

Oñati Socio-Legal Series, v. 2, n. 4 (2012) - Private-Public Partnerships as new approaches to the Social Economy / Los partenariados privado-públicos; nuevos enfoques en Economía Social / Pribatu-Publiko Partenariaduak, Ekonomia Sozialaren adierazpen berriak  
ISSN: 2079-5971

**Formas jurídicas de colaboración público-privada en el derecho español: orígenes europeos y evolución de la regulación de los diferentes modelos de colaboración**  
(Legal forms of public private partnerships in spanish law: european origins and evolution of the regulation of different models of collaboration)

ESTIBALITZ MORENO\*

Moreno, E., 2012. Formas jurídicas de colaboración público-privada en el derecho español: orígenes europeos y evolución de la regulación de los diferentes modelos de colaboración. *Oñati Socio-legal Series* [online], 2 (4), 83-102. Available from: <http://ssrn.com/abstract=2043126>

**Abstract**

The use of public-private partnerships has increased and the European Union has become the driving force behind them. In addition, in the current economic situation, budget constraints are an important factor for the rise of these contracts, which allows creating new business opportunities for the private sector and improves the effectiveness and efficiency of public investment management. In the Spanish case the collaboration between public and private sector over the last years has been through different legal forms, but mainly through administrative licensing contract for public works. But it is in 2007 when the current Law 30/2007 of public sector contracts, enter one of the largest developments, the incorporation of a new contract: Collaboration agreement between the public sector and the private sector.

**Key words**

Public private partnerships; Law 30/2007; Collaboration agreement between the public sector and the private sector.

**Resumen**

El empleo de los contratos de colaboración público-privada se ha ido incrementando y la Unión Europea se ha convertido en una firme impulsora de los mismos. Por otro lado, en el contexto económico actual, las restricciones presupuestarias son un factor relevante para el auge de estos contratos, que permiten crear nuevas oportunidades de negocio para el sector privado y mejorar la eficacia y eficiencia de la inversión pública de la Administración. En el caso español se ha producido esta colaboración entre entes públicos y privados a lo largo de los últimos años mediante diferentes formas jurídicas, pero principalmente a través del contrato administrativo de concesión de obra pública. Sin embargo es en el año 2007 cuando con la vigente Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, se introduce

---

Artículo presentado en el Congreso La Economía Social. Responsabilidad Corporativa, Propiedad Privada y Partenariados. Derechos Laborales y Cooperativas, celebrado en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, en el marco del programa de Cursos de Verano de la UPV/EHU, del 6 al 8 de julio de 2011.

\* Estibalitz Moreno es investigadora en la Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea. Facultad de Derecho. Barrio Sarriena s/n 48940 Leioa (Bizkaia) Spain. [estibalitz.moreno@ehu.es](mailto:estibalitz.moreno@ehu.es).

una de las mayores novedades, la incorporación de un nuevo contrato típico denominado contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

**Palabras clave**

Partenariados público privados; Ley 30/2007; Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

## Índice

1. Introducción: planteamiento y definición de la colaboración público-privada ....	86
2. Colaboración público-privada.....	87
2.1. Características de la colaboración público-privada .....	87
2.2. Incremento del uso de la colaboración público-privada y las causas del mismo .....	87
2.3. Argumentos a favor de la utilización de la colaboración público-privada ..	88
2.4. Críticas a la utilización de la colaboración público-privada .....	89
3. Orígenes europeos de la colaboración público-privada. Unión Europea: normativa y jurisprudencia .....	89
4. Origen y evolución de la colaboración público-privada en España .....	91
5. Ley 30/2007, de 30 de octubre de contratos del sector público. Nueva categoría jurídica: Contrato de colaboración público-privada .....	95
5.1. Especial referencia al concepto de sector público .....	96
5.2. Nueva categoría jurídica: Contrato de colaboración público-privada .....	97
6. Recapitulación.....	100
Bibliografía .....	100

## 1. Introducción: planteamiento y definición de la colaboración público-privada

El concepto de colaboración público-privada tiene un significado muy amplio que puede englobar diversas fórmulas de participación, lo que ha provocado que instituciones y administraciones entiendan cosas distintas. En el ordenamiento jurídico de la Unión no hay una definición pormenorizada del contrato de colaboración público-privada que vincule a los Estados Miembros, de hecho, no se ha llegado a consenso en su denominación debido a la gran variedad de fórmulas asociativas utilizadas por los diferentes países. En el Estado español todas estas fórmulas de participación han cristalizado en un nuevo tipo contractual: el contrato de colaboración público-privado. La propia denominación del nuevo tipo plantea algunas dudas, ya que cualquier contrato en el que sea contratante una Administración pública es, por definición una forma de colaboración público-privada: si la Administración decide contratar un bien, servicio u obra con un particular, está solicitando de este su colaboración en la consecución, directa o indirecta, de una finalidad pública. Cabe plantearse en qué consiste esa colaboración cualificada que trata de incentivar fórmulas de incorporación de los particulares a la consecución de finalidades públicas acercándose a los modelos francés del *Partenariat* y británico de los *Public Private Partnerships*, presumiendo que formas clásicas como pueda ser el contrato concesional, no serían útiles en este nuevo trance (Carlón 2008, p. 655).

El *Public Private Partnership* se puede definir como una fórmula jurídica que acoge diferentes formas de cooperación, a medio-largo plazo, entre la Administración pública y el ámbito empresarial y/o sociedad civil, cuyo objetivo es la utilización de financiación y técnicas privadas para introducir la innovación en la prestación de un servicio prestado o no prestado tradicionalmente por el sector público.

La idea del *Public Private Partnership* no es nueva, las organizaciones públicas han confiado desde siempre en el sector privado para conseguir sus objetivos. Sin embargo lo que si se ha producido últimamente es un cambio de rol de la Administración pública, que ha desplazado la clásica gestión pública hacia modelos relacionales y de gestión de redes, en relación con la idea de corresponsabilidad y variedad de actores que deben coordinarse para llegar a soluciones (Saz 2004, p. 1).

El *Partnership* es una manera de diseñar y de ejecutar determinadas políticas públicas sobre la base de la colaboración entre los poderes públicos y el sector privado. Los *Public Private Partnerships* son acuerdos institucionales capaces de movilizar los recursos necesarios en la gestión pública activando la creación de redes interorganizativas complejas en las que participan actores tanto del sector público como del privado, y de generar relaciones de corresponsabilidad y, por consiguiente, de diálogo y cooperación, así como de participación en la gestión. En este contexto, un *Public Private Partnership* es una colaboración voluntaria y estable entre dos o más organizaciones públicas y privadas, autónomas, con el fin de desarrollar de manera conjunta productos o servicios, compartiendo riesgos, costes y beneficios (Ysa 2009, p. 25).

Los criterios restrictivos de Maastricht, ahora recogidos en el Tratado de Lisboa, en cuanto a déficit y deuda de las Administraciones Públicas han obligado a todos los Estados miembros a limitar el recurso al endeudamiento para la financiación de las obras públicas (Benito 2006, pp. 15-16).

La colaboración público-privada en la financiación de infraestructuras es un mecanismo que permite a los entes públicos controlar sus gastos difiriendo los pagos, controlar el déficit público conservando y ampliando la capacidad de inversión en proyectos sociales (Medall 2006, p. 81).

## 2. Colaboración público-privada

### 2.1. Características de la colaboración público-privada

Los contratos de colaboración público-privada suponen un cambio en la filosofía de la gestión de los asuntos públicos. Son modalidades contractuales con las que se logra un valor añadido complementario en la utilización del dinero público. También son una nueva forma de entender el rol de las Administraciones Públicas en el ámbito económico: de ser prestadoras de servicios pasan a ser reguladoras de las actividades de los privados (García 2005, p. 90).

Estas figuras resultan aplicables a la construcción, explotación y financiación de infraestructuras necesarias para la prestación de servicios públicos y actividades de interés general, actividades de interés económico, además de servir para la ejecución de infraestructuras de transportes o viarias (García 2005, pp. 93-95).

Los contratos de colaboración se caracterizan por su complejidad, ya que son complejos tanto por las prestaciones como en los sujetos participantes, que excede en mucho la relación bilateral entre Administración y contratista en el contrato de obras (González 2006, pp. 11-16).

También se caracterizan por 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. Se trata de proyectos de carácter duradero, y son proyectos donde los socios desarrollan conjuntamente productos y servicios compartiendo costes, riesgos y beneficios. Las dos diferencias entre el *Partnership* y otras fórmulas basadas en la colaboración son esta mayor duración y la transferencia de riesgos (Ysa 2009, p. 25).

El último elemento caracterizador de estos contratos de colaboración público-privada es que en ellos se produce un especial reparto de riesgos entre el contratista y la Administración en función de cuál sea el que este en mejor condición para afrontarlo (González 2006, pp. 11-16). En este especial reparto de riesgos, se transfieren al sector privado algunos de los riesgos que habitualmente soporta el sector público. No obstante, las operaciones de colaboración público-privada 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 mismos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos. 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. El modo de financiación del proyecto, en parte garantizado por el sector privado, se produce 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 (Colón de Carvajal 2009).

### 2.2. Incremento del uso de la colaboración público-privada y las causas del mismo

La utilización de los contratos de colaboración público-privados se ha ido incrementando conforme las Administraciones públicas han ido asumiendo nuevos servicios. La principal causa de ese incremento ha sido sin duda alguna, la insuficiencia de recursos públicos para hacer frente a las demandas de obras públicas y de prestación de servicios. De este modo, la utilización de determinadas fórmulas para la participación del sector privado en la financiación de obras públicas se perfila como una alternativa para poder seguir acometiendo inversiones de estas características (Blasco 2009, p. 20). El desarrollo de mecanismos que permitan la mayor eficiencia en la gestión de los recursos públicos escasos se ha convertido en una prioridad para las Administraciones Públicas y ha propiciado el acercamiento al

sector privado para que complemente los recursos necesarios para ejecutar los grandes proyectos públicos (Rodríguez 2006, p. 155). Así se consigue superar las grandes limitaciones presupuestarias, evitando las medidas impositivas.

Otro de los grandes motivos ha sido el intento de buscar medidas que no computen como déficit público para el cumplimiento de los límites en materia de déficit y endeudamiento públicos definidos por las reglas de estabilidad presupuestaria en la normativa europea y estatal. Los contratos de colaboración público-privada permiten el control del déficit ya que el sector público puede acometer la construcción de infraestructuras sin la necesidad de repercutir en los presupuestos o al menos no de forma inmediata.

La especialización funcional y la creciente fragmentación y complejidad de las sociedades occidentales, la descentralización y la fragmentación de las Administraciones Públicas, la creciente importancia del acceso a la información para coordinar y controlar los procesos, la interdependencia que hay entre actores en la elaboración y ejecución de políticas públicas y la creciente dificultad para separar lo público de lo privado son algunas de las principales razones para el auge de estas figuras (Ysa, Padros Saz, 2007, p. 133).

### 2.3. Argumentos a favor de la utilización de la colaboración público-privada

El empleo de las técnicas de colaboración público-privada supone importantes ventajas para el sector privado. Los *Public Private Partnerships* significan el acceso a grandes proyectos que si no se hiciesen en colaboración con el sector público no llegarían a realizarse (Ysa 2009, pp. 23-24). Para el socio privado, participar en dichos *Partnerships* supone la apertura de nuevos mercados, oportunidades de negocio, el compartir riesgos y la entrada en proyectos que, de otra manera, no se ejecutarían. Además se pueden establecer mejores relaciones con el sector público. En muchas ocasiones el sector privado puede estar más preparado que la Administración no solo para construir, explotar o prestar determinadas obras o servicios, sino incluso para hacer reconocibles para la Administración las necesidades mismas que puedan ser objeto de un sucesivo contrato (Carlón 2008, pp. 656-657).

Además también es ventajoso para el socio público, que puede seguir invirtiendo en bienes y servicios y ofreciendo respuestas a las necesidades sociales, en el marco de la normativa de estabilidad presupuestaria. Se consigue una mejora de la eficacia y eficiencia de la inversión pública de la Administración. En muchas ocasiones se ha acudido a la colaboración público-privada para llevar a cabo proyectos de inversiones que no hubieran sido posibles dentro de las disponibilidades presupuestarias del sector público. Además de todo esto, el sector público puede compartir o transferir parte del riesgo al sector privado y que cada uno de los socios se responsabilice del riesgo que esté en mejor disposición de gestionar (Ysa 2009, pp. 26-27).

Los contratos de colaboración público-privada pueden ser considerados como las técnicas que permitirán el mantenimiento del Estado de Bienestar, y la consecución de una equidad intergeneracional ante el gasto, ya que equipamientos no se financian íntegramente con cargo al presupuesto actual sino que van costeándose a lo largo de su vida útil.

Otra ventaja de su utilización es el control de costes y plazos de ejecución, ya que la empresa va a intentar que acaben las obras de la manera más rápida posible para que la infraestructura empiece a funcionar y se puedan obtener ingresos. La calidad del servicio se mantiene a lo largo de toda la vida del proyecto, y además habrá un control de los costes de mantenimiento (Medall 2006, pp. 81-82).

El sector público puede adoptar decisiones con una visión a largo plazo, sin estar constreñido por las restricciones presupuestarias a corto plazo. En un contexto de restricciones presupuestarias, la colaboración público-privada hace viables los

proyectos, desde el punto de vista de la financiación pública porque permite diferir los costes del proyecto a lo largo de la vida de la infraestructura. El sector público no empieza a pagar el proyecto hasta que no está en funcionamiento. Si se produce un retraso en los plazos de construcción, el sector público no se hace cargo de los costes ocasionados. El coste del sector público suele relacionarse con el nivel de calidad de los servicios ofrecidos y así el contratista privado tiene todos los incentivos para asegurar que la infraestructura se entrega a tiempo y que funciona de acuerdo con los niveles de calidad de servicio pactados. La colaboración público-privada obliga al sector público a centrar su atención en los resultados y beneficios desde el principio del proyecto (Esteban 2006, pp. 43-46).

#### 2.4. Críticas a la utilización de la colaboración público-privada

Como todo método de gestión la utilización de técnicas de colaboración público-privada, además de ventajas también plantea inconvenientes. La doctrina ha completado un listado de las principales dificultades que se plantean con las técnicas de *Public Private Partnership*:

En primer lugar, es de importancia destacar el punto de vista económico, ya que hay un mayor coste para la Administración frente al recurso del endeudamiento directo de ésta en los mercados, la transparencia presupuestaria es menor y se puede aducir que los esquemas de colaboración pueden hipotecar los presupuestos futuros (Rodríguez 2006, pp. 159-161).

Gestionar una infraestructura, un equipamiento o un servicio a través de un *Partnership* es difícil. El contrato de colaboración público-privada siempre será más costoso que el contrato de obras, por lo que la Administración tendrá que justificar en cada caso concreto si es viable económico, jurídico y socialmente emplearlo, en lugar de acudir al contrato público de obras (García 2005, p. 90).

Además es notable la complejidad administrativa del proceso, que es complejo y costoso en el tiempo, recursos y dinero, lo que exige disponer de una información detallada previa que permita determinar el nivel y calidad de los servicios futuros que la infraestructura en cuestión va a prestar (Esteban 2006, pp. 46-53).

Otro inconveniente se presenta ya que no existen mecanismos de seguimiento adecuados que permitan evaluar la participación del sector privado en la provisión de infraestructuras. Además no se puede argumentar que el sector privado sea más eficiente *per se* que el sector público, sino que es algo que ha de verificarse caso por caso.

En muchos casos se plantean problemas de competencia, precisamente cuando una de las condiciones requeridas para que la colaboración público-privada garantice la mayor eficiencia e impulse la innovación es la existencia de competencia entre diferentes grupos o empresas rivales del sector privado para conseguir los contratos (Esteban 2006, pp. 46-53).

### 3. Orígenes europeos de la colaboración público-privada. Unión Europea: normativa y jurisprudencia

En Europa en este momento, la construcción de infraestructuras está en auge y por ello el tema de la colaboración público-privada es un tema de debate. Desde finales de los 90, la Unión Europea ha impulsado un proceso de desarrollo de los esquemas de colaboración público-privada con el objetivo de atraer recursos privados hacia los grandes proyectos de inversión pública, considerados esenciales para promover el crecimiento económico y la competitividad a nivel europeo (Rodríguez 2006, p. 153). El Consejo Europeo destaca la importancia de la realización de los proyectos prioritarios en materia de redes de transporte y de energía e invita a la Unión y a los Estados miembros a que prosigan sus esfuerzos de inversión y fomenten asociaciones entre los sectores público y privado (González 2006, pp. 8-9). El uso de estas técnicas se ha ido extendiendo a diferentes sectores. De las

infraestructuras de transporte se ha pasado a equipamientos inmobiliarios, sanidad, educación y seguridad pública. La Comisión Europea tiene interés en promover y desarrollar la colaboración público-privada. Hay un apoyo claro de la Unión Europea hacia el uso de la financiación privada en la provisión de infraestructura pública, incluyendo el mecanismo de la colaboración público-privada (Esteban 2006, p. 47). La Unión Europea comenzó a emplear una terminología hasta ese momento desconocida, la de colaboración público-privada, como una traducción de la anglosajona *Public Private Partnership*.

Los *Public Private Partnerships* han sido utilizados por muchos países de la Unión Europea como Reino Unido, Francia, Portugal, Alemania, Irlanda y España; y también se ha recurrido a su uso en otros países como Canadá, Estados Unidos y Australia.

Los *Public Private Partnerships* tienen su origen en Reino Unido en el año 1992<sup>1</sup> como parte de un programa de reformas emprendido por John Major denominado *Private Finance Initiative (PFI)*, cuyo objeto era modernizar las infraestructuras públicas recurriendo a la financiación privada (González 2006, pp. 8-9). Así, los contratistas ya no vendían los activos que han construido sino que se convertían en proveedores de servicios a largo plazo a la Administración para sí misma o para los usuarios. Su filosofía consistía en evaluar con el criterio del "*value for money*" las diversas opciones de financiación, pública o privada, de cada uno de los proyectos que se licitaban, de tal manera que el sector privado asumía los riesgos que sea capaz de gestionar con mayor eficiencia. También se utilizaba otra herramienta para evaluar estos proyectos de colaboración público-privada, el "*public sector comparator*". Éste perseguía la evaluación hipotética de todos los costes susceptibles de aparecer si se ejecutaba el proyecto por la Administración, ajustado por la transferencia de los riesgos, a su valor actual, pero presentaba algún inconveniente ya que determinados costes no son cuantificables y determinadas externalidades no se valoran (García 2005, pp. 101-102).

También en Francia el recurso a la colaboración y al *Public Private Partnership* tiene una larga tradición que data del siglo XVI, aplicada principalmente a las infraestructuras de transporte teniendo como modelo de base la concesión de servicio público. Cabe mencionar en este sentido, la construcción del Canal de Provenza en el siglo XVI, el Canal de Midi en el siglo XVII, ferrocarriles, redes de distribución de agua, teléfono y electricidad en el siglo XIX, en todos los aspectos de la edad de oro de la Concesiones en Francia. En el siglo XX, a pesar de la tendencia histórica hacia la expansión y fortalecimiento del sector público, especialmente a través de las nacionalizaciones se produjeron después de 1945, el desarrollo de la red nacional de carreteras, recogida y tratamiento de residuos o las redes de calor se han hecho de este modo. La Administración francesa a mediados de la década de los ochenta entendió los *Partnerships* como una mejor adecuación entre la inversión y los mercados. El Estado, los cargos electos y el mundo económico, constatando la complejidad y la globalidad de los problemas a los que se enfrentaban y que las inversiones a realizar superaban generalmente las capacidades de financiación de una colectividad pública, vieron la necesidad de mantener entre los protagonistas públicos y económicos relaciones distintas de las estrictamente jerárquicas y normativas. Comenzaron a establecer relaciones de *Partnership* y el término de *Partenariat* fue oficialmente adoptado (Hémery 1998, p.

---

<sup>1</sup> Los principales proyectos de *Public Private Partnerships* en el Reino Unido han sido en materia de transporte: London Underground (LU) PPP, Channel Tunnel rail link, National Air Traffic Services (NATS), M6 Toll Road, LU Ltd Northern Line trains, Second Severn River Crossing, LU Ltd Communications, Section Of (M) road, Nottingham light rail y London Regional Transport Croydon Tramlink. En materia de defensa, Skynet 5 military satellite communications, Royal Navy Fleet Communications Service, Defence main building refurbishment y Armed Forces Personnel Admin Agency. En materia de interior el National Police Digital Radio Service, en medio ambiente East Sussex & Brighton Waste Management. En sanidad la University College London - New Hospital. Glasgow Schools Project en materia de educación y Employment Service IT Partnership en materia de trabajo y pensiones.

348). Hoy en día, más de 20.000 concesiones de servicios públicos (concesiones o arrendamientos) están en vigor en Francia en el plano nacional y local, sirviendo a una gran parte de la población en las áreas mencionadas. En junio de 2004 se promulgó una nueva Ley<sup>2</sup> creando el "*Contrat de Partenariat*" (Bergère 2006, p. 59).

La Unión Europea ha redactado bastantes Recomendaciones sobre la puesta en práctica de proyectos de participación público-privada. Sin embargo se ha encontrado con dificultades para promover un marco general común que sea aceptado por los Estados miembros, debido a que el marco jurídico es diferente en cada país. También algunos países cuentan ya con un estilo particular de promover proyectos de participación público-privada, lo que ha generado importantes reticencias a la puesta en marcha de un marco común que pueda limitar la utilización de los esquemas que funcionan correctamente desde hace años (Vasallo, Izquierdo 2007, pp. 7-18).

La importancia de la colaboración público-privada se ve reflejada en la reforma de las normas de contratación. Ha habido una evolución de los planteamientos y de sus justificaciones. El punto de partida es el Libro Verde sobre colaboración público-privada que la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones, aprobado por la Comisión, con fecha de 30 de abril de 2004, que plantea la conveniencia de regular las formas de asociación entre el sector público y el privado. Este libro verde tiene como precedente el Dictamen del Parlamento Europeo de 10 de mayo de 2002, en el que instó a la Comisión a examinar la posibilidad de adoptar una propuesta de Directiva destinada a regular de manera homogénea el sector de las concesiones y otras formas de colaboración público-privada (Chinchilla 2006, p. 615).

Ha habido varias directivas a lo largo de los 90 respecto a la contratación pública en la Unión Europea: (1) la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, (2) la Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, (3) la Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra, pero no es hasta la publicación de (4) la Directiva 2004/18/CE, cuando se regulan muchos aspectos de los contratos de colaboración público-privada, incluyendo el importante diálogo competitivo en el procedimiento de adjudicación.

Respecto a la jurisprudencia es preciso destacar algunos asuntos de especial relevancia en esta materia. Así, las siguientes Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: Asunto Teckal C-107/98 de 18 de noviembre de 1999, Asunto Teleaustria C-324/98 de 7 de diciembre de 2000, Asunto Stadt Halle C-26/03 de 11 de enero de 2005, Asunto Parking Brixen C-458/03 de 25 de octubre de 2005, Asunto Tragsa C-295/05 de 19 de abril de 2007, Asunto Coditel Bravant C-324/07 de 14 de noviembre de 2008, Asunto Comisión Alemania C-480/06, de 9 de junio de 2009. En todos estos asuntos se abunda en el concepto de las operaciones *in house* que son aquellas que tienen lugar cuando la Administración utiliza sus propios medios para atender a necesidades de prestar determinados servicios, de realizar determinadas obras y de suministrar determinados bienes.

#### 4. Origen y evolución de la colaboración público-privada en España

Las formas de colaboración público-privada, como se ha explicado previamente, no son algo nuevo en muchos países como pone de manifiesto, entre otras, la figura tradicional de la concesión, que se ha utilizado ampliamente en España. La diferencia fundamental con las nuevas formas de colaboración público-privada es

---

<sup>2</sup> Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, sur les contrats de partenariat, J.O n° 141 du 19 juin 2004 page 10994.

que la rentabilidad para el sector privado está vinculada a los resultados y a la gestión del servicio ofrecido por la infraestructura a lo largo de toda la vida del contrato, por lo que existe una transferencia efectiva de parte de los riesgos que tiene el proyecto desde el sector público hasta el sector privado (Esteban 2006, p. 40).

Con el paso de los años, las diferentes fórmulas contractuales de colaboración han evolucionado de forma paralela con las Directivas comunitarias en materia de contratación pública hasta que en 2007 con la Ley de Contratos del Sector Público nace un nuevo contrato administrativo típico, independiente de los demás y con sus propias reglas de juego.

La colaboración público-privada en España tiene sus orígenes en algunas figuras que no se correspondían con esta denominación, pero que tenían las características más importantes de los contratos de colaboración actuales.

Para hacer una aproximación a esta materia, es preciso referirse brevemente al proceso por el que se llega a la Administración pública actual. A partir de la Revolución Francesa, la administración pasa a estar al servicio del ciudadano y su funcionamiento queda sujeto a normas jurídicas. Pero el núcleo de esa administración seguía girando en torno a actividades específicamente públicas sin correspondencia con la actividad de los particulares. En aquellos momentos del derecho administrativo no existían los contratos administrativos como figura, debido a que el aparato administrativo era autosuficiente para atender las necesidades de la sociedad en la pequeña parcela de la sociedad en la que intervenía. Se va evolucionando hacia una mayor intervención administrativa en áreas que afectan al funcionamiento de la sociedad. El progresivo incremento de las actuaciones del Estado provoca que la Administración Pública necesite utilizar la contratación con particulares para hacer frente a la realización de determinados servicios para atender a sus necesidades de funcionamiento (Morant 2002).

La concesión de obras públicas tiene sus antecedentes en la construcción de obras por empresa que preveía la Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas, aprobada por Real Decreto de 10 de octubre de 1845. La concesión fue utilizada durante el siglo XIX para la realización de obras costosas y susceptibles de explotación económica, como el tendido de líneas ferroviarias y algunas obras hidráulicas (Miguez 2008, p. 182).

Colón de Carvajal (2009) realiza un estudio pormenorizado de la regulación de la concesión en la legislación española a través de los últimos años. Tal y como señala este autor, la concesión se reguló expresamente en la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, según la cual: "Los particulares y Compañías podrán también construir y explotar obras públicas destinadas al uso general y las demás que se enumeran en el art. 7 de esta ley, mediante concesiones que al efecto se les otorguen". Siguiendo las prescripciones de la Ley, concretamente al citado artículo 7, las infraestructuras objeto de este contrato primitivo de concesión podían ser las carreteras y los ferrocarriles en general, los puertos, los canales de riego y navegación, la desecación de lagunas y pantanos, así como el saneamiento de terrenos insalubres. Por vez primera se presenta la posibilidad de que "particulares y Compañías" participen en la construcción y explotación de infraestructuras públicas a través de la fórmula de la concesión, instrumento de base asociativa que actualmente sigue sustentando muchos contratos de colaboración público-privada.

En el citado estudio se recoge que la segunda norma que aparece con esa misma naturaleza de colaboración público-privada es el Real Decreto-Ley de 28 de julio de 1928, por el que se regulaban las cooperaciones y auxilios de los usuarios industriales en las obras de regularización y aprovechamiento de los ríos. El art. 3 del Real Decreto Ley establece que: "Las obras de regularización o modificación del régimen de las aguas que se proyecten por iniciativa particular y que no afecten

más que a sus industrias no podrán ser auxiliados, por ningún concepto, por las Confederaciones, pudiendo tan solo autorizarse a los concesionarios un canon a su favor". Así se plantea la cooperación entre el sector privado (los usuarios industriales) y el sector público (Confederaciones) (Colón de Carvajal 2009).

Posteriormente, como señala Colón de Carvajal (2009), se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 que establecía en su art. 114 que los servicios de competencia de las Entidades locales podían prestarse mediante concesión administrativa, salvo en los casos en que esté ordenada la gestión directa.

La falta de una regulación legal de fondo de los contratos de la Administración, distinta de la del Derecho Privado, empezó a cambiar con el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953. Poco tiempo después, y en la misma línea, se aprueba la Ley de Bases de Contratos del Estado, de 28 de diciembre de 1963 (Texto Articulado aprobado por Decreto de 8 de abril de 1965), procedió a una regulación exhaustiva de la contratación pública estatal (Martín 2008, pp. 375-378). En esta norma aparece regulado en sus artículos 62 a 82 el contrato de gestión de servicios públicos, definido como "el contrato mediante el cual el Estado encomiende a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio". El Estado podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, todos los servicios de su competencia siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares y mientras no impliquen el ejercicio de poderes soberanos. Finalmente, el art. 66 establece que la contratación de los servicios públicos podrá adoptar la modalidad de concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su riesgo y ventura, pudiendo ser entendido éste como un auténtico reparto de riesgos entre socio público y privado, o mediante la creación de una sociedad de economía mixta en que el Estado participe por sí, o por medio de un ente público estatal, en concurrencia con personas naturales o jurídicas (Colón de Carvajal 2009).

En esos momentos en Europa, a través de la aprobación de diversas Directivas se abordaba la regulación de la contratación pública. Al mismo tiempo, el legislador español aprobaba la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, que volvía a ratificar la apuesta de España por las fórmulas contractuales de raíz asociativa. Con las Directivas se quería hacer una reforma en profundidad de los contratos públicos. Se pretendía sustituir la anterior normativa sobre esta materia, cuya finalidad era la de facilitar la libertad de circulación, dotándola de una mayor transparencia, información, accesibilidad, especificación y equidad a los procedimientos de adjudicación, por tratarse de un campo excesivamente protegido por los Estados miembros. Como dice Colón de Carvajal (2009), la finalidad de la misma era la eliminación de las restricciones a la libre contratación para que las empresas comunitarias que concurrieran a la obtención de un determinado contrato se encontraran en condiciones de igualdad práctica.

Se aprobaron tres Directivas en materia de contratos públicos, a saber: (1) la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, (2) la Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro y (3) la Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra. Las Directivas clásicas se transpusieron por medio de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Esta norma no solo no solucionó los problemas principales en materia de contratación que se venían arrastrando de la Ley de Contratos del Estado de 1965, sino que perpetuó las carencias en los procedimientos, técnicas y sistemas de contratación. No traspuso, además, la Directiva 89/665/CEE del Consejo porque, tal y como decía

la propia Ley 13/1995, "la materia de recursos que constituye su objeto es ajena a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y respecto a la primera, además, porque nuestro Ordenamiento Jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales vigentes, se ajusta ya a su contenido". Esto no impidió la condena a España del TJCE por incumplimiento en la transposición de la misma, siendo incorporada definitivamente en 2007 por la Ley de Contratos del Sector Público (Colón de Carvajal 2009).

A través de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modificaba la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, el legislador español se vio obligado a corregir las enormes carencias de la norma anterior. Finalmente el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas solucionó los problemas de las dos normas anteriores, estableciendo un sistema de contratación para todas las Administraciones Públicas.

Pero no se incorporaban la totalidad de exigencias derivadas del derecho comunitario en la materia. El incumplimiento de estas obligaciones en su integridad daría lugar a tres sentencias de condena por parte del TJCE (sentencias Comisión contra España de 15 de mayo<sup>3</sup>, de 16 de octubre de 2003<sup>4</sup> y de 13 de enero de 2005<sup>5</sup>) y a la consiguiente modificación de algunas prescripciones del Texto Refundido (a través de la Ley 69/2003, de 30 de diciembre y del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo), en particular las relativas al ámbito de los entes sujetos a las normas de contratación pública. A estas circunstancias se unirá la sustitución de las primeras Directivas comunitarias (92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, 93/36/CEE de 14 de junio de 1993 y 93/37/CEE de 14 de junio de 1993) por la actual Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, que al mismo tiempo que refunde las anteriores incorpora numerosos cambios trascendentales (también será sustituida con análoga incidencia, la Directiva 93/38/CEE, por la Directiva 2004/17/CE, de 31 de marzo de 2004) parcialmente modificadas, a su vez, por el Reglamento CE 2083/2005, de la Comisión, de 19 de diciembre (Martín 2008, pp. 375-378).

La legislación más reciente ha establecido las bases para acoger fórmulas de colaboración utilizadas en otros países y basadas precisamente en técnicas concesionales. El primer paso en este sentido fue la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública. Ésta abrió las puertas a la colaboración público-privada no institucionalizada basada en contratos concesionales. La Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, ha constituido un hito esencial en esta tendencia de tipificación de la colaboración entre el sector público y privado al regular el contrato que bajo esta misma denominación facilitará la realización de proyectos que no son susceptibles de explotación comercial. También influirá en los que el coste no puede ser repercutido a los ciudadanos, debiendo ser asumido por la Administración (Blasco 2009, p. 64).

La razón por la que la Ley 30/2007 regula el contrato de colaboración público-privada, se encuentra en el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 25 de febrero de 2005 (BOE de 2 de abril de 2005) que contiene mandatos a los distintos Ministerios para que lleven a cabo un conjunto de medidas. En concreto el mandato 44º está dirigido al Ministerio de Economía y Hacienda para que en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, además de trasponer la Directiva 2004/18/CE, incorpore una regulación de los contratos de colaboración entre el sector público y el privado, para el cumplimiento de obligaciones de servicio público. Todo esto

<sup>3</sup> Asunto Comisión c. España C-214/00 que condenaba a España por incumplimiento de la Directiva 89/665/CEE.

<sup>4</sup> Asunto Comisión c. España SEIPSA C-283/00.

<sup>5</sup> Asunto Comisión c. España C-84/03 que condenaba a España por la insuficiente delimitación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

procede del derecho comunitario, en concreto del Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones, aprobado por la Comisión, con fecha de 30 de abril de 2004. Este libro verde tiene como precedente el Dictamen del Parlamento Europeo de 10 de mayo de 2002, en el que instó a la Comisión a examinar la posibilidad de adoptar una propuesta de Directiva destinada a regular de manera homogénea el sector de las concesiones y otras formas de colaboración público-privada (Chinchilla 2006, pp. 614-615).

La Ley de Contratos del Sector Público de 2007 incluye sustanciales innovaciones que afectan a la articulación de un nuevo procedimiento de adjudicación, el diálogo competitivo, pensado para contratos de gran complejidad en los que la definición final de su objeto solo puede obtenerse a través de una interacción. En estas interacciones entre el órgano de contratación y los licitadores, se articulan técnicas para racionalizar la adquisición de bienes y servicios, asimismo opta por la plena inserción de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en el ámbito de la contratación pública (Parada 2008, pp. 244-246).

La nueva ley tipifica, adelantándose a una futura exigencia comunitaria, los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado como nueva figura contractual. Ésta se puede utilizar para la obtención de prestaciones complementarias o afectadas de una cierta indeterminación inicial, y cuya financiación puede ser asumida, en un principio, por el operador privado. Mientras tanto el precio a pagar por la Administración podrá acompañarse a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyan su objeto (Martín 2008, pp. 375-378).

##### **5. Ley 30/2007, de 30 de octubre de contratos del sector público. Nueva categoría jurídica: Contrato de colaboración público-privada**

Una de las mayores novedades que la vigente Ley 30/2007 introduce es la incorporación de un nuevo contrato típico, denominado contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Antes de la Ley de 2007 no existía en España un contrato típico de *Partnership*. Como la actividad administrativa es cada vez más compleja y la Administración es incapaz de acometer todos los proyectos de manera unilateral (Padros 2009, p. 260), han sido muchas las variantes contractuales que en la práctica han venido identificándose bajo el género de colaboración público-privada tanto para llevar a cabo proyectos de infraestructuras como para garantizar la gestión de servicios públicos, instrumentando la colaboración o asociación del sector público y el sector privado y encajando en el concepto genérico de *Partnership*. De este modo parecía que con el nuevo contrato típico se había pretendido reconducir a la unidad todas las figuras conocidas. Se trataba de dotar de seguridad jurídica a unas operaciones para la generación de confianza en el inversor privado, particularmente en términos de estabilidad y rentabilidad. Pero el encaje de aquellas figuras es bastante complicado y ha quedado como un precepto bastante indefinido (Carlón 2008, p. 658).

La Ley de Contratos del Sector Público viene a sustituir a la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pero no totalmente ya que dejan vigentes los preceptos que regulan la financiación privada del contrato de concesión de obra pública. La causa es la Disposición Final Décima de la Ley que dice que en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno someterá al Congreso de los Diputados un proyecto de Ley en el que regulen las modalidades de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas o por los titulares de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como el régimen de garantías que puede aplicarse a dicha financiación (Chinchilla 2006, p. 613).

La Exposición de motivos de la Ley 30/2007 las considera como nuevas figuras contractuales que podrán utilizarse para la obtención de prestaciones complejas o

afectadas de una cierta indeterminación inicial, y cuya financiación puede ser asumida, en un principio, por el operador privado, mientras que el precio a pagar por la Administración podrá acompañarse a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyen su objeto.

Este nuevo contrato típico de colaboración público-privada recogido en el artículo 11, comparte muchas características con esas figuras anteriormente utilizadas, pero también presenta algunas diferencias. Una de las características del contrato de colaboración parece ser la financiación por parte del contratista, lo que se asemeja al contrato de concesión de obra pública. Pero a diferencia de este, mientras la concesión de obra pública es susceptible de explotación económica por el concesionario, en el contrato de colaboración no ocurre así, retribuyéndose al contratista mediante el abono de un precio que se satisfará durante el plazo del contrato (Padros 2009, p. 260).

Según la nueva estructura conceptual de la Ley, el de colaboración entre el sector público y el sector privado es un contrato del sector público, típico o nominado, sujeto a una regulación armonizada, y administrativo, ya que, de acuerdo con la definición que del mismo realiza el artículo 11, el contrato de colaboración público-privada se ha previsto en la Ley como un contrato que podrán celebrar, solo y exclusivamente, las entidades del sector público que tengan consideración de Administración Pública (Chinchilla 2006, p. 613).

#### *5.1. Especial referencia al concepto de sector público*

Llegado a este punto es necesario hacer una referencia al concepto de sector público en la Ley, ya que se habla de colaboración entre el sector público y el sector privado, pero el mencionado artículo 11 utiliza un concepto más estricto, ya que tan sólo las Administraciones Públicas podrán ser parte contratante de un "contrato entre el sector público y el sector privado".

La Ley en su artículo 3.2 delimita, a sus efectos, el concepto de Administraciones Públicas incluyendo: la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local, las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, los organismos autónomos, las universidades públicas, las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

Por otro lado también se corresponden con el concepto de Administración Pública las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes: (1) que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o (2) que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

La Ley también dice que no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales.

La exclusión de las entidades públicas empresariales del concepto de Administraciones Públicas a los efectos de la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público trae como consecuencia, en lo que supone que los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado sólo podrán entablarse por Administraciones Públicas en los términos de la Ley. Así importantes entidades públicas empresariales que actúan en sectores que serían escenario natural para el

establecimiento de esos contratos no puedan recurrir a esta forma contractual (Carlón 2008, pp. 659-660).

En la Disposición Final 5ª se dispone la modificación del artículo 22.3.b) de la Ley 39/2003, del sector ferroviario, para ajustar a la entidad pública empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias el régimen de contratación establecido en la Ley de Contratos del Sector Público para las Administraciones públicas.

En la Disposición Adicional 25ª se dice que el régimen de contratación del Instituto Español de Comercio Exterior, la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, el ente público Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias será el establecido en esta Ley para las entidades públicas empresariales, que por lo tanto no podrán utilizar el contrato de colaboración del artículo 11.

Lo mismo se podría decir de los consorcios, ya que aun cuando no sean objeto de una exclusión taxativa de la consideración de Administraciones Públicas a los efectos contractuales como la que se dedica a las entidades públicas empresariales, no aparecen mencionados en el artículo 3.2 (Carlón 2008, pp. 659-660).

Realizadas estas aclaraciones sobre algunos de los conceptos que aparecen en la Ley, procede continuar con la descripción del nuevo contrato.

#### *5.2. Nueva categoría jurídica: Contrato de colaboración público-privada*

La nueva categoría jurídica que se recoge en el artículo 11, describe un contrato complejo en el que se establece una colaboración entre una Administración y una entidad de derecho privado. Se trata de una colaboración con una duración determinada. Se establece además la necesidad de una actuación global e integrada que además cumpla el objetivo del servicio público, relacionado con las actuaciones de interés general. Este contrato abunda en el recurso al capital privado para satisfacción de intereses públicos, en la línea ya experimentada de la financiación a infraestructuras públicas con cargo a fondos privados, como los famosos peajes en la sombra<sup>6</sup> o el contrato de concesión pública entre otros (García 2009).

El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, comporta un acuerdo global que integra la realización de obras, su financiación y mantenimiento o explotación durante un largo periodo que se corresponde con la amortización económica de la operación, remunerándose el contratista mediante un precio aplazado y dependiente del éxito y riesgo de la operación, cuyos costes en todo caso deben definirse con la mayor transparencia, distinguiendo los correspondientes a la constitución, financiamiento y explotación. Se trata de un contrato solo justificable cuando la finalidad perseguida no es posible atender con otros contratos, dada la complejidad del proyecto o la urgencia de su realización (Parada 2008, p. 365).

Se plantea un reto para las Administraciones ya que la utilización eficiente de estos esquemas requiere: (1) la realización de un análisis previo de viabilidad económico-financiera del proyecto. (2) el establecimiento de esquemas contractuales estandarizados que reduzcan el riesgo regulatorio, aporten seguridad jurídica y la flexibilidad necesaria, y (3) implantación de métodos de seguimiento y evaluación de resultados que permitan corregir desviaciones y eviten efectos indeseados para la Administración tanto en términos de costes, como de provisión eficiente y

---

<sup>6</sup> El sistema de financiación de carreteras con peaje en la sombra consiste en el pago diferido del proyecto, construcción, financiación, operación y mantenimiento de la carretera por parte de la Administración competente mediante un canon que es proporcional al tráfico, medido en vehículos-km. Se eliminan las barreras de peaje y el tráfico se cuenta de forma automática sin que el usuario se vea afectado. El peaje no lo pagan, pues, los usuarios de la carretera, como ocurre con el peaje directo, sino que lo hace la Administración con cargo a sus asignaciones presupuestarias anuales.

continuada de los servicios. Para ello se necesitan unidades especializadas, que en otros países europeos ya se han establecido (Rodríguez 2006, p. 161).

Este tipo de contrato establece una regulación administrativa diferente y específica a los efectos de introducción de técnicas que no llegan a ser patrocinio o *Partnership*, sino que implican la conjunción de diversas modalidades contractuales en una sola, además del recurso a una financiación privada para satisfacción de intereses públicos de carácter general (García 2009).

El contrato de colaboración público-privada tiene elementos que están bastante indeterminados, debido seguramente a la complejidad de las prestaciones que han de proporcionar los contratistas para la consecución de una finalidad que resulta dificultosa. Lo que tiene que proporcionar el ordenamiento jurídico es un marco habilitante para la concertación a través de esta modalidad, y establecer las garantías básicas en defensa del interés general. La flexibilidad y el aporte de fórmulas imaginativas en la prestación del servicio quedarían en nada si es contrato está absolutamente estructurado en la legislación (González 2006, pp. 21-24).

Si bien el Libro Verde de la Comisión de 2004 distingue entre colaboración público-privada según se formalice en forma de contrato o se institucionalice mediante la creación de una entidad donde participan conjuntamente el socio público y privado, esta distinción no se plasma en la nueva Ley. De esta manera, la segunda modalidad de colaboración en el ordenamiento administrativo español debería reconducirse bien a la personificación privada de un gestor de un convenio de colaboración público-privada o bien a la creación de una entidad colaboradora mixta desconocida en nuestra experiencia jurídica (Padros 2009, p. 260).

Del texto del artículo 11 de la ley se deducen los elementos característicos del contrato de colaboración público-privada son su objeto, su carácter subsidiario, su duración, su forma de remuneración y el papel del empresario privado (Chinchilla 2007, p. 189).

Respecto al objeto del contrato de colaboración público-privada, la Ley 30/2007, de 30 de octubre dice que son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado

... aquéllos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones: (1) 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 (García 2009)<sup>7</sup>, (2) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas, (3) 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, y (4) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado (art. 11.1 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público)

Cabe destacar en el ámbito específico de estas prestaciones concretas el enorme margen de apreciación subjetiva y por tanto de discrecionalidad que la norma deja a la Administración contratante en la determinación y descripción de las prestaciones a desarrollar para la realización de la actuación de interés general o la prestación del servicio público correspondiente (García 2009).

---

<sup>7</sup> En el apartado (1) se consigna una versión más avanzada de los contratos de suministro y mantenimiento y los contratos de concesión de obra pública.

En segundo lugar, tal y como dice el artículo 11.2 de la Ley es un contrato con carácter subsidiario. Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas.

Otro de los elementos característicos de este contrato es que es un contrato de larga duración. El artículo 11.1 habla de un periodo determinado, y ello se tiene que poner en relación con el artículo 290 que establece que el plazo máximo de estos contratos será de 20 años. A continuación se añade una excepción ya que cuando por razón de la prestación principal que constituye su objeto y de su configuración, el régimen aplicable sea el propio de los contratos de concesión de obra pública, se estará a lo dispuesto en el artículo 244 sobre la duración de éstos.

El artículo 11.4 de la Ley establece que la contraprestación o remuneración a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento. Aquí radica la principal diferencia con el contrato de concesión de obras públicas en el que existe un vínculo directo entre el concesionario y el usuario de la obra pública o del servicio, ya que en el contrato de colaboración público-privada dicho vínculo no existe. En el contrato de colaboración público-privada dicho vínculo no existe, ya que el contratista hace una obra para la Administración y ella es la que paga por su uso, por mucho que ésta a su vez, preste sobre esa infraestructura un servicio al público. La remuneración del contratista es la renta que le pagará la Administración a lo largo de la duración del contrato (Chinchilla 2007, p. 189).

El relevante papel del empresario privado, el último elemento caracterizador del contrato, queda reflejado en el dictado del artículo 11.3. Señala que el contratista puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos.

Además es preciso añadir a todo lo anterior, que el contrato de colaboración público-privada no tiene un régimen jurídico propio sino que se le aplica el del contrato con cuyo objeto se corresponda su prestación principal. Tal y como establece el artículo 289, estos contratos de colaboración se regirán por las normas generales contenidas en el Título I de la Ley y por las especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal de aquél. Estas normas delimitarán los deberes y derechos de las partes y las prerrogativas de la Administración, por lo que es de especial importancia la identificación de la prestación principal.

La apertura del procedimiento se produce cuando los órganos de contratación publican un anuncio de licitación en el que darán a conocer sus necesidades y requisitos. Posteriormente tendrán lugar las solicitudes de participación.

El procedimiento de adjudicación establecido por la Ley, surge como reacción a la jurisprudencia del TJCE que prohibía la existencia de contactos en el marco de los procedimientos abiertos y restringidos actuales, y porque el recurso al procedimiento negociado con publicación previa de un anuncio está limitado en la actualidad a situaciones excepcionales (García 2005, p. 111). Tal y como se establece en el artículo 164 de la Ley, la adjudicación de los contratos de colaboración público-privada, sin perjuicio de que pueda seguirse el procedimiento negociado con publicidad<sup>8</sup>, se realiza a través de un procedimiento llamado "diálogo

---

<sup>8</sup> Los contratos que celebren las Administraciones Públicas podrán adjudicarse mediante procedimiento negociado cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos, restringidos o de diálogo competitivo seguidos previamente sean irregulares o inaceptables por haberse presentado por empresarios carentes de aptitud, por incumplimiento en las ofertas de las obligaciones legales relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente y condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 103, por

competitivo". Esto consiste en que el órgano de contratación dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades. También servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta, pudiendo los órganos de contratación establecer primas o compensaciones para los participantes en el diálogo.

Posteriormente que el órgano de contratación evaluará las ofertas presentadas por los licitadores en función de los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo y seleccionará la oferta económicamente más ventajosa. Para esta valoración habrán de tomarse en consideración, necesariamente, varios criterios, sin que sea posible adjudicar el contrato únicamente basándose en el precio ofertado.

## 6. Recapitulación

Para concluir es preciso hacer una síntesis de lo expuesto. El *Public Private Partnership* es una fórmula jurídica que acoge diversas formas de colaboración, a medio-largo plazo, entre la Administración Pública y el ámbito empresarial y/o sociedad civil, cuyo objetivo es la utilización de financiación y técnicas privadas para innovar en la prestación de un servicio prestado o no prestado anteriormente por el sector público. La utilización de este procedimiento es ventajosa en muchos casos tanto para el sector público como para el sector privado, pero no está exenta de inconvenientes como la pérdida en transparencia o la complejidad en su seguimiento.

En el contexto económico actual, ha habido un auge de los contratos de colaboración público-privada. Ante la insuficiencia de recursos públicos y en un intento de cumplimiento de los límites en materia de déficit y endeudamiento, las Administraciones han cambiado su filosofía en la gestión de los asuntos públicos.

La colaboración público-privada no es algo nuevo y se viene utilizando regularmente en ordenamientos jurídicos cercanos a través de figuras varias, pero no es hasta la entrada en vigor de la Ley 30/2007 cuando se introduce un nuevo contrato típico de colaboración público-privada en España.

Anteriormente, el sector privado ya había colaborado con el sector público. Por medio de esta nueva regulación, se ha tratado de llevar a la unidad todas las figuras jurídicas que se habían venido utilizando para ello, pero el resultado no ha sido un precepto claro. Reconducir y encajar todas esas figuras en una sola es complicado, y finalmente ha quedado como un precepto bastante indefinido. Por ello, quedan abiertos algunos problemas con respecto a esta colaboración público-privada que requieren del análisis pormenorizado de la doctrina administrativa, por la vinculación de este tipo de contratos con la consecución o materialización del interés general.

## Bibliografía

- Abelaira, A. J., 2006. La participación privada en la financiación de infraestructuras públicas: la experiencia de la Generalitat de Catalunya. *Presupuesto y Gasto Público*, 44, 129-152.
- Benito, B., 2006. Evaluación de los sistemas alternativos público privados para la financiación de infraestructuras. *Ekonomiaz*, 2006, 63, 14-37.
- Bergère, F., 2006. Le Partenariat Public-Privé en France. *Presupuesto y Gasto Público*, 45, 59-64.

---

infringir las condiciones para la presentación de variantes o mejoras, o por incluir valores anormales o desproporcionados, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato.

- Blasco, C., 2009. Cuestiones esenciales del análisis jurídico financiero de las fórmulas de colaboración público-privada en la financiación de obras y servicios públicos en España. *Pecunia: Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, 8, 17-70.
- Carlón, M., 2008. El nuevo contrato de colaboración público-privada. *Civitas: Revista Española de Derecho Administrativo*, 140, 653-684.
- Castiella, T., 2002. Partenariado público-privado: las Agendas Locales 21, participación y corresponsabilidad. En: *VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 Octubre 2002*. Disponible en: <http://www.ijj.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/C/LAD/CLAD%20VII/DOCUMENTOS/CASTIELL.PDF> [Acceso 20 abril 2012].
- Chinchilla, C., 2006. El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. *Civitas: Revista Española de Derecho Administrativo*, 132, 609-644.
- Chinchilla, C., 2007. La nueva Ley de Contratos del Sector Público: Ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas. Especial referencia al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. En: E. Ortega, dir. *Derecho Administrativo del siglo XXI*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 189-284.
- Colón de Carvajal, B., 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. *Noticias Jurídicas*. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/200910-43829474723947563.html> [Acceso 20 abril 2012].
- Esteban, M., 2006. La Colaboración Público Privada en la provisión de infraestructuras: una valoración de la experiencia internacional. *Ekonomiaz*, 63, 38-63.
- García, P. M., 2005. Los contratos de colaboración público-privada. *Revista Española de la función consultiva*, 3, 89-114.
- García, F., 2009. El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. *Actualidad Administrativa*, 10, 5.
- González, J. 2006. Contrato de colaboración público-privada. *Revista de Administración Pública*, 170, 7-39.
- Hémery, V., 1998. Le partenariat, une notion juridique en formation? *Revue Française de Droit Administratif*, 14 (2), 347-357.
- Martín, R., 2008. Teoría general de la contratación pública. En: R. Martín Mateo, J.J. Díez Sánchez. *Manual de Derecho Administrativo*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 363-408.
- Medall, F., 2006. Colaboración público privada: concesiones. En: *Estrategias de internacionalización de las constructoras españolas*. Minor thesis. Universitat Politècnica de Catalunya. Disponible en: <http://upcommons.upc.edu/pfc/bitstream/2099.1/3304/15/54112-15.pdf> [Acceso 20 abril 2012].
- Miguez, L., 2008. Las formas de colaboración público privada en el Derecho Español. *Revista de Administración Pública*, 175, 157-215.
- Morant, J., 2002. Los Contratos Administrativos. Introducción y comentarios generales sobre contratación administrativa. *Noticias jurídicas* [en línea]. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/15->

[Derecho%20Administrativo/200210-55561730810212721.html](#) [Acceso 20 abril 2012].

Padros, C., 2009. La articulación del concepto de "colaboración" desde el punto de vista del ordenamiento administrativo. *Civitas: Revista Española de Derecho Administrativo*, 142, 251-288.

Parada, R., 2008. Los contratos administrativos. En: *Derecho Administrativo I, Parte General*. Madrid: Marcial Pons, 235-367.

Rodríguez, N., 2006. Perspectivas de la colaboración público privada en la Comunidad de Madrid. *Presupuesto y Gasto Público*, 44, 153-166.

Saz, Á., 2004, La gestión de redes interorganizativas desde el sector público: el caso de los servicios sociales de Barcelona. En: *IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Madrid, 2-5 Noviembre, 2004*, Available from: <http://www.ijj.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/C/LAD/CLAD%20IX/documentos/sazcarra.pdf> [Acceso 20 abril 2012].

Vasallo, J.M., Izquierdo, R., 2007. La participación público privada en el nuevo Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público. *Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puerto*, 3478, 7-18.

Ysa, T., Padros, X., Saz, Á., 2007. La gestió interorganitzativa i els partenariats publicoprivats. En: *Els escenaris de la gestió pública del segle XXI*. Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya, Generalitat de Catalunya.

Ysa, T., 2009. La gestión de partenariados público-privados: tipologías y retos de futuro. En: C. Ramio. *La colaboración público-privada y la creación de valor público*. Barcelona: Diputación de Barcelona, 23-38.