación de estas cláusulas, que pertenecen a la categoría de las llamadas de *step-in* (39), puede dar lugar al cambio del socio privado del organismo adjudicador sin convocatoria de concurso (40). Conviene no obstante, atendiendo a la duración característica de estas fórmulas de colaboración público-privada de tipo institucional, formular los estatutos de manera que permitan un cambio posterior de socio privado sin alterar las condiciones de ejecución de la colaboración.

El límite para la modificación de los contratos o las concesiones se encontraría en el carácter esencial de las mismas (Cfr. art. 202.1 LCSP), tal y como ha señalado el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 15 de octubre de 2009 (As. C-196/08, *Acoset SpA*), antes citada:

(39) Un ejemplo de tal posibilidad lo encontramos en la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, cuyo art. 101.4. dispone que

«Los acreedores hipotecarios serán notificados de la apertura de los expedientes que se sigan para extinguir la concesión por incumplimiento de sus cláusulas y condiciones ... para que puedan comparecer en defensa de sus derechos y, en su caso, propongan un tercero que pueda sustituir al concesionario que viniere incumpliendo las cláusulas de la concesión».

(40) La posibilidad de sustituir al contratista ha sido admitida por el TJCE en su Sentencia de 19 de junio de 2008, al considerar que no se trata de una condición esencial, siempre que se trate de un supuesto de reorganización interna de la parte contratante (Cfr. apdo. 45 de la Sentencia). En este sentido,

«...el término adjudicar, empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, en la que los servicios prestados a la entidad adjudicadora por el prestador inicial se transfieren a otro prestador constituido como una sociedad de capital, cuyo accionista único es el prestador inicial, que controla al nuevo prestador y le da instrucciones, mientras el prestador inicial continúe asumiendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales (Cfr. apdo. 54 de la Sentencia)».

«62 Es necesario precisar que una sociedad de capital mixto, público y privado, como la que se contempla el litigio principal, debe conservar el mismo objeto social todo el tiempo que dure la concesión, y que toda modificación sustancial del contrato obligaría a proceder a una licitación».

En consecuencia, la modificación del contrato no podrá versar sobre los aspectos esenciales del contrato, ni siquiera aunque se prevea tal posibilidad anunciándolo en el Pliego. En otro caso se afectaría a lo dispuesto en el art. 74.1 LCSP, que exige que el objeto de los contratos públicos deba ser determinado, y para su variación sería necesaria una nueva adjudicación.

Sobre cuándo debe considerarse que las modificaciones de un contrato tienen carácter sustancial, el Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 29 de abril de 2004, (As. C-496/99 P, *Comisión contra CAS Succhi di Frutta SpA*) concluye que un término es esencial cuando se trata de una estipulación que, de haber figurado en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente distinta. En su posterior de 19 de junio de 2008 (As. C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*), se insiste en esta idea, profundizando aún más en el concepto de modificación sustancial en los siguientes términos:

«34 Con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46).

35 La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada.

36 Asimismo, la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos. Esta última interpretación queda confirmada en el artículo 11, apartado 3, letras e) y f), de la Directiva 92/50, que impone, para los con-

tratos públicos de servicios que tengan por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios que figuran en el anexo I A de esta Directiva, restricciones en cuanto a la medida en que las entidades adjudicadoras pueden recurrir al procedimiento negociado para adjudicar servicios complementarios que no figuren en un contrato inicial.

37 Una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial».

En otras palabras, la modificación de condiciones esenciales de un contrato no puede hacerse sino a través de una nueva adjudicación (41).

5. Las relaciones de la entidad mixta con terceros.

Una última cuestión a considerar es la relativa a las relaciones de la entidad de capital mixto encargada de realizar la prestación típicamente contractual con terceros. Sucede con frecuencia que la entidad a la que se le encomienda la ejecución del contrato no dispone de medios, o aquellos de los que dispone resultan insuficientes para llevar a buen fin el encargo, de modo que tiene que contratar con terceros la realización parcial (o a veces incluso total) de la prestación.

Pues bien, en los casos en que la entidad de capital mixto deba contratar con terceros la realización parcial de toda la prestación, el debate trasciende del relativo a las normas aplicables a dicho contrato para centrarse en los motivos que llevan a la entidad adjudicadora a encargar la realización de la prestación a una entidad de capital mixto para que sea ésta, y no aquella, quien licite posteriormente el contrato, habida cuenta de la insuficiencia de medios para llevarlo a cabo personalmente. Las consecuencias de operar de este modo son la alteración del régimen jurídico del contrato, pues si el contrato licitado por una Administración pública tiene carácter administrativo, y su adjudicación se encuentra sometida a la LCSP en su integridad, los contratos celebrados por una entidad de capital mixto normalmente lo serán de carácter privado, y su adjudicación, como ahora se verá, no está sujeta en todo caso a la LCSP, sino que, en función del tipo y la cuantía del contrato, lo estará solo a los principios generales de la contratación pública. En cualquier caso, tal y como se

(41) En este sentido, Vid. Informe de la Junta Consultiva de contratación administrativa del Gobierno de Aragón núm. 3/2009, de 15 de abril.

ha señalado en alguna ocasión respecto de las relaciones *in house*, para articular la colaboración entre un socio público y un socio privado en el marco de una entidad de capital mixto habrá que tomar en consideración la idoneidad de dicha entidad para ejecutar la tarea encomendada, y en tal sentido debe disponer del personal y los medios materiales y técnicos necesarios (42).

Especial importancia reviste la aplicación de la LCSP a las relaciones de la entidad de capital mixto con terceros, cuando se trate de contratar la realización parcial de determinadas prestaciones. En tales casos, la entidad mixta está obligada a respetar la normativa aplicable en materia de contratación pública y concesiones a la hora de asignar al socio privado tareas que no hayan formado parte del procedimiento seguido por la entidad contratante para la selección del socio privado. Es decir, que el socio privado no puede aprovechar su posición privilegiada en la entidad mixta para reservarse determinadas tareas sin convocatoria de procedimiento previo.

Cuando la entidad de capital mixto haya de contratar con terceros la realización parcial de alguna de las prestaciones que integran el objeto del contrato para cuya ejecución se constituyó dicha entidad, habrá que estar al carácter de dicha entidad, a efectos de la LCSP, para determinar qué normas le resultarán de aplicación.

Si la entidad tiene la condición de Administración pública (por ejemplo, cuando la colaboración se articule a través de la figura del consorcio), la preparación, adjudicación y los efectos y extinción del contrato se regirán por lo dispuesto en la LCSP.

Si la entidad no tiene la condición de Administración pública, pero en atención a determinadas características (creada para satisfacer necesidades de interés general, y existencia de control público sobre ella) puede ser considerada «poder adjudicador», a efectos de la LCSP (caso de algunas sociedades mercantiles, fundaciones, etc...) la preparación y adjudicación de sus contratos quedará sujeta a la LCSP (con carácter general, aunque hay algunas excepciones) cuando se trate de contratos sujetos a regulación armonizada (art. 174 LCSP). Por el contrario, cuando se trate de contratos no sujetos a regulación armonizada, la preparación

(42) Cfr. Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado núm. 65/07, de 29 de enero de 2009.

y adjudicación de los mismos se regirá por unas instrucciones aprobadas por la propia entidad que fijarán los procedimientos y las normas que resulten de aplicación a la adjudicación de esos contratos, respetando los principios generales de la contratación pública (art. 175 LCSP). Los efectos y extinción de tales contratos se regirán, en todo caso, por el Derecho privado (art 20.2 LCSP).

Las mismas reglas aplicables a la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada resultarán de aplicación a la preparación y adjudicación de contratos celebrados por entidades mixtas que formen parte del sector público a efectos de la LCSP (art. 3.1), pero que no tengan reconocida la condición de poder adjudicador. Es decir, con independencia del tipo y la cuantía del contrato (no existe aquí, para este tipo de entidades, la distinción entre contratos sujetos y no sujetos a regulación armonizada) la preparación y adjudicación de los contratos se regirá por las instrucciones internas que la entidad haya aprobado (art. 176 LCSP). Los efectos y extinción de tales contratos se regirán, en todo caso, por el Derecho privado (art 20.2 LCSP).

IV. CONCLUSIONES

La colaboración entre el sector público y el sector privado puede materializarse a través de vínculos contractuales o institucionales. No obstante, la colaboración institucional, en el fondo, también es contractual, ya que la selección del socio privado colaborador se realiza en virtud de un contrato.

En la colaboración público-privada institucional, la aportación privada a la entidad de capital mixto consiste, además de la contribución al capital u otros activos, en la participación activa en la ejecución de los contratos y concesiones que le encomiende la entidad contratante. Por eso la selección del socio privado para ejecutar dicho contrato no puede basarse exclusivamente en la calidad de su aporte en capital o de su experiencia, sino que hay que tener en cuenta las características de su oferta (la más ventajosa económicamente) relativas a las prestaciones específicas que ha de realizar. En una operación de colaboración público-privada institucional coinciden pues, una prestación objetiva, que es la realmente importante, y que ejerce una *vis atractiva* sobre la prestación subjetiva del contrato, consistente en la selección del socio privado.

La presencia, en toda operación de colaboración público-privada institucional, de una prestación típicamente contractual, determina la aplicación a la misma de las normas reguladoras de la adjudicación de contratos y el otorgamiento de concesiones, de manera que puede decirse que colaboración y contratación son, en realidad, dos caras de una misma moneda.

La LCSP no regula la colaboración público-privada institucional, aunque contenga claros ejemplos de ella, como es el caso de las Sociedades de economía mixta como formas de gestión indirecta de los servicios públicos. La regulación proyectada (introducción de una nueva Disposición Adicional en la LCSP, la trigésimo cuarta, a través del Proyecto de ley de Economía Sostenible) es manifiestamente mejorable, habida cuenta de su insuficiencia para colmar todas las posibilidades de desarrollar colaboraciones institucionales entre el sector público y el sector privado.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AMOEDO SOUTO, Carlos (2004): *Tragsa. Medios propios de la Administración y huida del Derecho administrativo*, Atelier, Barcelona.
- (2006): «El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas», RAP núm 170, pp. 261-294.
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2006): «Las encomiendas de gestión excluidas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: una propuesta de interpretación del artículo 3.1 letra I TRLCAP», REDA núm. 129, pp. 77-90.
- (2008.a): «Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in house», REDA núm 137, pp. 115-138.
- (2008.b): «La problemática relativa a los negocios excluidos de la aplicación de la Ley: los encargos in house, con especial referencia al ámbito local», en Moreno Molina (Coord.) *Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales*, Cemci, Granada, pp.163-194.
- BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa (2009): *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Especial aplicación a las Entidades Locales*, La Ley, Madrid.

- CARLÓN RUIZ, Matilde (2008): «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», REDA núm. 140, pp. 651-684.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen (2006): «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», REDA núm. 132, pp. 609-644.
- (2009): «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)», en COLÁS TENAS, J. y MEDINA GUERRERO, M. (Coords.): *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institución Fernando el Católico (Cátedra Royo Villanova), pp.453-487.
- COBOS RUIZ DE ADANA, Pilar (2008): «Antecedentes históricos y evolución en la regulación de las diferentes formas de colaboración público-privada. Novedades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público», RECE (vol. X), núm. 28, pp. 15-34.
- COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, Borja (2009): «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en el ordenamiento jurídico español: orígenes, características y naturaleza de una experiencia exitosa», en noticias.juridicas.com, artículos doctrinales: administrativo.
- (2010): «Los orígenes remotos del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en noticias.juridicas.com, artículos doctrinales: administrativo.
- DEL SAZ CORDERO, Silvia (2007): «La nueva Ley de contratos del Sector público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?», RAP núm. 174, pp. 335-366.
- GIMENO FELIÚ, José María (2005): «Los entes instrumentales en la contratación pública: análisis desde la óptica del derecho comunitario», Hacienda Canaria núm. 15, pp. 299-338.
- (2010): *Novedades de la Ley de contratos del Sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Madrid.
- GONZÁLEZ GARCÍA Julio Víctor (2006): «Contrato de colaboración público-privada», RAP núm. 170, pp. 7-39.
- (2007): *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (2006): «Nuevos desarrollos de la idea de colaboración privada empresarial de las funciones públicas», *Presupuesto y Gasto público* núm. 45, pp. 31-39.
- JIMÉNEZ DÍAZ, Andrés (2009): «Técnicas contractuales de colaboración público-privada (II): El contrato de colaboración público-privada en la nueva Ley de contratos del Sector público», en DORREGO DE CARLOS y MARTÍNEZ VÁZQUEZ: *La colaboración público-privada en la Ley de contratos del Sector público. Aspectos administrativos y financieros*, La Ley, Madrid, pp. 265-326.
- LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, María y MESTRE DELGADO, Juan Francisco (2006): *Contratos públicos: análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, Ed. Cátedra Jurídica del Centro Price Waterhouse Coopers & Instituto de Empresa del Sector Público, Madrid.
- MIGUEZ MACHO, Luis (2008): «Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español», *RAP* 175, pp.157-215
- MONTOYA MARTÍN, Encarnación (2009): *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Serie claves del Gobierno local núm. 9, Madrid.
- MORENO MOLINA, José Antonio (2009): ««Un mundo para Sara». Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada», *RAP* 178/2009, pp. 175-213.
- PADRÓS I REIG, Carlos (2009): «La articulación del concepto de «colaboración» desde el punto de vista del ordenamiento administrativo», *REDA* núm. 142, pp. 251-2888.
- PASCUAL GARCÍA, JOSÉ (2010): *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de contratos del Sector público*, BOE, Madrid.
- PEÑA OCHOA, Alfonso (2008): «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», en GIMENO FELIÚ, J.M. (Ed.) *El Derecho de los contratos del sector público*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. X, Zaragoza, Gobierno de Aragón, pp. 87-108.
- PERNAS GARCÍA, Juan José (2008): *Operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos*, lustel, Madrid.

- RODRÍGUEZ VARELA, Nieves (2008): «Modelos de colaboración público-privada. Experiencia de la Comunidad de Madrid: nuevos equipamientos sanitarios», RECE (vol. X), núm. 28, enero de 2008, pp. 89-109.
- SERRANO NUÑEZ, Francisco Javier (2007): «La colaboración público-privada (CPP) y el desarrollo tecnológico. Una nueva dimensión de lo Público», Anales de mecánica y electricidad núm. 5 (Revista de la Asociación Nacional de Ingenieros del Instituto Católico de Artes e Industrias (ICAI) de la Universidad Pontificia Comillas), pp. 3-8.
- SOSA WAGNER, Francisco y FUERTES LÓPEZ, Mercedes (2008): «La Ley de Contratos del Sector Público y el murciélagos», Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 743, 17 de enero de 2008.
- URÍA FERNÁNDEZ, Francisco (2006): «Primeras impresiones en relación con el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público», Diario La Ley núm. 6435, de 6 de marzo de 2006.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (2006): «Sociedades mercantiles y realización de obras públicas: incumplimiento de la normativa comunitaria de contratación, extralimitación del margen constitucional de reserva de Derecho administrativo e incongruencia en el empleo de las técnicas de autoorganización para la gestión de actuaciones administrativas», iustel.com, RGDA, n.º 12.
- (2009): «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley española 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector público (LCSP)», Revista semestral Luso-Espanhola de Direito Público Estado & Direito núm. 27-44, pp. 71-106.
- VÁZQUEZ MATILLA, Javier (2009): «La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público», REDA, núm. 143, pp. 529-564.
- (2010): «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible», en esta misma REVISTA, pp. 319-353.
- VILLAR EZCURRA, José Luis (2008): «El marco contractual adecuado para las concesiones de servicios urbanos de metro, metro ligero, tranvías y trenes ligeros», Revista de Obras Públicas núm. 3488, pp. 57 a 66.

