



SCHOOL OF LAW
TEXAS A&M UNIVERSITY

Texas A&M University School of Law
Texas A&M Law Scholarship

Faculty Scholarship

1-2008

Nota Sobre el Contracte de Col·laboració Publicoprivada [Notes on the Public-Private Partnership Contract]

Vanessa Casado-Pérez

Texas A&M University School of Law, vcasado@law.tamu.edu

Follow this and additional works at: <https://scholarship.law.tamu.edu/facscholar>



Part of the [Comparative and Foreign Law Commons](#), and the [Contracts Commons](#)

Recommended Citation

Vanessa Casado-Pérez, *Nota Sobre el Contracte de Col·laboració Publicoprivada [Notes on the Public-Private Partnership Contract]*, 37 1 (2008).

Available at: <https://scholarship.law.tamu.edu/facscholar/1087>

This Article is brought to you for free and open access by Texas A&M Law Scholarship. It has been accepted for inclusion in Faculty Scholarship by an authorized administrator of Texas A&M Law Scholarship. For more information, please contact aretteen@law.tamu.edu.

NOTA SOBRE EL CONTRACTE DE COL-LABORACIÓ PUBLICOPRIVADA

Vanessa Casado Pérez*

Sumari

1. El contracte de col·laboració publicoprivada: una novetat?
2. Regulació dels contractes de col·laboració entre el sector públic i el sector privat a la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic
3. Les actuacions preparatòries i el procediment de diàleg competitiu
4. Reflexió final

* Vanessa Casado Pérez, investigadora en formació. Àrea de Dret Administratiu. Universitat Pompeu Fabra.

1. El contracte de col·laboració publicoprivada: una novetat?

Aquesta nota té per objecte fer una aproximació a la figura del contracte de col·laboració entre el sector públic i el privat, una de les novetats de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, com es destaca al quart punt de l'exposició de motius de la Llei. Amb aquesta finalitat, s'exposen, en primer lloc, els antecedents i les motivacions subjacents a la inclusió d'aquest tipus contractual. En segon lloc, s'analitzen les previsions legislatives, especialment el procediment establert per a aquest tipus de contractes, el *diàleg competitiu*. Finalment, es perfila aquesta figura per tal de distingir-la d'altres formes de col·laboració publicoprivada que ja existeixen en dret espanyol i es reflexiona sobre el seu encaix en el marc comunitari.

La denominació *col·laboració publicoprivada* prové d'una traducció no literal dels *public-private partnerships* del dret anglosaxó. No és literal perquè la col·laboració comprèn més modalitats que l'associació (*partnership*). Sembla, doncs, que es vulgui innovar en el dret continental a partir de figures foranes. Aquesta afirmació només és certa en part. Els sectors públic i privat col·laboren des de fa segles. N'hi ha prou de referir-nos a la construcció de les infraestructures ferroviàries o als *partenariats* del dret francès. La innovació és, per tant, únicament parcial. Potser l'aspecte més nou és la introducció de tècniques d'avaluació que cerquen acostar la gestió pública al *management* empresarial. Això comporta un cert canvi de lògica, d'acord amb el valor central que s'atorga a l'eficiència, la qual s'entén sovint com a sinònim de l'actuació privada.

L'Estat s'allunya de la seva condició de prestador per adoptar la de garant, ja que l'externalització de les funcions públiques mai no pot comportar la renúncia del control de l'acompliment dels objectius d'interès públic, encara que aquest acompliment s'encomani ara als operadors privats.

Els contractes de col·laboració entre els sectors públic i privat són interessants arreu d'Europa per al finançament d'inversions públiques de gran quantia. També en tenen als països en via de desenvolupament per a la dotació d'infraestructures, en gran part perquè han estat impulsats per l'Organització Mundial del Comerç o el Fons Monetari Internacional com a via per al progrés en aquestes zones. Segons dades de SEOPAN (Observatori de la Construcció),¹ Europa continua essent l'àrea on aquests contractes tenen més rellevància, mesurada en termes monetaris, especialment pel que fa a infraestructures de transport.

Les raons que la Comissió Europea ofereix en el *Llibre verd sobre la col·laboració publicoprivada i el dret comunitari en matèria de contractació pública i concessions*² –que sorgeix arran de la voluntat expressada a la iniciativa europea de creixement del Consell Europeu de 2003 d'impulsar els *public-private partnerships*– per explicar l'interès creixent en la col·laboració publicoprivada són fonamentalment dues: les restriccions en matèria de dèficit públic que han d'afrontar els estats membres i el fet que les empreses privades demostrin més perícia en la realització de determinades obres o en la prestació de determinats serveis. Aquest darrer punt està fora de tot dubte

¹ Contingudes a l'obra de F. MEDALL VELLA (coord.), *Estrategias de internacionalización de las constructoras españolas*. UPCommons, 2006, p. 85.

² COM(2004) 327 final.

respecte de les empreses espanyoles, atès que, segons dades de *Public Works Financing*,³ són empreses espanyoles les capdavanteres a escala mundial.

Les dues raons que el *Llibre verd* esmenta, el control de la despesa pública i l'eficiència, s'esmenten a l'article 1 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic,⁴ com a objectius que es persegueixen amb la reforma de la regulació sobre contractació pública. La regulació espanyola segueix la línia que molts altres països ja han apuntat. A tall d'exemple, es pot fer referència a la llei sobre la col·laboració publicoprivada d'Alemanya, a les *task forces* en aquest àmbit que hi ha a Itàlia i al Regne Unit o a la regulació dels contractes publicoprivats en una quinzena d'estats dels Estats Units.

Al costat de les raons esmentades en primer lloc, cal exposar-ne una altra a la qual s'ha prestat menys atenció però que té una càrrega ideològica igualment notable. Les infraestructures beneficien diverses generacions. Un contracte de col·laboració publicoprivada permet que no sigui únicament la generació present la que n'assumeixi la càrrega, sinó que els costos siguin sufragats –d'una manera més directa que amb el deute públic– per totes les generacions que se'n beneficiaran. No obstant això, aquest argument té una rèplica directa senzilla, atès que aquesta contractació supera la durada dels cicles electorals i, per tant, deixa lligats els futurs governs.

Reprement la primera justificació, relativa al dèficit públic, cal analitzar si es pretén legitimar les administracions públiques dels estats membres per recórrer a enginyeries contractuals, en part dissenyades des d'instàncies europees, per tal de complir els requisits relatius a les finances públiques de l'article 104 del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea i el Protocol sobre el procediment aplicable en casos de dèficit excessiu annex al Tractat, que conté els coneguts criteris de convergència.⁵

Les inversions en obres públiques s'entenen, en la nomenclatura del SEC-95 (sistema europeu de comptes econòmics integrats), com a formació bruta de capital fix i, per tant, s'inclouen en la capacitat o la necessitat de finançament de les administracions (resultat del compte de capital). En canvi, els contractes de col·laboració publicoprivada permeten presentar uns resultats més favorables perquè únicament formen part dels comptes públics els pagaments diferits que l'Administració realitza al contractista. D'aquesta manera, s'aconsegueix evitar la consolidació en els comptes públics que comportava, per exemple, el contracte d'obres i, al mateix temps, es retenen algunes de les potestats de control que es tenien en aquella tipologia contractual.

Si la consolidació únicament es fes dependre de la tipologia contractual, que es pot reduir a una simple formalitat, se subvertirien els principis comunitaris. En concret, la Decisió d'Eurostat (Oficina Estadística de les Comunitats Europees), d'11 de febrer de 2004, sobre el tractament comptable del deute i el dèficit contrets en el marc de

³ F. MEDALL VELLA (coord.). *Estratègies...*, cit., p. 89.

⁴ “La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa (...)”

⁵ A l'Estat espanyol són recollits al Reial decret legislatiu 2/2007, de 28 de desembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general d'estabilitat pressupostària.

contractes de col·laboració amb el sector privat (STAT/04/18), estableix que no es consoliden en la comptabilitat pública aquells contractes en què la part privada assumeix el risc de construcció i el de disponibilitat o el de demanda. Si no fos així, la inversió inicial es computaria com a inversió bruta en capital fix, que afectaria el dèficit i tindria el seu assentament complementari en forma d'imputació de préstec, i els pagaments periòdics serien compres de serveis o interès.

A aquest efecte, s'entén que el risc de construcció comprèn el de variació en els costos, entrega extemporània o deficiències tècniques; el de demanda, l'assumpció d'un increment o d'una disminució dels beneficis com a resultat de fluctuacions exògenes en la demanda, i el de disponibilitat –comuna en la prestació de serveis com els educatius–, la capacitat de subministrar la seguretat, la quantitat i/o la qualitat requerides. S'entén que el contractista privat assumeix un risc si la seva remuneració depèn d'aquest. Així, per exemple, si rep un pagament per cada usuari del servei que presta o si l'Administració pot reduir la suma deguda si no es compleixen els estàndards de qualitat.

La segona de les justificacions ens porta novament a la idea d'eficiència. La Comissió recorda al punt cinquè del *Llibre blanc* que la intervenció del sector privat no és automàticament més avantatjosa sinó que convé avaluar-la en cada cas. Fins i tot en aquells supòsits en què el sector públic realitza activitats d'estil empresarial sense cap voluntat redistributiva.

Els *public-private partnerships* i, per tant, els contractes de col·laboració entre el sector públic i el privat van associats a conceptes anglosaxons com el de *value for money*. Aquest concepte és molt pròxim a l'anàlisi cost-benefici que s'utilitza per a la presa de decisions públiques, ja que permet avaluar diferents projectes i escollir aquell que comporti un resultat més eficient. En definitiva, es tracta d'aconseguir un valor més gran per als diners públics. De fet, l'expressió anglosaxona que absorbeix els dos conceptes és la de *public sector comparator*, que consisteix en la comparació entre les alternatives de finançament públic i privat prenent en consideració totes les qüestions en joc, entre elles l'assumpció de riscos total o parcial per part de l'Administració en els possibles projectes. Aquests conceptes i anàlisis encara són poc habituals avui en l'ordenament espanyol, la qual cosa comporta que siguin vistos amb un cert recel.

Tots aquests conceptes van associats al precedent dels contractes de col·laboració que hem tractat aquí, la *private finance initiative*, iniciada pel govern *tory* de John Major el 1992. En l'àmbit comunitari, destaca com a punt inicial el *High Level Group on PPP financing of TEN-T projects*, conegut com a *informe Kinnock*, però cal esmentar igualment el *High Level Group Report on the TEN-T networks* o *informe Van Miert*.

Encertadament, la regulació actual recull aquests requisits d'avaluació (articles 111.2 i 118 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic). Així, la recepció al dret espanyol d'aquesta figura aparentment aliena es produeix mitjançant la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, ja esmentada. Aquesta llei prové de la Directiva 2004/18/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març de 2004, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministrament i de serveis. No obstant això, la directiva esmentada no preveia explícitament la figura contractual objecte d'aquesta nota. Les seves fonts són, d'una banda, disposicions comunitàries no vinculants que tenen com a principis vertebradors l'eficiència i la garantia de la lliure competència i, d'altra banda, la pràctica que ja es desenvolupava sense que tingués una regulació legal

específica a l'empara del principi de llibertat de pactes. Així mateix, destaca el *Llibre verd sobre la col·laboració públicoprivada i el dret comunitari en matèria de contractació pública i concessions*, ja esmentat.

A continuació, s'exposen la regulació positiva d'aquesta tipologia contractual i el seu procediment d'adjudicació, i després es comenten les possibles discrepàncies amb la regulació comunitària i els encavalcaments que es produeixen amb altres contractes típics. La inclusió d'aquesta nova figura contractual compleix, al seu torn, el mandat 44è, contingut a l'Acord del Consell de Ministres de 25 de febrer de 2005, pel qual s'adopten mandats per emprendre mesures d'impuls a la productivitat.

Abans d'exposar la regulació positiva, i a fi d'encarar-la a partir de les notes característiques que s'hi tradueixen, d'acord amb el *Llibre verd* podríem definir els contractes de col·laboració entre el sector públic i el sector privat com a contractes de llarga durada, en què el finançament té un paper central, la participació del sector privat s'esdevé en fases molt primerenques de l'elaboració i el repartiment de riscos adquireix un protagonisme principal. A aquestes notes, explicitades en l'àmbit comunitari, se n'afegirien dues que es retroalimenten: la complexitat i la flexibilitat. Es tracta d'un contracte que es pot qualificar de complex perquè: *a)* s'hi entrellacen objectes de diferents tipus de contractes; *b)* la seva durada comporta, entre d'altres, els problemes de captura que sorgeixen amb relació a la inversió en actius específics; *c)* conté fórmules de finançament complicades, i, *d)* la lògica de l'avaluació dels projectes per tal d'assolir el *value for money* és aliena a la nostra tradició jurídica.

Concordar tots aquests punts exigeix un contracte de definició oberta i flexible, perquè aquest respon més a una finalitat, el finançament, i a una idea, l'eficiència, que a un objectiu material palpable.

2. Regulació dels contractes de col·laboració entre el sector públic i el sector privat a la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic

El contracte de col·laboració entre els sectors públic i privat, definit a l'article 11 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP), es pot caracteritzar com un contracte administratiu (article 19 LCSP), típic (article 5 LCSP), subjecte a una regulació harmonitzada (article 13 LCSP). A diferència d'altres contractes típics, només l'Administració, definida a aquest efecte a l'article 3.2 LCSP, i no qualsevol ens del sector públic, pot actuar com a part contractant pública.

L'objecte del contracte es recull a l'article 11 LCSP. Aquest conté una definició amplíssima que sembla que pot comprendre gairebé qualsevol actuació que hagi de realitzar l'Administració i que consideri oportú externalitzar. Es pot comprovar que, si bé una de les motivacions principals per recórrer a aquest contracte és obtenir finançament, l'objecte del contracte ultrapassa aquesta finalitat. La ultrapassa perquè, a més del finançament d' "inversions immaterials, d'obres o de subministraments", ha de comportar algunes de les prestacions recollides amb àmplies definicions a les lletres *a* a *d* de l'article 11.1 LCSP. Àmplies perquè comprenen des de la construcció d'obres o la fabricació de productes fins a la prestació de serveis, passant pel manteniment d'instal·lacions.

L'article 12 LCSP regula els contractes mixtos, és a dir, aquells contractes que aglutinen prestacions de distintes figures contractuals, i estableix com a règim bàsic per a l'adjudicació el del contracte de més rellevància econòmica. El contracte de col·laboració entre els sectors públics podria encaixar perfectament complir amb la definició de mixt, perquè sempre comportarà el finançament i alguna altra prestació.

Ara bé, la regulació que en fa l'article 289 LCSP se separa de la dels contractes mixtos en dues qüestions.

La primera es dóna en la identificació de la prestació principal. En el cas dels contractes de col·laboració publicoprivada, la prestació principal ha d'estar recollida expressament a les clàusules contractuals d'acord amb el mandat de l'article 120.1 *a* i *m* LCSP. En canvi, l'article 12 LCSP atén la importància econòmica de les diverses prestacions compreses en els contractes mixtos per identificar la principal.

La segona diferència es troba en l'extensió de les normes reguladores del contracte que constitueix la prestació principal a tota la resta. L'article 12 LCSP estén a tot el contracte mixt el règim de la prestació principal únicament pel que fa a l'adjudicació. El 289 LCSP no únicament es refereix a aquesta, sinó que estableix que el contracte de col·laboració publicoprivada s'ha de regir per tot el règim del contracte típic l'objecte del qual es correspongui amb la prestació principal identificada.

Chinchilla Marín ha plantejat si les normes que regulen el contracte corresponent a la prestació principal són dret imperatiu o supletori, atès que la precisió que l'article 289 LCSP conté ("en el que no s'oposin a la seva naturalesa, funcionalitat i contingut peculiar") sembla que suggereix que s'ha d'atenir al que s'ha establert al contracte i, per tant, és possible apartar-se de les normes reguladores d'altres contractes típics que constitueixin la prestació principal.⁶

La durada del contracte ha de ser la necessària d'acord amb la fórmula de finançament previst o la que es requereixi per amortitzar les inversions segons l'article 11.1 LCSP. L'anterior ja denota que es compleix amb el que s'ha enunciat al *Llibre verd*, la llarga durada. Per això, sorprèn la regulació prevista a l'article 290 LCSP, que fixa un màxim de 20 anys, excepte per al cas de la concessió quan l'objecte d'aquesta és la prestació principal del contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat. L'article 244 LCSP en regula la durada i estableix, com a regla general, els 40 anys. Sobta la fixació de durades màximes perquè, atès el caràcter obert de l'objecte contractual i essent la flexibilitat una de les característiques de la figura, sembla que la regulació més adequada hauria estat aquella que reconegués la necessitat d'analitzar cada cas en concret.

El repartiment de riscos ha de quedar estipulat a les clàusules (article 120.*b* LCSP) i constitueix una altra de les notes que defineixen aquest tipus contractual. El repartiment i, per tant, la no-assignació només a una part. En concret, es preveuen tres riscos: el de variació en els costos, el de demanda i el de disponibilitat. Per entendre que el soci privat els ha assumit, els pagaments que l'ens administratiu hagi fet a aquest es poden fer dependre –sense que això sigui imperatiu– de la qualitat i/o la quantitat subministrades efectivament. Així ho recull l'article 11 LCSP en referir-se al rendiment fixat en el contracte. Amb els paràmetres dels quals es fa dependre la remuneració del contractista, es

⁶ CHINCHILLA MARÍN, CARMEN, "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y privado". *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 132 (2006), p. 641.

relaciona el control que l'Administració té de l'execució contractual i que s'ha d'especificar a les clàusules, tal com ho recull l'article 120 g LCSP. Convé recordar aquí que de la distribució de riscos depèn, com s'ha exposat al primer apartat, la consolidació o no als comptes de l'Administració.

Així mateix, el repartiment de riscos determinat contractualment és previsible que comporti una reserva menor o major de control de l'Administració sobre les possibles subcontractacions. Les condicions que s'estableixin per a la subcontractació s'han d'explicitar necessàriament al contracte (article 120 g LCSP), aspecte que no la normativa comunitària ni imposa. Aquesta entén que, si el soci és un contractista privat, és lliure de subcontractar excepte que hi hagi una previsió en sentit contrari; si, en canvi, el soci té també la consideració d'organisme adjudicador (per exemple, una societat mixta de participació pública majoritària), la seva contractació es veurà sotmesa a les directrius que les directives estableixin i que la LCSP traslladi.

3. Les actuacions preparatòries i el procediment de diàleg competitiu

Al *Llibre verd sobre la col·laboració públicoprivada i el dret comunitari en matèria de contractació pública i concessions*, la Comissió Europea suggereix el diàleg competitiu com a procediment d'adjudicació adequat per a aquest tipus de contractes, de complexitat 'especial, seguint l'article 29 de la Directiva 2004/18/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març de 2004, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministrament i de serveis (DOUE, sèrie L, núm. 134, de 30 d'abril de 2004). La Llei espanyola, en canvi, és imperativa en aquest aspecte, ja que l'article 164.3 LCSP determina aquest tipus de procediment com a obligatori⁷ per als contractes de col·laboració entre el sector públic i el privat.

La complexitat d'aquests contractes apareix ja en la fase d'elaboració del projecte perquè, en recórrer a aquest procediment, l'Administració reconeix ja fins a cert punt la seva incapacitat per formular unilateralment el disseny contractual que satisfaci les seves necessitats. En són alguns exemples les denominacions BTO (*build, operate and transfer*, construir, operar i transferir) i DBFO (*design, build, finance and operate*, dissenyar, construir, finançar i operar) com a disseny de contractes que inclouen diverses prestacions, cosa que referma la tendència de combinar objectes contractuals diversos. La intervenció del sector privat en fases ja de gestació del contracte pot desembocar en un fenomen semblant al conegut com a *captura del regulador*, com a conseqüència de la asimetria informativa, que va en detriment del sector públic i el deixa a mercè de l'experiència privada, tant per a la conformació del contracte com per a la seva execució posterior.

L'Administració ha de constatar la necessitat de recórrer a aquesta fórmula contractual i, per tant, la incapacitat de determinar per si sola els mecanismes i els aspectes tècnics necessaris per assolir els objectius d'interès públic determinats (article 118.1 LCSP). D'aquí que sigui necessari interaccionar des del principi amb el sector privat amb més bagatge en el sector. Així mateix, s'han d'analitzar les alternatives al contracte de col·laboració entre els sectors públic i privat, seguint el model del *public sector comparator* anglès. La Llei és conseqüent, ja que encomana aquesta avaluació a un comitè d'experts en la matèria sobre la qual versí el contracte. És a dir, és algú extern qui

⁷ Tret del supòsit excepcional, també recollit a l'article 164.3 LCSP, en que tot i seguir-se el procediment de diàleg competitiu, les ofertes rebudes són clarament inadequades. Llavors s'adjudicarà pel procediment negociat amb publicitat

avalua la incapacitat de l'Administració. Amb això es pretén garantir que l'ens públic recorri de forma justificada a aquesta categoria contractual, que es presenta gairebé com una última ràtio. En cas d'urgència, l'apartat 2 de l'article 118 LCSP permet que l'anàlisi anterior sigui succinta, adjectiu que lliga malament amb la complexitat que justifica i caracteritza aquesta tipologia contractual.

El pas següent, previ al procés d'adjudicació és l'elaboració d'un programa funcional que, lògicament, ha de tenir com a font l'avaluació, que servirà de base per a la presentació d'ofertes en el procediment de diàleg competitiu i que almenys esbossarà els elements del contracte i n'establirà els criteris d'adjudicació. Els candidats entaularan un diàleg amb l'organisme adjudicador a fi de perfilar, d'una manera més exacta, els requisits i les necessitats que s'han de cobrir i que són necessaris per poder plantejar una oferta. Els candidats, tot i no haver presentat encara cap tipus de projecte, ja ofereixen un servei a l'Administració, assessorant-la. Per això, la Llei (article 163.2 LCSP) preveu la possibilitat de remunerar aquesta fase.

Aquest diàleg, que s'ha de caracteritzar pel tracte igual als candidats i el caràcter privat de la informació subministrada, es pot fer en fases successives, en les quals es vagin purgant les solucions fins a culminar amb el tancament del diàleg amb la presentació d'ofertes. L'òrgan de contractació pot sol·licitar aclariments o precisions sobre les ofertes presentades. Aquest punt planteja dubtes respecte de la competència entre els candidats, tal com García Capdepón va destacar en la seva compareixença davant la Comissió d'Administracions Públiques, durant els treballs parlamentaris de la LCSP.⁸ Respecte de tot el procediment de diàleg competitiu, s'han formulat crítiques pel rol d'inferioritat en què s'instal·la el soci públic, perquè precisament es recorre al sector privat per la seva major perícia, experiència i habilitat. Finalment, recordem que l'òrgan adjudicador ha de tenir en compte un elenc de criteris (els definits en les fases inicials i perfeccionats en les posteriors) i no únicament l'oferta més avantatjosa econòmicament.

4. Reflexió final

El contracte de col·laboració publicoprivada ha quedat configurat com un *totum revolutum*, en estar definit obertament, de manera que de la regulació no se'n poden deduir els límits. La Comissió Econòmica per a Europa de les Nacions Unides, en un document de 15 de febrer de 2000 de la *Negotiation Platform for Public-Private Partnership in Infrastructure Projects*, reconeix que els *public-private partnerships* no són "un terme definit de forma precisa", sinó que l'espectre al qual es pot aplicar aquesta categoria és ampli i la seva única constant és el repartiment de riscos entre el sector públic i el privat. Si això és així, podem qualificar d'agosarat el legislador pel seu intent d'establir un esquema únic per embridar un panorama tan variat.

A més, aquesta indeterminació potser deriva, com apuntava Baño León a la Comissió d'Administracions Públiques durant els treballs parlamentaris de la LCSP, del fet de trobar-nos davant una institució aliena al nostre dret i, aparentment, una mica innecessària si es pren en consideració que es va crear a l'ordenament anglosaxó, en el qual no existien ni els contractes públics ni les concessions.⁹

⁸ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 756, de 20 de febrer de 2007, p. 4.

⁹ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 756, de 20 de febrer de 2007, p. 7.

Precisament un dels problemes que es planteja en el nostre ordenament jurídic és la distinció entre aquesta figura i el contracte de concessió, el qual és considerat, precisament, en instàncies europees i des del punt de vista doctrinal, un contracte de col·laboració entre els sectors públic i privat. El *Llibre verd* distingeix entre la col·laboració públicoprivada *institucionalitzada*, en el sentit de creació d'una entitat de caràcter mixt, i la *contractual*. Dins d'aquesta última, es diferencia entre concessió i altres tipologies contractuals. Aquesta classificació és molt important pel sotmetiment desigual a les directives comunitàries relatives als procediments de contractació, especialment en relació amb les concessions de serveis.

El criteri per distingir entre concessió o un altre tipus contractual, que ja recollia la Comunicació interpretativa de la Comissió sobre les Concessions en el dret comunitari (DOCE, sèrie C, núm. 121, de 21 d'abril de 2000), és el vincle entre l'usuari final i el soci privat, és a dir, si tota o part de la remuneració d'aquest últim és o no resultat del pagament directe que l'usuari del servei efectua. Aquesta classificació no lliga amb la regulació espanyola del contracte de concessió, que admet l'existència de "peatges a l'ombra" (aquells en què l'Administració retribueix el concessionari segons el flux d'usuaris) des de la Llei 13/2003, de 23 de maig, reguladora del contracte de concessió d'obres públiques (BOE núm. 124, de 24 de maig de 2003).

Portell Salom considera que la distinció es troba en el repartiment de riscos. L'article 7.2 LCSP preveu que el contracte s'executi a risc i ventura del constructista. En canvi, en el contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat, fruit del servei públic o actuació d'interès general que s'hi persegueix, s'atenua el principi de risc i ventura característic dels contractes administratius.¹⁰

La distinció, tanmateix, no és clara. D'una banda, el contracte de concessió, que pot comportar la prestació d'un servei, admet que el concessionari rebi una suma de l'Administració per completar la seva remuneració. I, de l'altra, si amb el contracte de col·laboració entre el sector públic i el sector privat un dels riscos que la part privada ha d'assumir perquè la suma no es consolidi en els comptes públics és el de demanda i la forma més intuïtiva d'articular-ho és mitjançant el pagament segons el nombre d'usuaris que facin ús del servei. La superposició d'ambdues figures es percep també en examinar la disposició final 10a LCSP, ja que aquesta conté un mandat al Govern perquè presenti un projecte normatiu que reguli el finançament de les dues tipologies contractuals comentades, amb la qual cosa sembla que es vol donar un tractament unitari a aquest aspecte clau. Tal com Míguez Macho assenyala, un àmbit en què els contractes de col·laboració suplirien les concessions d'obres públiques són aquells supòsits en què l'obra que s'ha de realitzar no és susceptible d'explotació econòmica, o quan aquesta té caràcter marginal, però en què el contracte d'obres planteja dificultats per raó de la disciplina pressupostària a què les administracions públiques es troben subjectes.¹¹

¹⁰ PORTELL SALOM, NÚRIA, "El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado". *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 18 (2008), p.11.

¹¹ MÍGUEZ MACHO, LUIS, "Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español". *Revista de Administración Pública*, núm. 175 (2008), p. 190-191.

Atesa la indefinició que s'ha constatat, s'hauria de reflexionar sobre si el contracte de col·laboració publicoprivada és un contracte o una tècnica de contractació. La resposta és gairebé tan indeterminada com la definició que s'ha fet d'aquests contractes: depèn. Es tracta més d'un *marc* que d'una *tècnica*, ja que aquest últim concepte suggereix una càrrega procedimental més gran. És un nou marc en què hi ha subjacent una lògica innovadora, tant substantiva com procedimental, si és que ambdós aspectes són diferenciables en aquest cas. S'ha dibuixat el cercle per on es pot moure, però no el nucli. En aquesta línia, González García, parafrasejant Cortázar, ha definit els contractes de col·laboració com a “modelos para armar”.¹²

En definitiva, els contractes de col·laboració publicoprivada apunten cap al futur, però responen a pràctiques presents i la regulació que se n'ha fet ha volgut oferir un vestit per a tots: un vestit prou ample perquè tots hi càpiguen, encara que alguns hi quedin disfressats. És possible que es requereixi la flexibilitat inherent a aquest tipus contractual per assolir-ne els objectius d'eficàcia i eficiència, donades les característiques del sector públic, al qual sembla que avui li correspon més el paper de regulador i/o controlador que el de prestador directe. Els desenvolupaments futurs de la figura examinada ens permetran respondre a la pregunta de si ens trobem o no davant un nou pas en favor d'una privatització més àmplia, una opció que, com sabem prou bé, no sempre equival a una gestió pública millor.

¹² GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V, “Contrato de colaboración público-privada”, *Revista de Administración Pública*, núm. 170 (2006), p. 22.