

LOS CONTRATOS DE COLABORACION ENTRE LOS SECTORES PUBLICO Y PRIVADO EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PUBLICO: FORMULAS DE COLABORACION Y REGIMEN DE DISTRIBUCION DEL RIESGO EN DICHSO CONTRATOS

KOKOPELLI 2010

I. INTRODUCCION

"The global market for Public-Private Partnerships in 2009 was characterised by a slowdown of economic activity in both advanced and emerging economies. However, recession-hit PPP professionals still had a busy year as activity fared relatively well compared to other infrastructure markets.

2009 was down from previous years, but still better than 2005. Constrained finance resulted in diminished volumes, fewer opportunities, smaller deals and fewer closed transactions.

Most of the investment in PPP occurred in traditional markets and shifted from the transport sector to social infrastructure - which has more manageable, smaller debt requirements.

The market we see in early 2010 promises to open up and deliver better transactions".

Así empieza el artículo "Back to Schools - PPP/PFI Outlook 2010", publicado en la prestigiosa revista económica sectorial digital británica "Infrastructure Journal" (<http://www.ijonline.com>) el día 3 de marzo de 2010; revista que opera como observador mundial del mercado de los proyectos de colaboración entre los sectores público y privado. La simple lectura de este fragmento nos permite señalar que la existencia de un mercado de proyectos de colaboración público-privada reconocido a nivel global es una realidad; que se trata de un mercado que ha sabido sobrevivir a la crisis, en la que la mayor parte de las economías mundiales se encuentran todavía inmersas, con mayor éxito que otros; en el que tienen cabida proyectos de interés público de muy diversos ámbitos; y que se percibe como un mercado capaz de generar crecimiento.

Sin embargo, a qué nos referimos cuando hablamos de contratos de colaboración entre los sectores público y privado o asociaciones público-privadas. Para los economistas, políticos, consultores, entidades financieras, incluso periodistas, esta forma de colaboración tendrá un determinado significado. Desde el punto de vista técnico-jurídico, que es el que aquí nos interesa, también lo tiene y varía en función de cómo hayan sido tipificadas las

distintas formas de colaboración por el ordenamiento jurídico del país de que se trate y del análisis que de las mismas realiza la Unión Europea.

También podríamos preguntarnos en este epígrafe introductorio si nos encontramos ante una forma contractual novedosa, debiendo concluir, avanzándonos a la exposición que sigue, que no lo es. Al menos, no lo es en España donde el sector privado ha colaborado con el sector público para acometer proyectos de interés general desde finales del siglo XIX, si bien a través de instituciones como la concesión o el contrato de obra, por todos conocidas. Ello no obstante, desde finales del siglo XX y hasta el día de hoy la referencia a la colaboración entre el sector público y el sector privado se presenta o reformula como la solución a problemas de endeudamiento y déficit presupuestario de las Administraciones Públicas; como un mecanismo de "solidaridad intergeneracional"¹; y, aunque parezca contradictorio, como un mecanismo que ha de permitir la realización de proyectos de interés general y, en consecuencia, la posibilidad de prestar mejores servicios y realizar mejores infraestructuras para los ciudadanos, permitiendo al sector privado la obtención de beneficios por la realización de estas empresas y, como efecto final, el crecimiento de la economía -tanto del sector público como del sector privado- de los Estados del siglo XXI.

Ante el auge global de este tipo de soluciones basadas en la colaboración entre el sector público y el sector privado, debemos preguntarnos por las razones que lo han provocado, los objetivos a los que responden, las características que se atribuyen a este tipo de colaboración y, lo más importante, su encaje en el ordenamiento jurídico-público español. El objeto del presente trabajo consiste, pues, en analizar los siguientes extremos:

- (i) a qué nos referimos cuando hablamos de formas de colaboración entre el sector público y el sector privado como fórmula novedosa de asociación;
- (ii) la posición del Estado español y su concreción en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público ("**LCSP**"). Concretamente, nos referiremos a cómo ha resuelto la LCSP la posibilidad de que el sector

¹ Según GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., en "Contrato de colaboración público-privada", Revista de Administración Pública, núm. 170 (2006), entre los argumentos que utilizan los defensores del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado "suele haber un llamamiento a la denominada *solidaridad intergeneracional*, en el sentido de que con los CPP, se permite precisamente que no sea un generación la que corra con el coste de construcción, del que se van a beneficiar generaciones futuras. Esta proyección futura plantea el problema, sin embargo, de que con ello se está condicionando la acción pública en un número de anualidades que excede de los plazos normales en los procesos electorales y, por ende, cuestiona la capacidad de que la fuerza que ha obtenido la mayoría electora pueda desarrollar su programa de gobierno, ya que está condicionado por decisiones con las que puede no estar de acuerdo en el fondo o en la forma de ejecutarlo".

público español pueda suscribir acuerdos de colaboración público-privada con las características que les atribuye el Derecho de la Unión Europea, distintos de los que históricamente ha consagrado la normativa de contratos de las Administraciones Públicas, respetando y cumpliendo los principios generales de la contratación administrativa y permitiendo la consecución de los objetivos que se atribuyen a este tipo de fórmulas de colaboración, entre ellos, el reparto de riesgos entre la Administración contratante y el operador privado bajo la premisa irrenunciable de obtener *"better value for money"*, esto es, un mejor valor para el interés público por los recursos invertidos por su parte respecto del que se obtendría si la actuación se acometiera directamente por el mismo o a través de los mecanismos de contratación tradicionales; y

(iii) finalmente, y a modo de ejemplo, dos apuestas por el CPP: el proyecto "Xarxa Oberta", actualmente en licitación mediante diálogo competitivo por el Centre de Telecomunicacions i Tecnologies de la Informació de la Generalitat de Catalunya ² y los llamados "contratos de servicios energéticos" para el establecimiento de medidas de ahorro y eficiencia energética en el sector público³.

Antes de adentrarnos en el primero de los puntos objeto de estudio, con carácter preliminar haremos una breve referencia a cuáles han sido las formas de colaboración entre el sector público y el sector privado antes de la aprobación de la LCSP y despejaremos, en aras de una correcta comprensión del presente trabajo, la confusión a la que puede inducir la referencia genérica a "formas de colaboración entre el sector público y el sector privado" desde un punto de vista técnico-jurídico, a la luz del ordenamiento jurídico español.

² Procedimiento de licitación mediante diálogo competitivo para la adjudicación de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para el desarrollo de una o varias soluciones susceptibles de satisfacer las necesidades relativas a la construcción y explotación de una red de comunicaciones electrónicas de gran banda ancha y basada en fibra óptica que permita conectar las sedes de la Administración Pública de la Generalitat de Catalunya y, a la vez, aprovechar el excedente de capacidad de la red para facilitar la conectividad para el mercado mayorista (expediente CCPP/2010/01), cuyo anuncio fue publicado por Resolución del Centre de Telecomunicacions i Tecnologies de la Informació de la Generalitat de Catalunya en el Boletín Oficial del Estado, núm. 44, de 19 de febrero de 2010 ("**Contrato Xarxa Oberta**").

³ Por Acuerdo del Consejo de Ministros del 11 de diciembre de 2009, se aprueba el Plan de activación de la eficiencia energética en los edificios de la Administración General del Estado, estableciendo que dicho Plan se ejecutará a través de la adjudicación a empresas de servicios energéticos de contratos de servicios energéticos, considerados como contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. Véase la Resolución de 14 de enero de 2010, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se publica el citado Acuerdo del Consejo de Ministros del 11 de diciembre de 2009, publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm. 22, de 26 de enero.

II. BREVEMENTE, LAS FORMAS TRADICIONALES DE COLABORACION ENTRE EL SECTOR PUBLICO Y EL SECTOR PRIVADO EN LA NORMATIVA APLICABLE EN ESPAÑA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Como se indicó en la Introducción, en España la colaboración entre el sector público y el sector privado no es novedosa. Desde finales del Siglo XIX, a través de distintos instrumentos jurídicos, positivizados en las correspondientes disposiciones de carácter normativo, la Administración Pública ha recurrido al sector privado para la realización de proyectos de interés general. Así, por ejemplo, y sin remontarnos más allá en la historia jurídico-administrativa del Estado español, ya la Ley General de Obras Públicas de 1877, en su artículo 7, establecía que:

"Pueden correr a cargo de particulares o compañías, con arreglo a las prescripciones generales de esta Ley y a las especialidades de cada clase de obras:

- 1º Las carreteras y ferrocarriles en general.*
- 2º Los puertos*
- 3º Los canales de riego y navegación.*
- 4º La desecación de lagunas y pantanos.*
- 5º El saneamiento de terrenos insalubres".*

Y seguían los Capítulos VI, VII y VIII de la misma norma estableciendo la regulación de las obras ejecutadas por los particulares, para las cuales no se pida subvención ni ocupación del dominio público, aquellas para las cuales sí se pida subvención pero no ocupación del dominio público y, finalmente, aquellas para las que sí se solicite ocupación de dicho dominio. Es decir, ya en 1877 se reguló de forma expresa la posibilidad de que los particulares realizaran obras públicas mediante la articulación de un instrumento jurídico determinado: la concesión. Otro ejemplo lo constituyen las sociedades de economía mixta, de larga tradición en el ámbito local, como forma de gestión indirecta de un servicio público y, por tanto, como una forma de colaboración entre el sector público y el sector privado. En la actualidad, la sociedad de economía mixta se reconoce como una modalidad de contrato para la gestión indirecta de servicios públicos, no sólo a nivel local, sino también autonómico y estatal⁴.

⁴ La relevancia de las sociedades de economía mixta como sistema de colaboración entre el sector público y el sector privado de carácter institucional se acredita por lo dispuesto en el proyecto de ley de economía sostenible, en lo relativo a las modificaciones que pretende introducir en la LSCP. El punto 34 de la disposición final decimotercera del proyecto de ley relativo a las modificaciones de la LSCP, añade la disposición adicional trigésimo cuarta sobre la posibilidad de que los CPP puedan adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta, siempre que la elección del socio privado elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en la LSCP 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. Esta disposición recoge las aclaraciones de la Unión Europea respecto de las incertidumbres que

Sin necesidad de referirnos a más ejemplos, los anteriores acreditan que el ordenamiento jurídico español ha confiado desde antiguo en el sector privado para la realización de obras y la prestación de servicios de interés público. Por tanto, este tipo de colaboración no es novedosa en nuestro ordenamiento, ni tampoco excepcional, sino todo lo contrario.

Si nos situamos en el momento inmediatamente previo a la aprobación de la LCSP, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio ("**TRLCAP**"), texto normativo heredero de la tradicional regulación en materia de contratos de las Administraciones Públicas en España, resulta que existen cinco formas típicas de relación contractual entre la Administración Pública y los operadores privados. A saber: (i) el contrato de obra (cuyo objeto se encontraba definido en el artículo 120 TRLCAP); (ii) el contrato de gestión de servicios públicos, que permitía, según el artículo 156 del TRLCAP, las siguientes modalidades de contratación: concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta; (iii) el contrato de suministro (teniendo tal consideración los contratos identificados en los artículos 171 y 172 del TRLCAP); (iv) los contratos de consultoría y asistencia y de servicios; y, (v) el contrato de concesión de obras públicas (definido en el artículo 220 del TRLCAP); y ello sin perjuicio de la posibilidad de suscribir contratos mixtos, esto es, aquellos que contienen prestaciones correspondientes a varios contratos administrativos, regulados por las normas del contrato cuya prestación tenga más importancia desde el punto de vista económico en el contexto del mismo). Además, en los últimos años de vigencia del TRLCAP se había recurrido también, especialmente en algunas Comunidades Autónomas, como Catalunya, al derecho de superficie más arrendamiento operativo, como mecanismo para la realización de determinadas obras públicas y prestación de servicios⁵ ⁶.

plantean los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado de carácter institucional.

⁵ Por todos, podemos citar el contrato de constitución de un derecho de superficie para la construcción y conservación del Centro Penitenciario "Puig de les Basses" de Figueras, Girona, y su explotación mediante su arrendamiento a la Generalitat de Catalunya, adjudicado a Ferrovial Agroman, S.A. con fecha 22 de mayo de 2008, según resulta del anuncio de adjudicación publicado en el Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya, núm. 5165, de 3 de julio.

⁶ Dice GONZALEZ GARCÍA, J.V. en "*Contrato de Colaboración Público-Privada*", Revista de Administración Pública, núm. 170 (2006) que "*en la práctica de las Administraciones públicas españolas, los CPP se han desarrollado primordialmente hasta ahora a través del denominado arrendamiento operativo, que es una fórmula que se ha aplicado sobre todo en aquellos casos en los cuales, por la naturaleza de la operación, no se ha podido recurrir a la concesión de obra pública por la imposibilidad de que hubiera una explotación económica de la obra, lo que es un requisito central de dicho contrato, tal como recordó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en dos supuestos que afectaban a la construcción de la sede administrativa de dos instituciones públicas (...) El arrendamiento operativo es un contrato mixto en el sentido que tiene dos elementos necesarios: por un lado, el encargo de construcción o reparación de una infraestructura y, por otro, su arrendamiento a la Administración encomendante. A ello se añade un tercer pilar frecuente pero no imprescindible: el otorgamiento de un derecho de superficie en*

Como se ve, se trata en todos los casos de relaciones contractuales o institucionales (por ejemplo, en el caso de la sociedad de economía mixta para la gestión indirecta de un servicio público) entre una Administración Pública⁷ y un operador privado. Por tanto, la Administración española no es en absoluto ajena a los beneficios que le reporta acudir al sector privado para la prestación de bienes y servicios, en los términos establecidos en la normativa, también europea, que ha regulado los distintos contratos administrativos en cada momento en España.

Por lo expuesto, debemos analizar las necesidades a las que responde, qué características tiene y qué objetivos pretende la reformulación del concepto de colaboración entre el sector público y el sector privado que vivimos en la actualidad, teniendo en cuenta que a los efectos del ordenamiento jurídico español únicamente vamos a poder denominar con rigor técnico jurídico una relación contractual entre el sector público y el sector privado como "contrato de colaboración público-privada" ("**CPP**") cuando se ajuste a las determinaciones recogidas para este tipo de contratos por la LCSP. El resto de fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado que recoge la LCSP son las tradicionales: el contrato de obras, el contrato de obras públicas, el contrato de suministro, el de servicios y el de gestión indirecta de servicios públicos y que siguen teniendo esta denominación, por más que fuera del ámbito estrictamente jurídico o de forma muy general quiera llamárseles como fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado. Lo son y lo han sido tradicionalmente, si bien es posible que no todas ellas, por su configuración jurídica, permitan conseguir los objetivos ni responder a las necesidades que identifica la Unión Europea al referirse a las fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado para la realización de determinados proyectos.

Como bien dice HUERTA BARAJAS, J.A., *"la Colaboración Público-Privada es un término abstracto que engloba muchas formas distintas de interrelación entre lo público y lo privado que abarca un amplio conjunto de relaciones entre la Administración y el sector privado, para la ejecución de proyectos, dotación de activos de infraestructuras y la prestación de servicios públicos"*⁸.

el terreno en el que se va a erigir el edificio. (...) El arrendamiento operativo es una figura que está realizada por razones estrictamente presupuestarias, como un mecanismo para eludir el aumento de déficit público".

⁷ A la vista del ámbito subjetivo establecido en el artículo 3 del TRLCAP.

⁸ "Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado en los programas y contratos de defensa", HUERTA BARAJAS, J.A. en Revista Práctica de Contratación Administrativa, núm. 78 (2008).

El presente trabajo se centrará, desde el punto de vista jurídico, en el CPP como nueva forma de colaboración entre el sector público y el sector privado y en cómo debe configurarse en el mismo el sistema de distribución de riesgos entre ambas partes, sin perjuicio de referirnos a cómo se distribuyen en los contratos administrativos típicos tradicionales que pueden considerarse como fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado en términos de la Unión Europea.

III. EL NUEVO CONCEPTO DE COLABORACION ENTRE EL SECTOR PUBLICO Y EL SECTOR PRIVADO

No cabe duda de que estamos viviendo una reformulación del concepto tradicional de las relaciones contractuales entre el sector público y el sector privado para la realización de obras públicas o la prestación de servicios públicos. De alguna forma parece como si las fórmulas tradicionales de contratación de las Administraciones Públicas estuvieran en trance de caer en desuso por su falta de adaptación a nuevas circunstancias o bien fuera necesario fijar *ex novo* su ámbito de actuación, a la luz de estas nuevas circunstancias, e introducir nuevos mecanismos de colaboración para la realización de prestaciones con unas determinadas características que podría parecer que la tradición administrativa contractual no permite acomodar a la vista, principalmente, de ciertos proyectos complejos, de las necesidades de financiación de determinados proyectos y de las obligaciones de las Administraciones Públicas en materia de déficit presupuestario y endeudamiento.

Para dilucidar la cuestión expuesta, debemos saber a qué nos referimos cuando hablamos de formas de colaboración entre el sector público y el sector privado como fórmula novedosa de asociación. A tales efectos, debemos estudiar la posición adoptada en relación con este tipo de colaboración por la Unión Europea, deteniéndonos brevemente, en primer lugar, en el origen de la misma.

1. El origen anglosajón del llamado "Private Finance Initiative"

Como decíamos, antes de referirnos a la posición de la Unión Europea respecto de las fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado para la realización de determinadas prestaciones, procede recordar, aunque sea de forma sucinta, que el origen de este tipo de colaboración nace en el año 1992, en el Reino Unido, en el marco de la llamada "Private Finance

Initiative" ("PFI")⁹. Lo afirma, entre otros, GONZALEZ GARCIA, J.V.¹⁰, al señalar que:

"Como es conocido, los contratos de colaboración público-privada, también denominados en España como asociaciones público-privadas - en ambos casos como traducción de la expresión británica Public Private Partnership, PPP-, tienen su origen en el año 1992 como parte de un programa de reformas emprendido por el Gobierno británico presidido por John Major denominado PFI (Private Finance Initiative), cuyo objetivo era precisamente modernizar las infraestructuras públicas recurriendo a la financiación privada como instrumento prioritario para la dotación de dichos bienes y servicios. A partir de este momento recibió el impulso de las autoridades comunitarias en diversas ocasiones".

La voluntad del gobierno británico con el lanzamiento del programa PFI pretendía la consecución de los siguientes objetivos: (i) aumentar la involucración del sector privado en la prestación de servicios públicos en el sentido de que el sector privado diseña, construye, financia y explota unas instalaciones con el objetivo de ofrecer un resultado determinado por el sector público; (ii) trasladar el riesgo del proyecto al sector privado para asegurar la obtención de "value for money"¹¹ en cada uno por cuanto que el operador recibe recursos públicos como contraprestación; y, trasladar al sector privado la propiedad del activo diseñado, financiado, construido y explotado por el mismo, pagando el sector público una contraprestación por el uso de dicho activo^{12 13}.

⁹ Sin perjuicio de algunas experiencias aisladas durante el gobierno conservador de Margaret Thatcher, como expone NIETO GARRIDO, E. en "La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido", Revista de Administración Pública, núm. 164 (2004).

¹⁰ "Contrato de colaboración público-privada", GONZALEZ GARCÍA, J. V., en Revista de Administración Pública, núm. 170 (2006).

¹¹ GARRIDO NIETO, E., en "La financiación privada de obras...", nos ofrece una definición de "value for money", reproduciendo las palabras de J. GOH en "Avances en la colaboración de los sectores público y privado para la provisión de dotaciones y servicios en el Reino Unido: "Private Finance Initiative" y su régimen jurídico", en RUIZ OJEDA, A.; MARCOU, G. y GOH, J., La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos; Francia, Reino Unido y España, Civitas-Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2000, págs. 103y 104. Dice este autor que: "la idea que subyace bajo el PFI es la de que el vfm tendrá que ser demostrado mediante la evaluación y el contraste detallados de las ofertas del sector privado con una referencia comparativa del sector público, que suele ser denominada public sector comparator (PSC), a través de la cual se pretende determinar lo que le costaría a la Administración la obtención de los mismos resultados recurriendo a un contratista privado a través de un mecanismo distinto del PFI. El único caso para el que no se requiere la definición previa de un PSC es en el de proyectos de libre configuración financiera por parte de la empresa que se hace cargo del proyecto y en los que no hay aportación de fondos públicos [...]. El PSC es, por tanto, un punto de referencia para comparar las ofertas presentadas en régimen de PFI. En la utilización de este mecanismo comparativo la Administración suele asegurarse de que un PSC que resulte más bajo que una oferta PFI no suponga automáticamente la exclusión de esta última, ya que el precio más bajo no siempre refleja el mejor fvm. Esto es así porque puede haber algunas transferencias de riesgo que no son cuantificables y que, por tanto, no quedan reflejadas en el PSC".

¹² Traducción-resumen del autor de la página 10 del trabajo de investigación "Public Private Initiative" de Grahamm Allen, Economic Policy and Statistic Section, House of Commons Library, 18 de diciembre de 2001 (<http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/rp2001/rp01-117.pdf>).

Siendo el expuesto el origen y pretensiones del PFI anunciado por el gobierno británico en 1992, y sin perjuicio de las distintas formas que ha adoptado desde 1992 hasta el día de hoy, sus modificaciones por distintos gobiernos y las luces y sombras de su implementación¹⁴, lo cierto es que, por ejemplo, en la actualidad, la ciudad de Leeds ¹⁵, municipio con una población de 715.000 habitantes, cuenta en su Ayuntamiento con un departamento encargada única y exclusivamente de la implementación de este tipo de proyectos de carácter local formado por 70 profesionales entre juristas, economistas, consultores, etc., apoyados externamente por consultoras y despachos de abogados¹⁶. Mediante el uso de este tipo de las fórmulas de colaboración se están desarrollando actualmente en Leeds proyectos de iluminación pública, construcción y operación de escuelas, vivienda de protección oficial de nueva construcción y restaurada, gestión de residuos, centros de salud y bienestar y vivienda para la tercera edad, algunos de ellos ya terminados y con evidentes muestras de éxito y, en consecuencia, de crecimiento económico¹⁷. Acredita también el éxito de este tipo de fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado¹⁸ la circunstancia de que según los datos estadísticos del *Treasury Infrastructure Finance Unit* del Reino Unido, a febrero de 2010 estaban en proceso de implementación 668 proyectos de PFI a nivel nacional¹⁹.

A los efectos del presente estudio, lo más destacable del programa PFI es, como apunta NIETO GARRIDO que *"la PFI es una opción de realización de obra pública y, en su caso, de prestación de servicio público construida en torno a dos ideas esenciales: la realización efectiva del "value for money" y el logro de la óptima asignación de riesgos"*. Con ello, realmente se logra una mayor eficiencia en la ejecución del proyecto de que se trate. Estas dos ideas esenciales han sido acogidas por la Unión Europea a la hora de analizar la reciente proliferación a nivel de los distintos Estados miembros de variadas fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado.

¹³ Véase la nota al pie número 1 de *"Contrato de colaboración público-privada"*, de GONZALEZ GARCÍA, J. V. en *Revista de Administración Pública*, núm. 170 (2006).

¹⁴ Para un mayor detalle de la evolución del programa PFI, véase GARRIDO NIETO, E., en *"La financiación privada de obras..."*.

¹⁵ El municipio de Leeds es un exponente en el Reino Unido en la implementación de proyectos de PFI.

¹⁶ <http://www.leeds.gov.uk/files/Internet2007/2009/21/pppu.pdf>

¹⁷ [http://www.leeds.gov.uk/About_Leeds/Public_Private_Partnerships_Unit_\(PPPU\)/Projects_in_Leeds.aspx](http://www.leeds.gov.uk/About_Leeds/Public_Private_Partnerships_Unit_(PPPU)/Projects_in_Leeds.aspx)

¹⁸ Debe tenerse en cuenta que las formas de colaboración entre el sector público y el sector privado que permiten tener la consideración de PFI en los términos del programa son aquellas que prevé la legislación aplicable en este ámbito en el Reino Unido.

¹⁹ http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp_pfi_stats.htm

2. La recepción por la Unión Europea de las características de las fórmulas de colaboración público privada surgidas al amparo del programa PFI del Reino Unido, así como en otros Estados miembros y su análisis desde la perspectiva europea

Pronto se hizo eco la Unión Europea, como apuntábamos, del programa desarrollado en el Reino Unido para la financiación de proyectos y prestación de servicios de interés público²⁰, especialmente, respecto de proyectos de escasa rentabilidad, de larga duración, necesitados de una financiación inicial importante a aportar por el sector privado y, muy especialmente, a la vista de las políticas sobre déficit presupuestario y endeudamiento del sector público al que los Estados miembros iban a tener que hacer frente.

Resume la posición de la Unión Europea sobre las fórmulas de colaboración público-privada el *"Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones"* presentado por la Comisión con fecha 30 de abril de 2004 (**"Libro Verde"**), así como las conclusiones de la consulta planteada por el Libro Verde a los distintos agentes del sector recogidas en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones de 11 de noviembre de 2005 (**"Conclusiones Libro Verde"**).

La decisión de elaborar el Libro Verde nace de la estrategia de la Comisión Europea para el mercado interior 2003-2006, con el fin de iniciar un debate en torno a la mejor manera de garantizar que las operaciones de colaboración entre el sector público y el sector privado puedan desarrollarse en un ambiente de competencia real y claridad jurídica. Concretamente, dice el propio Libro que:

"Este Libro Verde tiene por finalidad presentar el alcance de las normas comunitarias aplicables a la etapa de selección del socio privado y a la etapa posterior, con el objetivo de detectar posibles incertidumbres y analizar si el marco comunitario es adecuado para los retos y características específicos de las operaciones de CPP. Se esbozarán ideas de reflexión para una posible intervención comunitaria, puesto que, al ser el objetivo del Libro Verde poner en marcha una consulta, no se ha predeterminado ninguna opción de intervención comunitaria. Los instrumentos disponibles para mejorar la apertura de las operaciones de

²⁰ Por razones de economía en la exposición y por su escasa relevancia a efectos del presente trabajo, no relataremos las diferencias existentes entre el programa PFI y las características que la Unión Europea atribuye a las fórmulas de colaboración público-privada. La referencia al programa PFI nos permite situar el origen de estas fórmulas y los elementos esenciales de las mismas (*"value for money"* y transferencia de riesgos) que, como se verá, con independencia del ordenamiento jurídico ante el que nos enfrentemos (nacional o europeo) sí son relevantes, entre otros aspectos, para definir una sistema de colaboración público-privada como tal.

CPP a la competencia en un entorno jurídico claro son muy variados: instrumentos legislativos, comunicaciones interpretativas, acciones destinadas a mejorar la coordinación de las prácticas nacionales o intercambio de mejores prácticas entre Estados miembros".

Lo cierto es que el Derecho derivado de la Unión Europea ha regulado el "contrato público" de obras o de servicios y la "concesión", entendiéndose por el primero cualquier contrato, a título oneroso, celebrado por escrito entre un organismo adjudicador y un operador, siempre y cuando tenga por objeto la ejecución de obras, la realización de una obra o la prestación de un servicio; y, por el segundo un contrato con las mismas características que un contrato público, con la salvedad de que la contrapartida de las obras efectuadas o los servicios prestados consiste bien únicamente en el derecho a explotar la obra o el servicio o bien en dicho derecho acompañado de un precio²¹. Estas dos fórmulas contractuales pueden ser consideradas como formas de colaboración entre el sector público y el sector privado y también lo pueden ser todas aquellas que, aun no siendo objeto de una regulación derivada a nivel de la Unión Europea, cumplan los principios y normas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("**TFUE**"), especialmente en lo que se refiere a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios (artículos 49 y 56 del TFUE- antiguos 43 y 49 del Tratado de la Comunidad Europea); principios que incluyen los principios de transparencia, igualdad de trato, proporcionalidad y reconocimiento mutuo²².

Sin perjuicio de lo anterior, ante la proliferación a nivel de los distintos Estados miembros de diversas fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado, y ante la petición por parte de algunas de las partes de este mercado, la Comisión decide elaborar el Libro Verde con el objetivo antes transcrito²³. Tanto el Libro Verde como sus Conclusiones son documentos de gran relevancia al definir, desde la perspectiva de la Unión Europea, qué debe entenderse por "colaboración público-privada" y qué características se desprenden de este tipo de fórmulas de colaboración que las diferencian de otras fórmulas contractuales o institucionales tradicionales entre el sector público y el sector privado. Por ello, consideramos imprescindible reflejar en

²¹ Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

²² Para una mayor descripción de los conceptos de "concesión" y "contrato de obra o servicios" en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, véase "*Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español*", MIGUEZ MACHO, L., en *Revista de Administración Pública*, núm. 175 (2008).

²³ Debe tenerse en cuenta que la Comisión no sólo tiene en cuenta, a efectos de elaborar el Libro Verde, las respuestas a la consulta planteada por el mismo, sino que analiza la legislación aplicable en materia de contratación del sector público (esto es, en el caso de España, el *TRLCAP*) para determinar las distintas formas de contratación entre la Administración y el sector privado (incluyendo las institucionales).

este trabajo las principales características que la Comisión atribuye a las nuevas fórmulas de colaboración público-privada a la vista de la experiencia británica, así como de otros Estados miembros:

- a) En primer lugar, reconoce la Comisión que la expresión "colaboración público-privada" carece de definición en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, si bien, en general, hay que entender que se refiere a las 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.
- b) Estas operaciones de colaboración público-privada suelen caracterizarse por los siguientes elementos:
 - (i) 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;
 - (ii) 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;
 - (iii) 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; y
 - (iv) 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 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 riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos.

- c) A la vista de las diversas prácticas de colaboración público-privada que se desarrollan en los Estados miembros, la Unión Europea distingue dos grandes modelos a efectos del Libro Verde:
- (i) operaciones de colaboración público-privada de tipo puramente contractual, en las que la colaboración entre los sectores público y privado se basa en vínculos exclusivamente convencionales; y
 - (ii) operaciones de colaboración público-privada de tipo institucionalizado, que implican la cooperación entre los sectores público y privado en el seno de una entidad diferente.
- d) Considera la Comisión que los factores que han coadyuvado a la proliferación del fenómeno de la colaboración público-privada, con las características que acabamos de identificar, son principalmente los siguientes:
- (i) la necesidad del sector público de recibir financiación privada a la vista de las restricciones presupuestarias que han de afrontar los Estados miembros;
 - (ii) el deseo de aprovechar en mayor medida los conocimientos y métodos de funcionamiento del sector privado en el marco de la vida pública; y
 - (iii) la evolución del papel del Estado en el ámbito económico, al pasar de operador directo a organizador, regulador y controlador.
- e) Los principales ámbitos de actuación de la colaboración público-privada lo constituyen las infraestructuras, la educación, la sanidad pública y la seguridad pública, así como la gestión de servicios públicos, especialmente de ámbito local.
- f) Advierte la Comisión de que si bien es cierto que la cooperación entre los sectores público y privado puede ofrecer ventajas microeconómicas, al permitir realizar un proyecto con la mejor relación calidad/precio y preservar al mismo tiempo los objetivos de interés público, no es posible, sin embargo, presentar dicha cooperación como una solución "milagrosa" para el sector público, que tiene que hacer frente a restricciones presupuestarias. La experiencia demuestra, según la Comisión, que es conveniente determinar para cada proyecto si la opción de colaboración ofrece una plusvalía real en relación con las demás posibilidades, como la adjudicación más clásica de un contrato.

Las Conclusiones del Libro Verde, respecto de la necesidad o no de regular de forma detallada a nivel de la Unión Europea de la colaboración público-privada fueron las siguientes²⁴:

- a) Todas las formulas de colaboración público-privada contractuales -siempre y cuando entren en el ámbito del TFUE- se consideran contratos públicos o concesiones. Sin embargo, dado que la adjudicación de contratos públicos y de concesiones se rige por normas diferentes, no existe un procedimiento de adjudicación uniforme en Derecho de la Unión Europea pensado específicamente para la colaboración público-privada. Preguntadas las partes interesadas sobre si estarían de acuerdo en que se adoptara una nueva legislación que regulase todas las formas de colaboración público-privada de tipo contractual, independientemente de que se consideraran contratos públicos o concesiones, sometiéndolas a regímenes de adjudicación idénticos, la consulta puso de manifiesto una oposición significativa de las partes interesadas en este sentido. Por ello, la Comisión decidió no establecer disposiciones de adjudicación idénticas para ambas.

- b) La consulta puso de manifiesto la necesidad de aclarar el modo en que las disposiciones comunitarias de contratación pública se aplican a la creación de empresas con participación conjunta de un socio público y un socio privado para la gestión de servicios públicos. Así pues, como consecuencia de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones de 26 de octubre de 2006, la Comisión aprobó la Comunicación interpretativa relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (2008/C 91/02)²⁵ ²⁶.

Lo expuesto en los párrafos anteriores nos lleva a concluir que si una concesión o contrato de obra o servicios, en los términos del Derecho derivado

²⁴ Colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones - COM(2005) 569 final de 15 de noviembre de 2005.

²⁵ Véase la nota al pie número 4 *supra*.

²⁶ Según apunta MIGUEZ MACHO, L. en "Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español", Revista de Administración Pública, núm. 175 (2008), "los principales problemas que la creación de entidades mixtas plantea desde el punto de vista del Derecho de la Unión derivan de la confusión (no infrecuente en los Ordenamientos de los Estados miembros, según apunta el Libro Verde) entre la fase de constitución de la entidad y la de atribución de la tarea o misión de interés público que ésta va a realizar. Al tratarse de un sujeto con personalidad jurídica separada y con participación del sector privado, no cabe considerar sin más que nos hallemos ante una operación "in house" excluida de la aplicación de la normativa comunitaria de contratación pública, pero ésta tampoco contempla expresamente la creación de tales entidades mixtas".

de la Unión Europea, puede considerarse como una forma de colaboración público-privada (según las características que le atribuye el Libro Verde), deberá sujetarse a dicho Derecho derivado y si se trata de otro tipo de relación contractual o institucionalizada, deberá cumplir lo exigido por los artículos 49 y 56 del TFUE y, en el caso de que se trate de una forma de colaboración público-privada institucionalizada, deberá tener en cuenta, además, 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 (2008/C 91/02). En cada Estado miembro es probable que distintos tipos de contratos responden al concepto de colaboración entre el sector público y el sector privado que maneja la Unión Europea. Así es en España donde no sólo el CPP puede considerarse como tal, si bien, dada su configuración legal, es el que permite una mejor implementación de dicho concepto²⁷.

3. La decisión de Eurostat, la Oficina Estadística de la Unión Europea, de 11 de febrero de 2004, sobre el tratamiento contable en las cuentas nacionales de los contratos firmados por entidades públicas en el marco de operaciones de colaboración con entidades privadas

Llegados a este punto de la exposición, no podemos continuar nuestro estudio sin detenernos en uno de los factores que ha contribuido de forma significativa en la búsqueda de nuevas formas de colaboración entre el sector público y el sector privado por parte de los Estados miembros. Se trata de la decisión de Eurostat de 11 de febrero de 2004, sobre el tratamiento contable en las cuentas nacionales de los contratos firmados por entidades públicas en el marco de operaciones de colaboración con entidades privadas a efectos de controlar su nivel de endeudamiento y el cumplimiento de las limitaciones de déficit presupuestario y que, con posterioridad, se integró en el Apartado IV del "Manual del SEC 95 sobre el déficit público y la deuda pública" ("**Manual Eurostat**")²⁸.

Según la nota de prensa emitida por Eurostat al adoptar la decisión de 11 de febrero de 2004, ante la proliferación de formas de colaboración público-privada distintas de la concesión o el contrato de obras o servicios, se consideró necesario establecer una guía clara sobre su tratamiento a nivel de la contabilidad nacional, en la línea de lo establecido por las normas de

²⁷ También lo pueden ser el contrato de concesión de obras públicas o el derecho de superficie con arrendamiento operativo, o un contrato mixto de suministro, con prestación de servicios.

²⁸ http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-BE-04-004/EN/KS-BE-04-004-EN.PDF

contabilidad pública SEC 95, de forma que el déficit y las formas de endeudamiento sean plenamente comparables.

En concreto, el Manual Eurostat establece el criterio para determinar si los activos incluidos en una asociación público-privada deben clasificarse, desde el punto de vista contable, como activos no públicos y, por tanto, ser contabilizados fuera del balance de las Administraciones Públicas o, por el contrario, sí forman parte del mismo y, en consecuencia, deben clasificarse contablemente como públicos. Es evidente que tal consideración incide de forma contundente en el nivel de endeudamiento de las Administraciones Públicas, así como en sus obligaciones de estabilidad presupuestaria y más en la situación de las finanzas públicas en la actualidad. Por tanto, las Administraciones Públicas, a la hora de determinar la forma de financiación de los distintos proyectos que pretendan acometer para la dotación de infraestructuras o prestación de servicios públicos o para la prestación de bienes y servicios a las mismas deben tener en cuenta el cumplimiento de las limitaciones legales que actualmente se imponen sobre el déficit y el endeudamiento público, tanto a nivel europeo como nacional²⁹. Debe tenerse en cuenta que ante la obligación de reducir/eliminar el déficit público y alcanzar situaciones de estabilidad o superávit presupuestario, parece que las fórmulas de colaboración público-privada se presentan como sistemas de financiación capaces de aunar, como dice MARTÍNEZ MANZANEDO, dos objetivos que, en principio, pudieran parecer contradictorios: *"por un lado, la necesidad de incrementar la inversión en infraestructuras como base para la prestación de servicios públicos de gran calado social y económico y, por otro, lograr unas finanzas públicas saneadas"*.

Así pues, el Manual Eurostat recomienda que los activos incluidos en una asociación público-privada de larga duración se clasifiquen como activos no públicos, y por tanto sean contabilizados fuera del balance de las Administraciones Públicas, si se cumplen de forma clara las dos condiciones siguientes: (i) el socio privado asume el riesgo de construcción; y (ii) el socio privado asume al menos, bien el riesgo de disponibilidad o el de demanda. Si la Administración Pública asume el riesgo de construcción, o si el socio privado soporta únicamente el riesgo de construcción y ningún otro, los activos se clasifican como activos de la Administración Pública. Este criterio se aplica a las fórmulas de colaboración público-privadas en general según el concepto que maneja la Unión Europea.

²⁹ "La estabilidad presupuestaria: la colaboración público-privada en el contexto del Sistema Europeo de Cuentas (SEC 98)", MARTÍNEZ MANZANEDO, R., Subdirectora General de Análisis y Cuentas Económicas del Sector Público. Valencia, 16 de mayo de 2008.

Dice el propio Manual Eurostat que sus recomendaciones se aplicarán a contratos a largo plazo en áreas de actividad donde normalmente la Administración Pública tiene una fuerte implicación. Estos contratos a menudo (pero no siempre) corresponden a lo que la Unión Europea considera colaboración público-privada según las características descritas en el número 2 anterior³⁰, formada con uno o varios socios, directamente o a través de una entidad establecida al efecto, los cuales son expertos en las materias relacionadas con el contrato. Un aspecto importante es que el contrato incluya la producción de activos específicamente diseñados, necesitándose un gasto inicial en capital, y la prestación de los servicios pactados, requiriéndose el uso de estos activos de acuerdo con estándares de calidad y volumen fijados.

Sigue diciendo el Manual que su recomendación en este ámbito sólo se aplica en los casos en que la Administración Pública es el principal comprador de los servicios suministrados por el socio, ya proceda la demanda directamente de la propia Administración Pública o de terceros usuarios (como sucede especialmente en los servicios educativos o sanitarios, y en el uso de algunas infraestructuras de transporte).

En cualquier caso, insiste el Manual en que el punto clave para las distintas fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado, en relación con su tratamiento en contabilidad nacional, es la clasificación previa de los activos involucrados en el contrato asociativo, ya sea como activos de las Administraciones Públicas o como activos incluidos en el balance del socio privado. En contabilidad nacional, los activos incluidos en una fórmula de colaboración entre el sector público y el sector privado pueden ser considerados como activos privados sólo si existe una clara evidencia de que el socio asume la mayor parte del riesgo que el proyecto conlleva³¹. Por lo tanto, el análisis de los riesgos que asumen los sujetos contractuales es el núcleo fundamental de la evaluación de un proyecto de colaboración, en cuanto a la clasificación pública o privada de los activos afectados por el contrato, con el fin de asegurar la correcta contabilización del impacto de estas fórmulas de colaboración sobre el déficit público y ello, con independencia de la naturaleza jurídica de dicha asociación o colaboración.

³⁰ Según el Manual Eurostat, al referirse a asociaciones público-privadas incluye las sociedades de economía mixta, garantías de Estado, contrato de obra, contrato de servicios, arrendamientos, concesiones (en el sentido del Derecho de la Unión Europea) y lo que denominamos en el presente trabajo CPP.

³¹ Debe tenerse en cuenta que el Manual Eurostat indica que esta evaluación de riesgos no considera riesgos que no están estrechamente relacionados con el activo y que pueden ser plenamente separados del contrato principal, como ocurre en el caso de que parte del contrato pueda ser renegociado periódicamente, y esté sujeto a resultados y penalizaciones que no dependen de forma significativa del estado de los activos principales.

Por supuesto, una correcta valoración de los riesgos y de su asunción debe partir de la determinación del tipo de riesgos que deben ser objeto de examen y del acuerdo entre las partes o directamente por la Administración sobre quién debe asumirlos. Para concretar y eliminar confusiones, el Manual Eurostat, como se avanzó, ha seleccionado tres categorías principales de riesgos "genéricos" (en el entendido que asumir un riesgo para una parte significa que esta parte soporta la mayoría del riesgo). Se trata de los siguientes:

- a) Riesgo de construcción: que cubre situaciones como entregas con retraso, incumplimiento de los estándares especificados, costes adicionales, deficiencias técnicas, o efectos externos negativos. La obligación para la Administración de realizar pagos regulares al socio, sin haberse contabilizado el estado real de los activos podría evidenciar que la Administración asume la mayoría de los riesgos constructivos y, por tanto, el activo debe computarse como público.
- b) Riesgo de disponibilidad: donde la responsabilidad del socio es evidente. Consiste en no ser capaz de suministrar la cantidad contractualmente pactada o alcanzar la seguridad o niveles certificados públicamente, correspondientes a la prestación de servicios a los usuarios finales, definidos en el contrato. También se aplica al caso en el que el socio no alcanza los estándares de calidad relativos al suministro del servicio, determinados en el contrato, y se produce un evidente fallo del servicio por su parte. La Administración no estará obligada a asumir tal riesgo si está legitimada para reducir significativamente (como una clase de deducción o penalización) sus pagos periódicos, como cualquier "cliente normal" (consumidor) podría solicitar en un contrato comercial. Los pagos de la Administración deben depender del nivel efectivo de disponibilidad suministrada por el socio durante un concreto periodo de tiempo.

La aplicación de las penalizaciones cuando el socio incumple sus obligaciones de servicio debe ser automática y también debe tener un efecto significativo sobre los ingresos/beneficios del socio, y no debe ser puramente cosmética o simbólica.

- c) Riesgo de demanda: que cubre la variación de la demanda (mayor o menor que la esperada cuando se firmó el contrato) independientemente del comportamiento (gestión) del socio privado. Este riesgo sólo cubriría un cambio de la demanda que no resulte de una baja o inadecuada calidad de los servicios suministrados por el socio o de cualquier acción que modifique la cantidad/calidad de los mismos. En cambio, surgiría de otros factores tales como el ciclo de los negocios, las nuevas tendencias de

mercado, la competencia directa, u obsolescencia tecnológica. La Administración estará obligada a asumir el riesgo cuando se obligue a asegurar un determinado nivel de retribuciones al socio independientemente del nivel efectivo de la demanda expresado por el usuario final, resultando irrelevante las fluctuaciones en el grado de la demanda sobre la capacidad de generar beneficios del socio.

Sin embargo, dice Eurostat que esta afirmación no se aplica cuando la reducción de la demanda resulta de una actuación de la Administración, como decisiones de las unidades de la Administración General y no solo de las unidades directamente involucradas en el contrato) que represente un cambio significativo de política, o el desarrollo de una infraestructura directamente competidora bajo el control de la Administración.

A la vista de lo anterior, y para contabilizar debidamente el activo, será necesario revisar en cada proyecto cómo se ha articulado la transferencia de riesgos. Ello no obstante, puede ocurrir que la evidencia sobre quién ha asumido cada uno de estos tres riesgos sea difusa o no suficientemente clara. En este caso, el Manual Eurostat, una vez analizados los tres riesgos genéricos descritos anteriormente, facilita criterios adicionales para determinar la transferencia de riesgos cuando el análisis de su distribución no es totalmente concluyente (por ejemplo, si el riesgo de disponibilidad está repartido al 50% entre el operador privado y la Administración o si las hipótesis de base no son suficientemente sólidas). Se trata de los siguientes criterios:

- a) El destino del activo una vez terminado el contrato. Si el activo se mantiene como propiedad del socio privado, con independencia de su valor económico en el momento de extinción del contrato, ello abundará en la consideración de dicho activo como activo fuera de la contabilidad pública. Ocurre lo mismo en el supuesto de que la Administración tenga, al final del contrato, una opción de compra respecto del activo, puesto que ello significa que el socio privado asume el riesgo de demanda y el mantenimiento del activo.

Si la Administración, conforme al contrato, debe adquirir el activo al final de su duración a un precio determinado, el activo se contabilizará como público, siempre que el precio predeterminado sea mayor que el valor económico del activo en cuestión o que el precio sea inferior, pero la Administración haya ido pagando al socio privado durante la vida del contrato un precio por el derecho de adquisición del activo que alcance una cantidad casi equivalente al total valor económico del activo.

- b) La forma de participación de la Administración en la financiación del proyecto. Se trata del llamado "riesgo de financiación". Si durante el diseño del proyecto o su construcción, la inversión es fundamentalmente asumida por la Administración, ello podría indicar que el mercado financiero duda sobre la viabilidad financiera del proyecto en el sentido de que sólo puede llevarse a cabo si la Administración asume la mayor parte de los riesgos. Ello puede implicar que el activo objeto de financiación se clasifique como activo público.

En el caso de que una Administración garantice, parcial o totalmente, el endeudamiento del socio privado derivado del proyecto, éste podrá acceder a mejores costes de financiación. Según el Manual Eurostat, la existencia de garantías no significa la reclasificación automática del activo. Solo se reclasificará el endeudamiento del socio como deuda de la Administración Pública, en el caso en que la Administración transfiera al socio, parte o todo, el importe del servicio de deuda (principal más intereses), o en caso de incapacidad manifiesta del socio privado para atender a sus obligaciones de pago de la deuda.

En el caso de operaciones de titulización o de lease-back, las garantías también deben tenerse en cuenta en el análisis de la clasificación del riesgo. Si la Administración asegura un rendimiento, sea cual sea la gestión del socio privado o el nivel efectivo de demanda del servicio, el activo puede reclasificarse en el balance público.

Finalmente, en el caso de que la garantía sea ejecutada, se produce una reclasificación de los activos (o del valor pendiente) en el balance de la Administración, especialmente si este hecho produce un cambio en la asunción de los riesgos por cada una de las partes. Puede darse el caso en que una Administración toma el control del socio privado, y realiza pagos, no en función de la disponibilidad o la demanda del servicio, sino en base a los costes operativos. En este caso se producirá también una reclasificación del activo como público.

Insistimos, en este punto, que el Manual Eurostat establece que los criterios adicionales expuestos por sí solos no permiten alcanzar conclusiones sobre la real distribución del riesgo, pero sí ayudan en algunos supuestos dudosos.

La cuestión de la distribución de riesgos, como hemos visto, es compleja y su trascendencia muy relevante. La forma en la que se contabilizará por el sector público el activo correspondiente no depende de la naturaleza jurídica de la fórmula de colaboración entre el sector público y el sector privado, sino que,

asumiendo que se trata de una forma de colaboración de larga duración, en la que el sector público es el principal comprador de los servicios suministrados por el sector privado, y existe una necesidad significativa de inversión inicial, se computará como activo público o no según cómo se hayan distribuido los tres riesgos a los que se ha aludido anteriormente³². Así pues, y trasladando esta conclusión a los distintos contratos administrativos definidos por la LCSP, no sólo habrá que analizar la transferencia de riesgos en el ámbito de un CPP, sino que también deberá analizarse, por ejemplo, cuando nos enfrentemos a un contrato de concesión de obras públicas³³ u otro contrato que pueda considerarse como forma de colaboración público-privada en los términos de la Unión Europea. Por ello, no se puede predeterminar en abstracto cómo debe realizarse la distribución de riesgos en un CPP o en otro tipo de colaboración entre el sector público y el sector privado que pueda subsumirse en el concepto de la Unión Europea, si bien es cierto que según la naturaleza jurídica de la forma de colaboración entre el sector público y el sector privado que se elija se podrá negociar o no el reparto de riesgos o ineludiblemente, el activo deberá entenderse incluido en el balance del sector público.

En el ámbito de un CPP, esta distribución podrá ser objeto de negociación entre las partes y deberá acordarse no sólo en términos de su eficacia contable, sino desde la perspectiva de la intensidad con la que la Administración debe salvaguardar el interés público subyacente, de cuál de las partes está en mejor posición para asumir cada uno de los tres riesgos y de si con el esquema de distribución acordado se obtiene realmente *"better value for money"*. Y esta cuestión, esto es, la decisión de que el activo sea transferido al balance del socio privado o se mantenga en el del sector público, no es baladí. Es una decisión de la Administración contratante y, en el caso del CPP, conjuntamente con el operador privado, que exige un estudio riguroso de la vida del contrato desde sus fases iniciales hasta su terminación, debiendo plasmar de forma lo más cierta posible en los documentos contractuales los mecanismos a través de los que la Administración controlará los riesgos que asume el socio privado

³² Véase, por ejemplo, el caso de MINTRA, al ser considerada por Eurostat como entidad dependiente de la Administración Pública.

³³ En este punto, coincido plenamente con el criterio de GONZÁLEZ GARCÍA, J.V en *Contrato de colaboración público-privada*", de GONZALEZ GARCÍA, J. V. en Revista de Administración Pública, núm. 170 (2006). Manifiesta el autor que *"en principio, en los CPP puramente contractuales, el análisis de cuándo no se computa a efectos del déficit público parte del principio de que lo relevante no es la forma jurídica que se esté utilizando, sino la relevancia de los flujos económicos, sobre todo si tenemos en cuenta que los CPP presentan numerosas modalidades con diferentes prestaciones, lo que incluso ha motivado la adaptación de la doctrina general de Eurostat. Flujos económicos que, además, dependerán de su naturaleza, si se consideran transferencias financieras o si, por el contrario, si son catalogables como no financieras"*. No desarrollamos las cuestiones de carácter contable y financiero por ceñirse el presente trabajo a los aspectos jurídicos del objeto del mismo.

para que en ningún momento deba procederse a la reclasificación del activo, con las consecuencias graves que ello tiene a nivel contable para las partes³⁴.

Como se puede apreciar, se ha desarrollado con detalle el impacto del Manual Eurostat en el ámbito de la LCSP por ser esta cuestión parte del objeto del presente trabajo; debiendo retenerse como conclusión que la distribución de riesgos entre las partes no es exclusiva de una forma concreta de colaboración entre el sector público y el sector privado, si bien en el ámbito de la LCSP el instrumento que mejor permite distribuirlos es el CPP. Ello es así porque, según su configuración legal, la decisión sobre la distribución no corresponde únicamente a la Administración, sino que se acordará con el operador privado, debiendo ponderarse los distintos intereses, hasta el punto de que la Ley permite excepcionar, tratándose de un CPP, el régimen general del principio de riesgo y ventura propio de la contratación administrativa tradicional³⁵.

IV. EL CONTRATO DE COLABORACION PUBLICO-PRIVADA EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA REGULADORA DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PUBLICO

Una de las grandes novedades de la LSCP es la introducción de un nuevo contrato administrativo típico, definido en su artículo 11, denominado "contrato de colaboración público-privada" o CPP. Según dicho artículo³⁶:

"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 período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

- a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.*
- b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.*

³⁴ Debe tenerse en cuenta que la utilización de un CPP puede implicar una cierta pérdida de control por parte de la Administración Pública sobre la ejecución de la prestación. La participación del sector privado (incluyendo entidades financieras) desde el diseño del proyecto hasta su finalización, muchos años después, implica que el sector público, sin inhibirse de su responsabilidad de salvaguarda del interés público, desempeña un papel de menor protagonismo o con un distinto protagonismo. Por ello resulta imprescindible el análisis de la correcta distribución de los riesgos, pues más allá de sus bondades contables, permite el ejercicio de un control más o menos intenso, según el caso, por parte de la Administración sobre el desarrollo de la obra en aras de la protección del interés general.

³⁵ Véase el artículo 199 de la LCSP.

³⁶ El punto número 2 de la disposición final decimotercera del proyecto de ley de economía sostenible, relativa a la modificación de la LCSP introduce una modificación en el texto actual de su artículo 11 para permitir que las entidades públicas empresariales u organismos similares de las Comunidades Autónomas puedan suscribir CPP.

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

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

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

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

Como se puede apreciar, se trata de un contrato cuyo objeto es abierto, permitiendo al contratista la realización de cualquier tipo de prestación. Su introducción como nuevo contrato administrativo responde a un intento de tipificar una relación contractual entre el sector público y el sector privado que cumpla las características básicas que el Libro Verde atribuye a las fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado, y permita la consecución de los diversos objetivos a los que este tipo de relaciones de colaboración responde. Principalmente, la posibilidad de que un proyecto se financie desde el momento inicial por el sector privado y el cumplimiento por la Administración Pública de sus obligaciones en materia de déficit presupuestario y endeudamiento.

Se trata, como han dicho diversos autores, de "*un modelo para armar*", esto es, un contrato en el que tiene cabida el objeto de cualquiera de los otros contratos típicos, siempre que sea de larga duración, se trate de realizar una actuación compleja, global e integrada, deba realizarse un reparto de riesgos, el operador privado participe en el proyecto desde el primer momento, se abone una contraprestación por parte de la Administración durante toda la vida del contrato y exija la financiación por el sector privado; y al que se recurrirá una vez se haya justificado por parte de la Administración contratante que las otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas.

La consideración del CPP como "*modelo para armar*", aunque sin utilizar esta expresión, la defiende MIGUEZ MACHO, L., para quien "*es evidente que las*

prestaciones mencionadas [las del artículo 11] encajan normalmente en el objeto de otros contratos administrativos típicos, en concreto los de concesión de obras públicas, suministros y servicios"³⁷. Por su parte, GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V., al referirse a la flexibilidad característica de este tipo de contratos, dice "parafraseando el título de una novela de Julio Cortázar, que los CPP son "modelos para armar", en los que Administración y contratista recogen elementos aislados del ordenamiento jurídico para configurar cada figura concreta, 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; lo que, evidentemente, dificultará el régimen aplicable a cada CPP". Y, continúa este autor argumentando que, en su opinión, es precisamente por esta dificultad que "las autoridades comunitarias, de momento, hayan hecho dejación de la regulación de estas figuras dejándolas a lo que disponga cada ordenamiento jurídico, más allá de algunos elementos mínimos que afectan al mercado interior"³⁸.

Se trata de un contrato que pretende otorgar a las partes la mayor flexibilidad posible, cumpliendo los principios generales de contratación del sector público y la regulación propia de este tipo de contrato administrativo, para acometer una obra pública o la prestación de determinados servicios a la Administración (ya sea directamente a la propia Administración o a los usuarios finales) de carácter especialmente complejo desde el punto de vista técnico, económico, jurídico o financiero. Ello no obstante, y sin perjuicio de las bondades de esta nueva institución, se trata de una iniciativa del legislador que ha sido muy criticada por razón de su innecesariedad, en algunos casos por su clara similitud con el contrato de concesión de obras públicas, y su escasa y difusa regulación.

Un repaso de los anuncios de licitación publicados en el Boletín Oficial del Estado desde la entrada en vigor de la LCSP nos permite conocer la variedad de prestaciones que hasta la fecha se han adjudicado como CPP: el Contrato Xarxa Oberta, la construcción y mantenimiento estructural del Complejo Deportivo de Torre Roja, así como de las explotaciones comerciales complementarias y su mantenimiento integral del municipio de Viladecans³⁹; suministro, instalación y

³⁷ "Las Formas de colaboración público-privada en el Derecho español", MIGUEZ MACHO, L. en Revista de Administración Pública, núm. 175 (2008).

³⁸ "Contrato de colaboración público-privada", GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., en Revista de Administración Pública, núm. 170, 2006.

³⁹ Anuncio de licitación del Ayuntamiento de Viladecans, publicado en el Boletín Oficial del Estado, núm. 64, de 16 de marzo de 2010.

cesión de uso para su explotación de red inalámbrica municipal⁴⁰; adquisición de equipamiento de monitorización para el Nuevo Hospital Universitario de Son Dureta; equipamiento de cuidados críticos y especiales para el nuevo hospital Son Dureta; equipamiento del área quirúrgica para el nuevo Hospital Son Dureta; adquisición de equipamiento de cuidados respiratorios del Nuevo Hospital de Son Dureta; adquisición de equipamiento de endoscopia rígida para el Nuevo Hospital de Son Dureta⁴¹; actuación integral de mejora de la eficiencia energética de la climatización en el Complejo Cuzco, Paseo de la Castellana, 160-162, Madrid⁴²; dotación de servicio hidráulico y otros⁴³; despliegue y explotación de la red provincial de comunicaciones de la Diputación de Valencia ⁴⁴ ; dotación, renovación y mantenimiento integral del equipamiento clínico de los hospitales de Cartagena y mar Menor de la Región de Murcia ⁴⁵ ; y, ejecución de la infraestructura denominada "Bulevar Estructurante Norte"⁴⁶.

Con carácter preliminar, sin haber revisado el correspondiente documento descriptivo de la licitación, ni la justificación del órgano de contratación sobre la imposibilidad de recurrir a las alternativas contractuales tradicionales, a la vista del objeto de los distintos CPP licitados o en licitación parece que alguno de ellos no responde a una actuación global e integrada o suficientemente compleja o ha sido realizado en el pasado recurriendo a las otras fórmulas de contratación tradicionales sin dificultades de articulación. Este simple repaso permite avanzar que nos encontramos ante una fórmula contractual no exenta de polémica respecto de las actuaciones que permite realizar y su régimen jurídico.

El objeto del presente epígrafe es relatar los antecedentes relativos a la introducción del CPP en la LCSP, describir su regulación actual, valorar si permite cumplir o no los objetivos a que, según la Unión Europea responde el concepto de colaboración entre el sector público y el sector privado.

⁴⁰ Anuncio de adjudicación del Ayuntamiento de Nijar, publicado en el Boletín Oficial del Estado, núm. 273, de 12 de noviembre de 2009.

⁴¹ Se trata de distintos CPP licitados por la Secretaría General del Servicio de Salud de las Illes Balears. Los correspondientes anuncios de licitación fueron publicados en el Boletín Oficial del Estado, núm. 197, de 15 de agosto de 2009.

⁴² Anuncio de licitación de la Subsecretaría del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, publicado en el Boletín Oficial del Estado, núm. 176, de 22 de julio de 2009.

⁴³ Anuncio de licitación del Ayuntamiento de Andratx, publicado en el Boletín Oficial del Estado, núm. 172, de 17 de julio de 2009.

⁴⁴ Anuncio de licitación de la Diputación Provincial de Valencia, publicado en el Boletín Oficial del Estado, núm. 153, de 25 de junio de 2009.

⁴⁵ Anuncio de licitación de la dirección Gerencia del Servicio Murciano de Salud, publicado en el Boletín Oficial del Estado, núm. 133, de 2 de junio de 2009.

⁴⁶ Anuncio de licitación del Ayuntamiento de Alcoy, publicado en el Boletín Oficial del Estado, núm. 315, de 31 de diciembre de 2008.

1. Antecedentes

La introducción del CPP en la normativa reguladora de los contratos del sector público en España no resulta de un mandato de la Unión Europea de obligado cumplimiento por parte de los Estados miembros. En efecto, y como indicamos en el número 2 del epígrafe III anterior, precisamente, una de las Conclusiones Libro Verde fue que no se adoptaría ninguna iniciativa a nivel europeo encaminada a regular de forma específica la colaboración entre el sector público y el sector privado, dejando esta cuestión a la decisión de los Estados miembros, de considerarlo oportuno, a la vista de su propia regulación en materia de contratación del sector público.

Teniendo en cuenta esta premisa, lo cierto es que el Consejo de Ministros, en el Acuerdo adoptado con fecha 25 de febrero de 2005, por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso a la productividad⁴⁷, incluyó el siguiente mandato:

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

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

En cumplimiento del mismo, se incorpora al proyecto de ley de contratos del sector público este nuevo contrato administrativo típico, sin mayor justificación que la que expresa el último punto de la Exposición de Motivos de la LCSP -que no fue modificado durante la tramitación del proyecto de ley-, a cuyo tenor:

"Nominados únicamente en la práctica de la contratación pública, la Ley viene, finalmente, a tipificar normativamente los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, como nuevas figuras contractuales que podrán utilizarse para la obtención de prestaciones complejas o afectadas de una cierta indeterminación inicial, y cuya financiación puede ser asumida, en un principio, por el operador privado, mientras que el precio a pagar por la Administración podrá

⁴⁷ Hecho público por Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Presidencia de fecha 1 de abril de 2005, publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm. 79, de 2 de abril.

acompañarse a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyen su objeto".

Su lectura no arroja demasiada luz sobre las razones por las que se incluye este nuevo contrato, a excepción de su existencia nominal "en la práctica de la contratación pública", como si no tuvieran la consideración de fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado algunos de los contratos administrativos tradicionales, cuando reúnen las características descritas por la Unión Europea para ser considerados como tales.

El Consejo de Estado, al emitir el dictamen correspondiente respecto del anteproyecto de ley de contratos del sector público, partió de la base de que la introducción del CPP resulta del análisis que de las formas de colaboración entre el sector público y el privado realiza el Libro Verde, sus características y los objetivos que permite alcanzar⁴⁸.

La doctrina, en general, no se ha manifestado sobre la justificación de la tipificación del CPP. Con carácter excepcional, sí se refiere a esta cuestión CARLÓN RUIZ, M.⁴⁹, señalando que:

"siendo, como son, múltiples las variantes contractuales que, en la práctica, han venido identificándose bajo el género CPP, cabría pensar que con el contrato típico de nuevo cuño se ha pretendido reconducir a la unidad todas las figuras conocidas. De hecho, al menos de forma implícita, eso da a entender al legislador que (...) buscaría dotar de seguridad jurídica a unas operaciones en las que la generación de confianza en el inversor privado, particularmente en términos de garantía de estabilidad y rentabilidad, es imprescindible".

Sin embargo, el CPP no elimina al resto de figuras contractuales tradicionales. Simplemente, a la vista de la complejidad en la realización de un objeto determinado, si se justifica debidamente la elección de esta figura contractual en los términos de la LCSP y se dan el resto de elementos configuradores del objeto de un CPP según el artículo 11 de la misma, se podrá licitar una determinada prestación como CPP, a través del nuevo procedimiento de adjudicación introducido por la Ley, el diálogo competitivo, y con la posibilidad de que el documento contractual recoja de forma pormenorizada todos los extremos propios de la vida del contrato hasta su fin, convirtiéndose en la máxima expresión del principio de libertad de pactos en el ámbito de la contratación administrativa, recogido en el artículo 25 de la Ley.

⁴⁸ Dictamen del Consejo de Estado de 25 de mayo de 2006 (referencia 514/2006) sobre el anteproyecto de ley de contratos del sector público.

⁴⁹ "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado", CARLÓN RUIZ, M., en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 140, 2008.

En mi opinión, la justificación de la tipificación del nuevo contrato administrativo reside en la voluntad del legislador español de poner a disposición de la Administración y del sector privado un instrumento flexible que permita la realización de determinadas prestaciones de difícil articulación, mediante los contratos administrativos tradicionales, por razones de carácter técnico, económico, jurídico y financiero y para satisfacer necesidades de interés general que la propia Administración no sabe cómo afrontar, debiendo recurrir al conocimiento, experiencia y eficiencia del sector privado para desarrollarlas. Permitiendo que una determinada relación contractual reúna las características que el Libro Verde reconoce a las distintas fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado, el legislador español ha definido un nuevo contrato al que habrá de recurrirse con carácter excepcional, y previa justificación, cuando no pueda satisfacerse el interés público subyacente mediante los contratos administrativos típicos tradicionales.

Por supuesto, su configuración flexible y abierta lo hace atractivo para adjudicar todo tipo de prestaciones que podrían desarrollarse bajo gran variedad de pactos más o menos conformes a Derecho, pudiendo caer este instrumento en un claro descrédito, abundar en una picaresca que, por desgracia, no es infrecuente y generar situaciones próximas al fraude de ley. Su efectiva implementación, aparte de cuestiones relativas a los problemas que suscita el diálogo competitivo como procedimiento de adjudicación, requiere que las Administraciones Públicas sean exquisitamente rigurosas en el análisis de si una determinada prestación debe realizarse mediante la licitación de un CPP o no, así como de los objetivos que se pretende conseguir, especialmente respecto de cómo obtener, salvaguardando el interés público al que responde la prestación concreta, "value for money" (utilizando criterios similares a los que utiliza el "*Public Sector Comparator*", al que hemos aludido anteriormente⁵⁰)

⁵⁰ GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. en "*Contrato de Colaboración Público-Privada*", Revista de Administración Pública, núm. 170 (2006), define el "*Public Sector Comparator*" como un "*examen comparativo entre las posibilidades del sector público para el desarrollo del proyecto y la capacidad de la iniciativa privada. Según este autor, los elementos que deben tenerse en cuenta para realizar este examen comparativo son los siguientes: "i) el coste de la prestación de los servicios bajo el sistema público, donde el activo es propiedad de la Administración o el servicio es de su responsabilidad; ii) la cuantía de las ventajas o desventajas de un servicio o infraestructura por el hecho de ser público; y iii) la valoración de los riesgos, distinguiéndose dos partes diferenciadas: los que son susceptibles de ser transferidos al sector privado y aquellos otros que son mantenidos bajo gestión pública. En los casos en los que la valoración de la actividad privada se acerque al *Public Sector Comparator* habría, además, que tomar en consideración otros factores, como los siguientes: "i) la estimación de costes que no son cuantificables en un proyecto, incluyendo ciertos riesgos; ii) la reputación del contratista privado; iii) diferencias respecto al servicio inicial que no hayan sido cuantificadas; (iv) los beneficios o costes -externalidades- que la provisión de la infraestructura, a través de una CPP, puede originar; y, v) la exactitud de la información utilizada en el cálculo del PSC". Según la actual configuración legal del CPP, este análisis es el que debe realizar el órgano de contratación a través de la evaluación previa que regula el artículo 118 de la LCSP, al que aludiremos seguidamente.*

y el correcto reparto de riesgos no sólo desde la perspectiva de las finanzas públicas, sino también respecto de cuál de las partes se encuentra en mejor posición para asumirlos.

2. Sucinta exposición sobre los principales aspectos de la regulación del CPP en la LCSP

No es posible eludir en este trabajo una referencia, aunque sea sucinta, al régimen jurídico del CPP según la LCSP, para una correcta comprensión de este nueva forma de colaboración entre el sector público y el sector privado y su alcance. En realidad, pocos son los artículos que regulan este nuevo contrato: artículos 11 (objeto), 13.1 (sujeto a regulación armonizada), 19.1.a) (contrato administrativo), 118 a 120 (actuaciones preparatorias), 164.3 (adjudicación), 199 (riesgo y ventura) y 289 (régimen jurídico) y 290 (duración)⁵¹.

Las siguientes son las principales características de la regulación del CPP:

- a) Sin necesidad de reiterar lo anterior transcripción del artículo 11, sabemos que el objeto del CPP es amplio y abierto.
- b) Se trata de un contrato administrativo sujeto, en todo caso, a regulación armonizada (artículos 13.1 y 19.1.a)). Es relevante que tenga la consideración de contrato administrativo por cuanto que sólo podrá ser suscrito por aquellas entidades del sector público que, a efectos de la LCSP, tengan la consideración de Administración Pública. A fecha del presente trabajo, ni las entidades públicas empresariales ni organismos similares de las Comunidades Autónomas pueden suscribir un CPP⁵². Ello no obstante, con las modificaciones que el proyecto de ley de economía sostenible pretende introducir en la LCSP estas entidades podrán licitar este tipo de contratos. La sujeción a regulación armonizada implica que su valor estimado siempre será igual o superior a los umbrales fijados en los artículos 14 a 17 de la LCSP.
- c) A efectos de la adjudicación del CPP, en primer lugar, debe realizarse por el órgano de contratación la evaluación previa en la que, dada la complejidad del contrato, *"la Administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos*

⁵¹ El Consejo de Estado consideró que la regulación del CPP, en el anteproyecto de ley de contratos del sector público (idéntica a la vigente), es "dispersa", señalando que *"para una figura de nuevo cuño en nuestro Derecho, resulta desafortunada una sistemática interna de la ley que presente los apenas diez preceptos dedicados a este contrato repartidos en prácticamente todos los libros de aquella"*. Véase la nota al pie número 42, supra.

⁵² Véase el artículo 3 de la Ley sobre su ámbito subjetivo.

necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato, y se efectúe un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación" (artículo 118.1). Realizada esta evaluación se elaborará el documento descriptivo del contrato, que incluye el programa funcional, documentos que sustituyen a los tradicionales pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas por el documento descriptivo y el programa funcional. También se elaborará el borrador de contrato que deberá incluir, necesariamente las estipulaciones que recoge el artículo 120 de la LCSP⁵³.

- d) El CPP se adjudica mediante el nuevo procedimiento de adjudicación que recoge la LCSP, en transposición de normativa de la Unión Europea: el diálogo competitivo⁵⁴.

⁵³ Debe tenerse en cuenta que tal y como está configurado el CPP en la LCSP, el contrato es el documento que deberá recoger todas las estipulaciones necesarias para su correcto desarrollo durante toda su duración. Se trata del documento en el que se refleja de forma más intensa la flexibilidad que el legislador ha pretendido otorgar a esta institución, permitiendo a las partes "armar" el contrato adecuando todas sus necesidades, sin las rigideces propias de otros contratos administrativos, pero sin eludir, por supuesto, la aplicación de los principios generales de la contratación administrativa y de buena administración y el respecto al ordenamiento jurídico y al interés público. Entre otros aspectos, el criterio y régimen de distribución de riesgos deberá estar perfectamente objetivizado y concretado en el contrato. No se trata de una estipulación voluntaria. Al contrario. Necesariamente deberá incluirse en el mismo.

⁵⁴ No forma parte del objeto del presente trabajo el análisis detallado del "diálogo competitivo". Ello no obstante, su regulación presenta tantas incertidumbres y dificultades de implementación que nos vemos en la obligación de apuntar algunas de ellas. Como su nombre indica, el diálogo competitivo es un procedimiento de adjudicación mediante el cual el órgano de contratación desarrollará, con los candidatos seleccionados, un diálogo con la finalidad de determinar y definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades. En el transcurso de este diálogo podrán debatirse todos los aspectos del contrato con los candidatos seleccionados. Una primera cuestión que se suscita es la relativa a cómo podrá elaborar el órgano de contratación el documento descriptivo si desconoce los medios adecuados para satisfacer sus necesidades. Por otra parte, si se trata de determinarlos y definirlos con los candidatos seleccionados, qué mecanismos adoptará para garantizar el principio de publicidad entre ellos durante el desarrollo del diálogo. En segundo lugar, durante el diálogo se discutirán las distintas soluciones propuestas por los candidatos; surge, pues, la cuestión relativa a cómo garantizará el órgano de contratación el cumplimiento del principio de no discriminación y otorgamiento de un trato igual a todos los candidatos, así como su obligación de confidencialidad respecto de todas las soluciones propuestas, cuando está negociando a la vez con todos los candidatos. En tercer lugar, la LCSP no regula el plazo de duración del diálogo competitivo; el diálogo proseguirá hasta que el órgano de contratación se encuentre en condiciones de determinar, después de compararlas, si es preciso, las soluciones que puedan responder a sus necesidades. Otra cuestión es la relativa a cómo comparará las soluciones si son diversas y, en consecuencia, parten de supuestos no homogéneos. Y, finalmente, entre muchas otras cuestiones que surgen, una vez seleccionado el licitador cuya oferta se considere más ventajosa económicamente, incluso en ese momento después de la selección, el órgano de contratación podrá requerirle que aclare determinados aspectos de su oferta o ratifique sus compromisos, "siempre que con ello no se modifiquen elementos sustanciales de la oferta o de la licitación, se falsee la competencia, o se produzca un efecto discriminatorio", cuestiones, todas ellos altamente difíciles de probar. En fin, la inseguridad jurídica que genera la actual regulación del diálogo competitivo enturbia las ventajas que ofrece el CPP. En mi opinión, será necesario que por los distintos órganos de contratación se establezcan códigos de buenas prácticas o protocolos de actuación

- e) Respecto del riesgo y ventura de los contratos administrativos, establece el artículo 199 de la LCSP que la ejecución de un contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, *"sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 214, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado"*. El referencia al reparto de riesgo que incluye este artículo pone de manifiesto la flexibilidad que la Ley otorga al CPP y a las partes del mismo, permitiéndoles modular el régimen del riesgo y ventura propio y esencial de los contratos administrativos tradicionales.

Además, establece el artículo 120 de la LCSP, sobre las estipulaciones que en todo caso deberá incluir el documento contractual de un CPP, que deberá incluirse la correspondiente al reparto de riesgos entre el sector público y el sector privado. Se trata de otra manifestación de la importancia que adquiere esta cuestión y de cómo el legislador ha querido brindar al sector público y al sector privado un instrumento que realmente permita dotar de flexibilidad la ejecución y desarrollo de un proyecto.

- f) En cuanto a su duración, se trata de contratos de larga duración. Establece el artículo 290 de la LCSP que no podrán exceder de 20 años. Ello no obstante, 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, podrán adjudicarse por un plazo que no exceda de 40 años.
- g) Finalmente, en cuanto al régimen jurídico del CPP, el artículo 289 consagrada una regla esencial a efectos de la correcta determinación del mismo para cada caso y que, en mi opinión, constituye otra manifestación del máximo reconocimiento del legislador a la libertad de pactos en el ámbito de un CPP. Se establece que los CPP se regirán por las normas generales contenidas en el Título I del Libro IV *"Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos"* de la LCSP y por las normas especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal del CPP, identificada en el contrato, en lo

cuando en un procedimiento de licitación se recurra al diálogo competitivo, encaminados a garantizar el cumplimiento de los principios de no discriminación, igualdad de trato, publicidad y concurrencia, incluyendo la salvaguarda de la confidencialidad de las distintas soluciones y ofertas presentadas por los candidatos seleccionados, así como la determinación de un calendario tentativo durante el cual deberá desarrollarse el diálogo competitivo con una fecha final, que no lo eternice y convierta el mecanismo del diálogo en un sistema ineficaz e ineficiente.

que no se oponga a su naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar conforme al artículo 11, debiendo delimitarse los deberes y derechos de las partes y las prerrogativas de la Administración. Es decir, el legislador permite excepcionar la aplicación de aspectos propios del régimen jurídico del contrato típico que corresponda al objeto del CPP, si tales aspectos se oponen a la naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar del mismo. Es por ello, que el documento de formalización del contrato adquiere especial relevancia en el caso de los CPP, pues es el documento en el que, a efectos de un pacífico desarrollo del mismo, deberá reflejarse con detalle el régimen jurídico aplicable en todos sus aspectos, en los términos del artículo 289 de la LCSP.

Podrían realizarse muchas consideraciones respecto de la regulación que establece la LCSP sobre el CPP, pero ello nos alejaría del objeto del presente estudio y lo haría excesivamente largo. Por esta razón, vistas sus principales características, consideramos ilustrativo proseguir relatando dos experiencias de CPP.

3. Dos apuestas por el CPP: el Contrato Xarxa Oberta y los contratos de servicios energéticos

Como hemos visto en el número 1 anterior, hasta la fecha se han licitado como CPP diversos proyectos. Uno de los más relevantes es el Contrato Xarxa Oberta. Se trata de un procedimiento de licitación que todavía no ha concluido. En la actualidad se encuentra en la fase de diálogo competitivo.

Otro ejemplo de apuesta por el CPP es el resultante del Acuerdo del Consejo de Ministros del 11 de diciembre de 2009, por el que se aprueba el Plan de activación de la eficiencia energética en los edificios de la Administración General del Estado, estableciendo que dicho Plan se ejecutará a través de la adjudicación a empresas de servicios energéticos de contratos de servicios energéticos, considerados como contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado⁵⁵.

El primer ejemplo resulta relevante por la complejidad del proyecto Xarxa Oberta y el éxito con que parece que se está desarrollado el diálogo competitivo. El caso de las empresas de servicios energéticos merece ser destacado por ser, la decisión de recurrir al CPP como contrato para la prestación de servicios de eficiencia energética a la Administración General

⁵⁵ Véase la nota al pie número 3 *supra*.

del Estado, una apuesta del Gobierno para fomentar el crecimiento de este tipo de empresas.

a) *El Contrato Xarxa Oberta*⁵⁶

El Contrato Xarxa Oberta se ha licitado por la Generalitat de Catalunya como un CPP, por un valor estimado de 662.000.000,00 € sin IVA y con una duración que no podrá exceder de 20 años, si bien la concreción será la que resulte de la oferta seleccionada.

Su objeto es la construcción y explotación de una red troncal, comarcal y urbana de comunicaciones electrónicas de gran ancho de banda basado en fibra óptica que permita conectar a nivel de transporte óptico, y a nivel de capa 2 Ethernet, las sedes de la Administración Pública de la Generalitat de Catalunya y, a la vez, aprovechar el excedente de capacidad de dicha red para facilitar la conectividad al mercado mayorista, en los términos que, en su caso, sean determinados por la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea. El anuncio de licitación lo considera que su objeto coincide con el del contrato de obra.

La decisión de acudir al sector privado para el desarrollo del Contrato Xarxa Oberta procede del propio Gobierno de la Generalitat al considerar que para lograr tener un estor de infraestructuras lo más eficiente posible, debe acudir al mercado⁵⁷. La eficiencia es el criterio determinante en este caso para licitar un CPP. Sería interesante poder revisar el ejercicio de evaluación previa que tuvo que realizar el órgano de contratación antes de tomar la decisión de recurrir al CPP, especialmente a efectos de verificar si se realizó algún tipo de examen similar al "*Public Sector Comparator*" al que se ha hecho referencia anteriormente para acreditar que, efectivamente, el recurso al mercado aporta "*value for money*". Lo cierto es que, revisando el documento descriptivo, la complejidad del proyecto es manifiesta.

En términos de reparto de riesgos, el documento descriptivo es abierto, si bien puede deducirse que el contratista asume el riesgo de construcción. La determinación final sobre el reparto de los riesgos de demanda y disponibilidad se establecerá en el documento contractual final⁵⁸. En relación con esta

⁵⁶ Los datos reflejados en este epígrafe resultan del Documento descriptivo del Contrato Xarxa Oberta, de febrero de 2010, accesible a través del perfil del contratante del Centre de Telecomunicacions i Tecnologies de la Informació (https://contractaciopublica.gencat.cat/ecofin_pscp/AppJava/notice.pscp?reqCode=viewCn&idDoc=1506197&idCap=11110&).

⁵⁷ Acuerdo del Gobierno de la Generalitat de 2 de febrero de 2010, según resulta del Documento descriptivo del Contrato Xarxa Oberta.

⁵⁸ Véanse las cláusulas 24, 28, 30 y 32 del Documento descriptivo del Contrato Xarxa Oberta.

cuestión, se regula de forma expresa el destino de las obras y equipamientos una vez finalice el Contrato, fijándose que se pondrán a disposición de la Administración libres de cargas, en los términos que se establecen en el documento contractual. En cuanto a la financiación del Contrato, resultará de los siguientes flujos: (i) ingresos derivados de la prestación de los servicios de conectividad en las sedes de la Administración pública basada en el precio por sede, según lo establecido en el Documento descriptivo, y de conformidad con el gasto plurianual correspondiente aprobado por el Gobierno; y (ii) ingresos derivados de la prestación de servicios mayoristas a operadores.

Finalmente, apuntar que parece que el proceso de diálogo competitivo se está desarrollando de forma eficiente y rápida, avanzándose incluso a calendarios previstos.

b) *El contrato de servicios energéticos*

El artículo 19.3 del Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de Medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, impuso la obligación al Gobierno de aprobar, en el plazo de 6 meses, un plan específico de impulso de las empresas de servicios energéticos contemplando de forma particular un programa concreto para las Administraciones Públicas. El artículo 20 de la misma norma establece una serie de especialidades en la contratación de empresas de servicios energéticos en el sector público, independientemente de la forma de contratación utilizada, si bien incluye una especificación para el supuesto de que se opte por el CPP (el desarrollo del diálogo competitivo con los licitadores no podrá exceder de 45 días y el plazo para la presentación de ofertas finales será de 15 días desde la fecha en que reciban la invitación a que presenten la misma los participantes en el diálogo). Este mandato responde a la voluntad del Gobierno de impulsar las empresas de servicios energéticos, según resulta de la propia Exposición de Motivos del mismo. Esta decisión de impulsar las empresas de servicios energéticos, sin embargo, tiene su origen en el Plan de Activación del Ahorro y la Eficiencia Energética 2008-2012, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de agosto de 2008⁵⁹.

Como consecuencia del Plan de Activación del Ahorro y la Eficiencia Energética 2008-2012 y con carácter previo al Real Decreto-Ley 6/2010, el Consejo de Ministros adoptó el Plan de activación de la eficiencia energética en los edificios de la Administración General del Estado, indicando en su Exposición

⁵⁹ Véase la Directiva 2006/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril, de eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos

de Motivos, respecto de las empresas de servicios energéticos⁶⁰, que *"el impulso de este modelo de negocio requiere un marco jurídico que ofrezca la adecuada seguridad y estabilidad, la mejora del acceso a la financiación para estas Empresas de Servicios Energéticos y la potenciación de la contratación pública en este ámbito"*.

Pues bien, para impulsar el desarrollo de este nuevo sector de la economía, el Consejo de Ministros estableció que la implementación del Plan de activación de la eficiencia energética en los edificios de la Administración General del Estado se realizará mediante la licitación de CPP⁶¹. Así, define lo que debe entenderse por *"contrato de servicios energéticos"* a los efectos de la Administración General del Estado, de forma tal que permite identificarlo claramente con el objeto que establece para un CPP el artículo 11 de la LCSP: *"contrato que se realiza con una Empresa de Servicios Energéticos, para la realización de una actuación global e integrada que comprende las prestaciones siguientes: suministro energético, gestión energética, mantenimiento de las instalaciones consumidoras de energía y ejecución de medidas de ahorro y eficiencia energética y de aprovechamiento de energías renovables y residuales. La duración del contrato se acordará por un período determinado en función del tiempo necesario para la amortización de las inversiones realizadas por la ESE o de las fórmulas de financiación que se prevean. El pago de los servicios prestados se basará, en parte o totalmente, en el ahorro energético obtenido mediante la mejora de la eficiencia energética del edificio"*.

De las determinaciones del Plan respecto de la licitación de contratos de servicios energéticos como CPP, resulta relevante destacar los siguientes puntos:

- (i) a efectos de déficit presupuestario y endeudamiento público, se prevé que *"las actuaciones a realizar a cargo de este Plan no supondrán un incremento de gasto de la Administración General del Estado, dado que se realizarán mediante un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado"*. Esta previsión implica que el contrato de servicios energéticos no formará parte del balance público;

⁶⁰ Definida por el Plan como *"persona física o jurídica que proporciona servicios energéticos de mejora de la eficiencia energética en las instalaciones o locales de un usuario y afronta cierto grado de riesgo económico al hacerlo, formalizado mediante la realización de un contrato de servicios energéticos"*.

⁶¹ El objeto del plan es conseguir que 330 centros consumidores de energía, pertenecientes a la Administración General del Estado, reduzcan su consumo de energía en un 20% en el año 2016, tal como establece el Plan de Ahorro y Eficiencia Energética en los Edificios de la Administración General del Estado, mediante la realización de medidas de ahorro y eficiencia energética, bajo la modalidad de contratos de servicios energéticos, realizadas por empresas de servicios energéticos.

- (ii) para facilitar la contratación, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado hará público, en el plazo máximo de 3 meses, a través de su página web, un pliego tipo de Documento Descriptivo y Programa Funcional que se podrá utilizar para realizar la contratación de los servicios energéticos y prestará asesoramiento a los Ministerios en esta materia;
- (iii) según el Real Decreto-Ley, el desarrollo del diálogo competitivo con los licitadores no podrá exceder de 45 días y el plazo para la presentación de ofertas finales será de 15 días desde la fecha en que reciban la invitación a que presenten la misma los participantes en el diálogo;
- (iv) se establece una línea de financiación y apoyo económico a las empresas de servicios energéticos.

Claramente, en esta ocasión vemos la apuesta del Consejo de Ministros por el CPP como instrumento de crecimiento de un nuevo sector de la economía, el formado por las empresas de servicios energéticos, para recibir unos servicios altamente complejos, fijando de forma clara que el contrato no formará parte del balance público, razón por la que no supondrá un gasto para la Administración General del Estado.

V. CONCLUSIONES

Expuestas las anteriores consideraciones, las siguientes son mis conclusiones sobre los instrumentos que prevé la LCSP como fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado, y el régimen de distribución de riesgos:

1. La única nueva forma de colaboración contractual entre el sector público y el sector privado que introduce la LCSP es el CPP. Se mantienen los contratos administrativos típicos tradicionales que, con carácter general, pueden considerarse como formas de colaboración entre el sector público y el sector privado. Las sociedades de economía mixta podrán suscribir CPP si se aprueban las modificaciones a la LCSP que pretende introducir el proyecto de ley de economía sostenible.
2. La Unión Europea ha establecido las características y los objetivos a los que responde la reformulación del concepto de colaboración público-privada. Así pues, nos encontraremos ante una forma de colaboración público-privada (contractual o institucional) cuando:
 - a) se trate de una colaboración a largo plazo;

- b) el socio privado se involucre en la colaboración desde sus inicios (diseño, realización, ejecución y financiación);
- c) exista una distribución real de los riesgos de construcción, disponibilidad y demanda. Por lo general, en este tipo de colaboración, el socio privado asume riesgos que habitualmente soporta el sector público. No es imprescindible que el socio privado asuma la mayoría de riesgos;
- d) el socio privado asume la financiación del proyecto, sin perjuicio de la posibilidad de que el sector público participe en la misma; y,
- e) se ha realizado el análisis correspondiente sobre si la decisión de acudir al sector privado aportará realmente "*value for money*" al sector público.

Teniendo en cuenta los anteriores criterios, los contratos administrativos típicos podrán ser considerados como una colaboración público-privada, en los términos de la Unión Europea, en función de si su configuración legal permite que concurren tales criterios. Por ejemplo, un contrato de concesión de obras públicas, un derecho de superficie con arrendamiento operativo, un contrato mixto de obra y gestión de servicios públicos, contrato de servicios de mantenimiento y explotación, contratos mixtos, una sociedad de economía y, por supuesto un CPP, podrán ser considerados como colaboración público-privada, según cómo se concrete el proyecto al que respondan.

3. Los motivos que han provocado la proliferación de la colaboración público-privada, en los términos expuestos por la Unión Europea, son los siguientes:
 - a) la necesidad de las Administraciones Públicas de recurrir a la financiación privada, a la vista de las restricciones presupuestarias y de endeudamiento que deben afrontar los Estados miembros. Un sistema de colaboración público-privada permite un adecuado reparto de riesgos a efectos de excluir el activo del balance público;
 - b) la convicción del sector público de que el conocimiento, la experiencia y la eficiencia del sector privado pueden permitir la realización de proyectos de interés público o general de forma más eficiente que el sector público, ahorrando recursos públicos ("*value for money*");

- c) la complejidad técnica, económica, financiera y, en ocasiones, jurídica, de algunos proyectos a los que, por falta de recursos, la Administración no puede hacer frente; y
 - d) el cambio de rol del Estado en la economía, pasando de operador directo a regulador, organizador y controlador.
4. No es determinante de la existencia de una colaboración público-privada que el riesgo de construcción y el de disponibilidad o demanda sean asumidos por el socio privado. Las reglas resultantes del Manual Eurostat para la correcta contabilización de las colaboraciones público-privadas a largo plazo son relevantes a efectos de contables, para que el sector público (es decir, las entidades sujetas a las reglas de contabilidad pública según Eurostat) pueda conocer cuándo un determinado activo será computado en su balance y, por tanto, afectará a sus obligaciones en materia de déficit presupuestario y endeudamiento.

La decisión sobre el reparto de riesgos no debe obedecer única y exclusivamente a consideraciones de carácter contable. El reparto deberá realizarse en función de cuál de las partes esté en una mejor posición de asumir los citados riesgos, teniendo en cuenta en todo momento el interés público que se pretende salvaguardar y que la colaboración público-privada responde a la obtención de "value for money" para el sector público.

5. En la vigente regulación en España en materia de contratos del sector público el CPP es el modelo contractual que mejor se adecúa a las características y objetivos que la Unión Europea atribuye a la colaboración público-privada. Para que esta fórmula prospere y se convierta realmente en un motor de crecimiento, conviene, en mi opinión, que se den las siguientes circunstancias:
- (i) estricta aplicación por parte de la Administración del sistema de evaluación previa, utilizando parámetros similares a los que utiliza el "Public Sector Comparator" en el Reino Unido. Un CPP es un procedimiento costoso y debe justificarse su elección por parte del sector público en términos de "value for money". En la evaluación previa debe realizarse este examen;
 - (ii) el CPP debe destinarse realmente a proyectos complejos, que requieran una actuación global e integrada. El CPP no debe utilizarse para licitar proyectos que permiten ser desarrollados por los contratos administrativos típicos tradicionales, con la

excusa de que el CPP permite una mayor flexibilidad de pactos. Un enfoque en este sentido pervertirá el uso del CPP, constituyendo una agresión al interés público;

- (ii) establecimiento de un código de buenas prácticas en el desarrollo del diálogo competitivo que traslade suficiente seguridad jurídica al sector privado respecto de que cómo se preservará la igualdad de trato y no discriminación entre los distintos candidatos seleccionados, la debida publicidad y concurrencia, así como la confidencialidad de las distintas soluciones presentadas para satisfacer las necesidades del órgano de contratación. Este código de buenas prácticas o protocolo de actuación deberá establecer un calendario o pautas para su determinación a efectos de que el diálogo competitivo no se eternice y enturbie la licitación del CPP;
- (iii) alto nivel de conocimiento técnico por parte del órgano de contratación y del sector privado de la legislación en materia de contratación pública y, en concreto, la regulación del CPP, así como de la problemática técnica, financiera y económica que a la que habrá que hacer frente respecto de un proyecto concreto. Ello implica que las dos partes debe aportar los recursos adecuados necesarios para el correcto desarrollo del CPP;
- (iv) análisis pormenorizado del reparto de riesgos durante toda la vida del CPP y concreción de tal reparto en el documento contractual, estableciendo claros mecanismos de imputación de los mismos. Deben objetivizarse los componentes que generan los riesgos de construcción, disponibilidad y demanda para un caso concreto, y establecer consecuencias en caso de incumplimiento de tales componentes;
- (v) asumir la relevancia del documento contractual, ley del contrato, que deberá recoger las estipulaciones que prevé el artículo 120 de la LCSP y, muy especialmente, el régimen jurídico del CPP. La determinación de las responsabilidades y derechos debe ser clara, así como la fijación del precio y la forma de financiación, en el supuesto de que exista financiación pública;
- (vi) elaborar el documento descriptivo y el programa funcional *ad hoc*, sin utilizar "modelos" de otras Administraciones;

- (vii) las partes del CPP deben tener claro y compartir el objetivo del CPP, sin perderlo de vista durante toda la duración del contrato;
- (viii) las partes deben tener una actitud realista respecto de lo que se puede y no se puede hacer a la hora de fijar el plan para la consecución del objetivo que pretende el CPP;
- (xi) una vez suscrito el CPP, para el correcto desarrollo del proyecto será imprescindible que existan canales de comunicación fluidos entre las partes y confianza;
- (x) finalmente, las partes no pueden ignorar en ningún momento que la decisión de adjudicar un CPP parte de la necesidad de satisfacer un interés público o general y que, por tanto, el desarrollo del proyecto objeto del CPP por parte del operador privado responde a intereses públicos que hay que proteger y realizar. Es cierto que el CPP se configura como un mecanismo que debe generar crecimiento y, por tanto, reportar beneficios al sector privado que decide participar en la adjudicación de un CPP, cuestión que debe ser asumida y comprendida por el sector público. Ello no obstante, es el interés público el que preside la relación, cuestión que debe ser asumida y comprendida por el sector privado.

En la actual situación de crisis y de estrictas restricciones presupuestarias por parte de las Administraciones Públicas, el CPP, bien utilizado, se presenta como un potente instrumento generador de riqueza para el sector privado, siempre que la financiación le acompañe. La iniciativa de la Administración General del Estado para impulsar las empresas de servicios energéticos debería ser vista como un ejemplo a seguir por otras Administraciones.