

## EL RENOVADO PROTAGONISMO DE LA CONTRATACION PÚBLICO - PRIVADA EN LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE.

La corta edad de la Ley de Contratos del Sector Público no ha permitido la puesta en marcha de una figura contractual novedosa y atractiva: el contrato de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado. La ausencia de Jurisprudencia y de contratos anteriores que sirvan de referencia ha llevado al Sector a dejar un tanto de lado un instrumento que en un contexto económico como el actual se presenta como el mecanismo idóneo para la contratación pública. Frente a las ventajas que presenta su dinamicidad y su carácter abierto, se elevan los inconvenientes de su parca regulación y su joven trayectoria. La reforma que se pretende acometer desde la Ley de Economía Sostenible corrige las vaquedades de la figura y amplía notablemente su utilización.

**Grupo de Contratos del Sector Público**

**Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.**

El contrato de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado es una nueva forma contractual introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley de Contratos del Sector Público: la Ley 30/2007, de 30 de octubre (en adelante LCSP). Esta figura, prevista ya en la Directiva 2004/18/CE, pretende recoger una práctica contractual existente en los distintos Estados europeos para la colaboración a largo plazo de un socio privado con otro socio público en el **desarrollo de prestaciones complejas** y con **participación** de aquél en los **riesgos** y la **financiación** del proyecto.

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo abogados, S.L.P.

La Comisión Europea<sup>1</sup>, impulsora de esta figura – de su regulación y utilización por los Estados Miembros –, ha clarificado el régimen jurídico de los contratos de colaboración público-privada (en adelante **CPP**) mediante la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea<sup>2</sup>, de 12 de abril de 2008, relativa a la aplicación de dicho Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la llamada colaboración público-privada institucionalizada (**CPPI**)<sup>3</sup>.

En España, sin embargo, esta nueva figura contractual no ha obtenido el eco merecido y no se está utilizando para abordar la contratación de prestaciones complejas en un momento en el que los **avances tecnológicos** y la **dinamicidad de los mercados** aconseja acudir a formas de contratación que permitan **diseñar ex novo el marco jurídico contractual** y pactar un reparto de riesgos acorde con las características peculiares que sustentan cada contrato.

Ante esta realidad; una vez constatada la dificultad de utilización del contrato de colaboración público privada, y tras observar, no sin cierta sorpresa, como Administraciones y particulares se esfuerzan por encajar en otras formas contractuales tradicionales, **prestaciones** que encuentran su desarrollo natural bajo el **contrato de colaboración**; el legislador ha decidido dar carta de naturaleza a esta nueva figura ampliando y clarificando su regulación a través de la reforma que pretende acometer el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible (en adelante LES).

Señala la memoria de impacto del anteproyecto que uno de los objetivos de la misma es **impulsar la colaboración público privada** (tanto a través de fórmulas contractuales como institucionales), con objeto de contribuir a la **sostenibilidad de la financiación de las Administraciones Públicas y de**

---

1 Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type\\_doc=COMfinal&an\\_doc=2004&nu\\_doc=327](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=COMfinal&an_doc=2004&nu_doc=327)

2 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:091:0004:0009:ES:PDF>

3 El Parlamento Europeo dictó una Resolución legislativa sobre la colaboración público –privada en la que asumía la necesidad de clarificar la legislación en materia de creación de empresas público privadas en relación con la adjudicación de un contrato o una concesión (CPPI), e invitó a la Comisión a formular las aclaraciones pertinentes; lo que se acometió a través de la Comunicación interpretativa mencionada.

**fomentar formas de contratación que** – como ocurre con la contratación público-privada-, permiten crear las condiciones necesarias para **incrementar la eficiencia en la gestión de los fondos públicos y aumentar la inversión en infraestructuras y dotaciones clave.**

Con este fin, el anteproyecto:

- Amplía notablemente la utilización de esta forma de contratación al permitir su empleo no solo a las Administraciones Públicas – como establece la LCSP -, sino **también a las entidades públicas empresariales** (en adelante EPEs) y a los organismos similares de las Comunidades Autónomas (I).
- Reduce las cargas procedimentales al **eliminar la obligación** de realizar la “**evaluación previa**” cuando la Administración o entidad en la que se integre o de la que dependa el órgano que pretenda realizar el contrato, ya la hubiese efectuado previamente para un supuesto análogo (II).
- Se **flexibiliza el régimen de financiación** de los contratos de colaboración público-privada y en especial se da un impulso notable a los contratos de colaboración SP-SP bajo **fórmulas institucionales** (III).

**I** En efecto, el Anteproyecto de LES acaba con el **monopolio de las Administraciones Públicas** en la utilización de esta forma contractual – cualquier otro organismo o entidad que tuviera la consideración de Sector Público pero que no fuera Administración Pública podía por supuesto usarla si bien no como un contrato administrativo sino como un contrato privado -, y amplía la posibilidad de celebrar esta clase de **contratos administrativos** a las **EPEs** y a los organismos similares de las Comunidades Autónomas mediante la modificación del apartado 1 del artículo 11 LCSP.

**II** El Anteproyecto **elimina** la obligación de realizar la “**evaluación previa**” cuando la Administración o entidad en la que se integre o de la que dependa el órgano de contratación, ya la hubiese efectuado previamente para un supuesto análogo, lo que reduce gastos y cargas administrativas que entorpecen la contratación.

**III** Se flexibiliza el **régimen de financiación** de las CPP y se **impulsa** la colaboración público-privada institucionalizada (**CPPI**).

El artículo 52 de la LES añade a la LCSP una nueva disposición adicional trigésimo cuarta en la que bajo la rúbrica "**Régimen de adjudicación de los contratos públicos en el marco de fórmulas institucionales de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado**", da un espaldarazo a esta forma de contratación, fomentando la adjudicación de los contratos públicos directamente a una sociedad de Economía Mixta en la que concurren capital público y privado.

Por otro lado, y con el objetivo ya señalado en la memoria de incrementar la eficiencia en la gestión de los fondos públicos y de aumentar la inversión en infraestructuras, el artículo 38 de la LES establece en su apartado 2.a) que cuando se determine el **régimen de remuneración del contratista** podrán establecerse precisiones sobre las garantías que conforme a lo previsto en las disposiciones reguladoras de la financiación privada de las concesiones de Obras Públicas puede obtener el contratista para la **captación de la financiación** necesaria para la ejecución del contrato.

Respecto de los contratos de colaboración público-privada bajo fórmulas institucionales establece, el apartado 3 del artículo 38 LES, que la **financiación de las sociedades de economía mixta constituidas para la ejecución del contrato** de acuerdo con la Disposición Adicional 34 LCSP antes mencionada, podrá articularse:

- Mediante la **emisión de obligaciones, empréstitos o créditos participativos**;
- Acudiendo a **ampliaciones de capital**, siempre que la nueva estructura del mismo no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación (salvo que hubiera estado prevista en el contrato);
- Mediante la **titulización de los derechos de cobro** que ostenten frente a la entidad adjudicadora del contrato cuya ejecución se le encomiende, previa autorización del órgano de contratación, cumpliendo los requisitos previstos en la normativa sobre el mercado de valores.

Así las cosas, si la reforma prevista por el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible prospera en estos términos, el **contrato de colaboración** (en sus dos modalidades de colaboración contractual y colaboración institucionalizada) será objeto de un impulso notable - formal (en su regulación) y materialmente (en su utilización) -, que aconseja valorar su utilización para aquellos supuestos en los que la complejidad de las prestaciones, su indefinición originaria o la necesidad de su modernización constante obligaba al diseño de **contratos mixtos** de difícil interpretación y ejecución.

Por otro lado, el **reparto de riesgos**, la participación del socio privado en el **diseño del contrato** –mediante el procedimiento de diálogo competitivo –, y la mejora de los **mecanismos de financiación** del mismo aconsejan reconsiderar el valor de esta figura y potenciar su empleo para optimizar los recursos y rendimientos de ambas partes en el Sector.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. esta integrado por Juan Santamaría Pastor, Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Alejandro Hernández del Castillo y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma [jlpalma@gomezacebo-pombo.com](mailto:jlpalma@gomezacebo-pombo.com) o al Departamento de Derecho Administrativo, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel: 915 829 415)