

LAS FORMAS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL DERECHO ESPAÑOL¹

LUIS MIGUEZ MACHO

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Santiago de Compostela

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONCEPTO COMUNITARIO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: II.1. *La definición de la colaboración público-privada en el Libro Verde de 30 de abril de 2004.* II.2. *¿Institución novedosa o regreso al pasado?* II.3. *Tipología de las formas de colaboración público-privada.*—III. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA CONTRACTUAL: III.1. *El contrato de gestión de servicios públicos:* III.1.A) Las distintas modalidades del contrato. III.1.B) Contrato de gestión de servicios públicos y contrato administrativo de servicios. III.2. *La concesión de obras públicas.* III.3. *Los nuevos contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.* III.4. *La colaboración público-privada contractual en la ejecución del planeamiento urbanístico. Las concesiones urbanísticas.*—IV. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA INSTITUCIONALIZADA: IV.1. *Las sociedades de economía mixta.* IV.2. *La aplicación de la jurisprudencia Teckal más allá del caso de las sociedades de economía mixta: los consorcios y las fundaciones mixtas.*—V. LOS CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS DE OBJETO CONTRACTUAL; EN ESPECIAL, LOS SUPUESTOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y DE CREACIÓN DE ENTIDADES INTERADMINISTRATIVAS.—VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN

Este trabajo parte de la reflexión comunitaria sobre la colaboración público-privada, para analizar qué instituciones del Derecho español se ven concernidas por la misma y qué modificaciones de su actual regulación serían necesarias para que se adaptasen plenamente a las exigencias del Derecho de la Unión Europea. Se sigue la misma sistemática del Libro Verde sobre la colaboración público-privada de 2004, distinguiéndose entre colaboración público-privada contractual e institucionalizada. Dentro de la primera se estudian los contratos de gestión de servicios públicos, concesión de obras públicas y colaboración entre el sector público y el sector privado, así como las concesiones urbanísticas. Dentro de la segunda se aborda el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta y de los consorcios y fundaciones mixtas. Un último apartado se dedica a los convenios interadministrativos de objeto contractual, equiparados a contratos públicos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión.

Palabras clave: colaboración público-privada; concesión de servicios públicos; concesión de obras públicas; contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado; concesiones urbanísticas; sociedades de economía mixta; consorcios; fundaciones públicas.

ABSTRACT

This paper leaves from the Community reflection on public-private partnerships, to analyse what institutions in Spanish Law are concerned and what modifications of their present

¹ Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación «La modernización de las Administraciones territoriales. El caso de Galicia» (PGIDIT06PXIB202096PR), financiado por la Xunta de Galicia.

legal regulation would be necessary for their totally adaptation to the exigencies of European Union Law. The same systematics of Green Paper on public-private partnerships is followed, and so the study distinguishes between purely contractual and institutionalised public-private partnerships. Within first, Spanish contracts of management of public services, works concessions and contracts of collaboration between the public sector and the private sector, as well as city-planning concessions, are analysed. Within second, the paper makes an approaching to the legal regime of mixed economy societies, consortiums and public foundations. A last section is dedicated to the interadministrative agreements of contractual object, compared to public contracts by the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union.

Key words: public-private partnership; services concessions; works concessions; city-planning concessions; mixed economy societies; consortiums; public foundations.

I. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea ha empezado a utilizar una terminología hasta ahora ajena a nuestro lenguaje jurídico, la de «colaboración público-privada»², que, si bien por el momento no ha trascendido del plano de los documentos de trabajo al plano normativo, no puede ser pasada por alto, porque suscita importantes cuestiones que afectan al núcleo mismo de diversas instituciones jurídicas que en el Derecho español responden a categorizaciones distintas y a veces bastante heterogéneas entre sí. No se trata sólo, conviene aclararlo desde el principio, de analizar las nuevas figuras contractuales que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, trata de regular bajo la denominación común de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y que ya cuentan con estudios pioneros en la doctrina administrativista española³, sino de preguntarse desde una perspectiva más global qué instituciones de nuestro Derecho se ven concernidas por la reflexión comunitaria sobre la colaboración público-privada y qué consecuencias puede traer para ellas.

² Traducción de la expresión anglosajona *Public Private Partnership*, que también se podría verter al español como «asociación público-privada», pero con la dificultad de que «asociación» en nuestro idioma significa tanto la acción de asociarse como el resultado institucionalizado de la misma, mientras que, como se verá, la colaboración público-privada no siempre produce dicho resultado. Sobre la *Private Finance Initiative* británica como origen de estas técnicas, véase Eva NIETO GARRIDO, «La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido (De *Private Finance Initiative* a *Public Private Partnerships*)», núm. 164 de esta REVISTA, 2004, págs. 389-406; Pedro María GARCÍA CAPDEPÓN, «Los contratos de colaboración público-privada», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 3, 2005, págs. 101 y ss., así como las primeras páginas de Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, «Contrato de colaboración público-privada», núm. 170 de esta REVISTA, 2006, págs. 7 y ss.

³ Además del trabajo de GONZÁLEZ GARCÍA ya citado («Contrato de colaboración público-privada», núm. 170 de esta REVISTA, 2006, págs. 7-39), cabe mencionar también el de Carmen CHINCHILLA MARÍN, «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 132, 2006, págs. 609-644.

El punto de partida es el examen del concepto comunitario de colaboración público-privada, sobre la base fundamentalmente del Libro Verde de la Comisión acerca de la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de 30 de abril de 2004⁴. En realidad, más que el concepto en sí, a estas alturas bastante inconcreto, lo que mayor interés presenta es la tipología que la Comisión ha elaborado de las formas de colaboración público-privada y las instituciones jurídicas que en ella se comprenden. La Comisión distingue entre una colaboración público-privada «puramente contractual» y otra «institucionalizada», a lo que hay que añadir unas instituciones de larga tradición en nuestro Ordenamiento jurídico, las concesiones de obras públicas y de servicios públicos, para las que no se encuentra un acomodo claro en esa sistemática, pero que en todo caso son abordadas también en el marco que nos ocupa. Ciertamente, las concesiones de obras y de servicios públicos no son colaboración público-privada institucionalizada, pero en muchos países tampoco se entienden como figuras puramente contractuales, y de ahí las dudas de la Comisión acerca de su categorización.

Una vez que se haya expuesto la tipología de formas de colaboración público-privada que maneja la Comisión, se intentará, por una parte, identificar las distintas instituciones jurídicas de nuestro Ordenamiento jurídico que encajan en la misma y, por otra, determinar qué consecuencias pueden derivarse para ellas de su consideración por la Unión Europea desde esta perspectiva.

Dentro de la colaboración público-privada contractual habrá que incluir, en primer lugar, las distintas modalidades del contrato de gestión de servicios públicos, que precisan de una reconsideración a la luz del Derecho de la Unión Europea. Como es sabido, este contrato no existe como tal para la normativa comunitaria de contratación pública⁵, pero eso no significa que sus modalidades se vean exentas sin

⁴ COM (2004) 327 final. Sobre los precedentes del Libro Verde, y en especial la Comunicación de la Comisión «Desarrollo de la red transeuropea de transporte: Financiaciones innovadoras - Interoperabilidad del telepeaje», de 23 de abril del 2003 [COM (2003) 132 final], véase GARCÍA CAPDEPÓN, «Los contratos de colaboración público-privada», cit., págs. 106 y ss. Hay que mencionar también el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema, «El refuerzo del derecho de concesiones y de contratos de asociación entre los sectores público y privado (APP)», de 19 de octubre de 2000, publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. 2001/C 14, de 16 de enero de 2001.

⁵ En la actualidad, constituida fundamentalmente por las Directivas 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, y 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de la misma fecha que la anterior, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. Es preciso te-

más de la aplicación de diversas reglas de Derecho de la Unión Europea; además, hay casos en que algunas de esas modalidades desde el punto de vista del Ordenamiento comunitario pueden y deben incluirse en tipologías contractuales que sí están sometidas a la normativa sobre contratación pública, como el contrato de servicios. Por eso se prestará una atención especial a la distinción que se hace en el marco comunitario entre ese último contrato y la concesión de servicios públicos, para tratar de determinar en qué casos nuestro contrato de gestión de servicios públicos encaja en una y en otra categoría. Todo esto obligará, tarde o temprano, a repensar la categoría del contrato de gestión de servicios públicos, que, tal como está configurada en nuestra legislación de contratación pública, reúne figuras heterogéneas que es dudoso que deban verse sometidas a un molde común como el que aquélla establece.

En segundo lugar, la concesión de obras públicas puede considerarse como otra de las formas de colaboración público-privada contractual que conoce nuestro Ordenamiento jurídico. En principio, ésta plantea menos problemas que el contrato de gestión de servicios públicos, al aplicársele, aunque sólo sea parcialmente, la normativa comunitaria de contratación pública. Sin embargo, en el Derecho español vigente la distinción de la concesión de obras públicas con el contrato de gestión de servicios públicos suscita dudas en algunos casos, que serán objeto del debido análisis. También se tratarán de manera particularizada, como no podía ser de otra forma, las nuevas formas de imbricación entre el sector público y el sector privado que la Ley de contratos del sector público recoge a través del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Por último, se hará referencia a la colaboración público-privada contractual en la ejecución del planeamiento urbanístico y, en particular, a la figura de las concesiones urbanísticas. En nuestro Ordenamiento jurídico existen modalidades de gestión de las actuaciones sistemáticas de ejecución del planeamiento urbanístico que suponen la utilización de la institución concesional, pero con destacables pecu-

ner en cuenta también que la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos, o sólo parcialmente cubiertos, por las Directivas sobre contratación pública (*Diario Oficial de la Unión Europea* núm. 2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006) considera igualmente aplicables a los contratos de importe inferior a los umbrales económicos establecidos por las Directivas mencionadas una serie de reglas básicas comunes a las que aquéllas prevén, pues encuentran fundamento en principios y normas del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea tales como la libre circulación de mercancías, el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios, la no discriminación y la igualdad de trato, la transparencia, la proporcionalidad o el reconocimiento mutuo.

liaridades que dificultan de manera considerable la determinación de su naturaleza y régimen jurídico. Pues bien, a la vista de la controvertida sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 12 de julio de 2001, asunto C-399/98, *Ordine degli Architetti y otros*, que impuso la aplicación de la normativa comunitaria de contratación pública a la realización de ciertas actuaciones urbanísticas, parece obligado integrar en el estudio de la colaboración público-privada contractual una aproximación a las concesiones urbanísticas⁶.

Pasando a la colaboración público-privada institucionalizada, el Libro Verde de 30 de abril de 2004 alude a dos tipos de supuestos: la creación de entidades en las que participa el sector público y el sector privado, y las privatizaciones mediante las cuales empresas privadas toman el control de entes instrumentales de la Administración, cuando no van acompañadas de una correlativa devolución al mercado de las tareas que aquéllos tenían encomendadas. En el Ordenamiento jurídico español, esto nos remite prioritariamente al estudio de las sociedades de economía mixta, respecto de las que el Tribunal de Justicia de la Unión ha ido elaborando una doctrina jurisprudencial específica a partir de la conocida sentencia de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98, *Teckal*⁷. No obstante, hay que tener en cuenta igualmente la existencia de otras entidades con personalidad jurídica

⁶ Sobre la sentencia mencionada y su discutible aplicabilidad al Derecho urbanístico español pueden consultarse varios de los estudios publicados en *Documentación Administrativa*, núm. 261-262, 2001-2002; fundamentalmente, el de Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto “proyecto Scala 2001”) y su impacto en el ordenamiento urbanístico española», págs. 11-26, y, además, las partes correspondientes de los trabajos de Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, «Gestión del planeamiento y contratos administrativos», págs. 37-42 (publicado con el título «Contratos administrativos y gestión del planeamiento urbanístico» en *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas*, director Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, 2.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 1765 y ss.); Luciano PAREJO ALFONSO, «La cuestión de la constitucionalidad de la figura urbanística del “urbanizador” en su concreta versión original, la de la legislación valenciana», págs. 80-83; Francisco BLANC CLAVERO, «La posición jurídica del urbanizador: urbanismo concertado y contratación administrativa», págs. 148-150, y Marcos VAQUER CABALLERÍA, «La fuente convencional, pero no contractual, de la relación jurídica entre el agente urbanizador y la Administración urbanística», págs. 240-247.

⁷ Sobre esa doctrina y su evolución cabe remitirse al comentario de la posterior sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, *Parking Brixen*, de Esteban ARIMANY LAMOGLIA, «Sombras sobre los encargos directos de gestión a las sociedades mercantiles locales (crónica de la Sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, Asunto C-458/03, *Parking Brixen GmbH*)», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 9, 2005, págs. 48-64, también analizada por Diana SANTIAGO IGLESIAS en «Comentario a la sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, *Parking Brixen GmbH*», *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 15, núm. 2, 2006, págs. 173-181. Para un estudio crítico de la jurisprudencia que nos ocupa, véase Francisco SOSA WAGNER y Mercedes FUERTES LÓPEZ, «¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación *in house*)», *La Ley*, núm. 6715, 17 de mayo de 2007, págs. 1-8, donde, además, se abordan los pronunciamientos de nuestros tribunales al respecto.

propia en las que puede participar el sector privado como colaborador de la Administración, como los consorcios y las fundaciones, en relación con las cuales habrá que plantearse en qué medida se ven afectadas por la citada jurisprudencia *Teckal*.

Asimismo, en documentos posteriores que han surgido de la reflexión planteada por el Libro Verde (la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones de 15 de noviembre de 2005⁸, y 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 2006⁹), las instituciones de la Unión han extendido sus consideraciones sobre la colaboración público-privada a otra institución de especial interés para el Derecho español, los convenios interadministrativos de objeto contractual, que son equiparados a contratos públicos cuando no concurren las circunstancias que permiten considerarlos operaciones *in house*. A los efectos del presente trabajo, interesan particularmente los supuestos en que el objeto de dichos convenios es la gestión de servicios públicos o la creación de entidades de carácter interadministrativo, en la medida en que generan una vinculación prolongada en el tiempo para la realización de actividades de competencia de las Administraciones públicas no muy alejada en su contenido de las formas de colaboración público-privada.

El trabajo se cierra con una recapitulación en la que se exponen las conclusiones que se extraen del mismo.

II. EL CONCEPTO COMUNITARIO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

II.1. *La definición de la colaboración público-privada en el Libro Verde de 30 de abril de 2004*

El Libro Verde de la Comisión sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones comienza señalando que «la expresión “colaboración público-privada”... 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

⁸ COM (2005) 569 final.

⁹ 2006/2043 (INI).

mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio» (apartado 1). Semejante definición inicial, como es patente, resulta muy inconcreta, pues se podría aplicar, por ejemplo, a la mayor parte de los contratos públicos¹⁰. Por ello, la Comisión añade que estas operaciones se suelen caracterizar por cuatro elementos.

El primero es la «duración relativamente larga de la relación» (apartado 2), lo que alude al establecimiento de una relación jurídica prolongada en el tiempo, institucionalizada o no, entre la Administración y el colaborador o colaboradores privados, frente a la vigencia más limitada que suelen tener los contratos públicos ordinarios.

El segundo elemento consiste en que el modo de financiación del proyecto esté garantizado en parte por el sector privado. Sin embargo, este criterio no queda muy claro en el Libro Verde, porque se termina afirmando que «la financiación privada puede completarse con la financiación pública, *que puede llegar a ser muy elevada*» (apartado 2). En definitiva, parece excluirse que haya colaboración público-privada en el sentido del que aquí se habla cuando la financiación del proyecto sea íntegramente pública, pero tampoco se concreta si el que la financiación pública llegue a ser «muy elevada» se plantea en términos absolutos o relativos.

El tercer elemento es la participación del colaborador privado «en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación)» (apartado 2). La participación de un operador económico privado en la realización y en la ejecución de la operación tiene poco interés como criterio diferenciador, porque es lo normal en cualquier contrato público. Por su parte, la participación en la financiación remite al elemento definitorio antes expuesto. Sólo la participación en el diseño del proyecto, aunque no sea desconocida en contratos administrativos como los de obra y en las concesiones, tiene más relevancia, si se considera un rasgo general de todas las formas de colaboración público-privada a las que alude la Comisión. Correlativamente, ésta señala que 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», así como en controlar el cumplimiento de dichos objetivos (apartado 2).

Finalmente, un cuarto elemento es el reparto de los riesgos entre la Administración y el colaborador privado, «al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público» (apartado 2). Esto se tiene que poner en relación con lo ya dicho sobre la finan-

¹⁰ Así lo pone de manifiesto también GONZÁLEZ GARCÍA en «Contrato de colaboración público-privada», cit., págs. 11-12.

ciación del proyecto, al menos en parte, por el colaborador privado, pues también en este punto se matiza que 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*» (apartado 2). Por consiguiente, se observa un grado de inconcreción similar al que aparecía cuando se admitía que la financiación pública del proyecto pueda llegar a ser «muy elevada», y lo único que queda más o menos claro es que, para que haya colaboración público-privada en el sentido del Libro Verde, una parte, por pequeña que sea, del riesgo de la operación tiene que ser asumida por el colaborador privado.

II.2. *¿Institución novedosa o regreso al pasado?*

Una vez definida la colaboración público-privada, el Libro Verde ofrece una explicación sobre el interés que presenta este fenómeno para la Comisión en el momento actual: su desarrollo en el transcurso de la última década en un gran número de ámbitos del sector público. Ese desarrollo se debería a tres motivos principales, que son la necesidad que tiene el sector público de acudir a la financiación privada para eludir las restricciones presupuestarias derivadas del principio de equilibrio presupuestario, el deseo de aprovechar los conocimientos y métodos de funcionamiento del sector privado en la vida pública, y la evolución que ha experimentado el papel del Estado en las últimas décadas, «al pasar de operador director a organizador, regulador y controlador» (apartado 3 del Libro Verde).

Dentro de estos motivos es preciso separar el primero de los otros dos, porque permite diferenciar las nuevas y las viejas formas de colaboración público-privada. El interés de la Comisión por lo que ella llama «colaboración público-privada» se ha despertado, como se reconoce en este punto del Libro Verde, a raíz de la búsqueda por los Estados de fórmulas más o menos ingeniosas que les permitan ejecutar ciertas infraestructuras muy costosas eludiendo los límites impuestos al déficit público por la propia Unión Europea (art. 104 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y Protocolo núm. 20 al mismo, sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo). El Libro Verde advierte un poco más adelante 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 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» (apartado 5). Se menciona a este respecto la decisión adoptada el 11 de febrero de 2004 por la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas (Eurostat), por la cual se recomienda que los activos vinculados a una operación de colaboración público-privada se consideren activos no públicos y, por consiguiente, no se registren en el balance de las Administraciones públicas cuando se cumplan dos condiciones, que el socio privado asuma el riesgo de construcción y que aquél soporte al menos uno de estos otros dos riesgos, el de disponibilidad o el vinculado a la demanda (nota 3 del Libro Verde)¹¹.

Por el contrario, los otros motivos del recurso a las formas de colaboración público-privada, es decir, el deseo de aprovechar los conocimientos y métodos de funcionamiento del sector privado y la redefinición del papel del Estado, ni son propiamente una novedad en la historia del Estado contemporáneo, ni exigen «nuevas» formas de colaboración público-privada. Los prototipos de lo que la Comisión comprende en esa expresión son dos instituciones de larga tradición en nuestro Ordenamiento jurídico y en los demás con regímenes de Derecho administrativo de inspiración francesa, las concesiones de obras públicas y de servicios públicos¹². En efecto, ambas responden

¹¹ Sobre la relación entre estabilidad presupuestaria y colaboración público-privada, véase GONZÁLEZ GARCÍA, «Contrato de colaboración público-privada», cit., págs. 17 y ss.; Alberto RUIZ OJEDA, *La concesión de obra pública*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, págs. 538 y ss., y Francisco José VILLAR ROJAS, «La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales», núm. 172 de esta REVISTA, 2007, págs. 164 y ss. El primero de los autores citados concluye sus reflexiones sobre el tema señalando que «bien se podría decir, incluso, que el organismo estadístico europeo premia una buena utilización de la ingeniería financiera, de los trucos contables, de los recovecos que se abren en el SEC 95 [el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio, relativo al sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad], mediante la desconsolidación de dichas operaciones en las cuentas de dicho Estado, que permite mantener un alto nivel de inversión y una mejor prestación de los servicios públicos. Lo cual no deja de resultar paradójico ya que con ello se abre la puerta a la duda sobre la realidad contable de los entes públicos europeos. Y, obviamente, tanta indeterminación hace que los propios entes públicos con sorpresas desagradables por la consolidación en el déficit de una operación que se pensaba que no iba a computar, como ocurrió con la contabilización a efectos del déficit de la Comunidad de Madrid de la deuda generada por MINTRA para la construcción del Metro-sur, que ha ocasionado, incluso un litigio ante el Tribunal de Primera Instancia» («Contrato de colaboración público-privada», cit., pág. 38). Dicho litigio (asunto T-148/05) fue declarado inadmisibile por auto del Tribunal de 5 de septiembre de 2006.

¹² Como pone de relieve GARCÍA CAPDEPÓN, «los contratos de colaboración público-privada (también denominados CPP) son bien conocidos entre nosotros. Su epítome, la concesión administrativa de obras, que se remonta en el Derecho francés al siglo XVI, fue usada para financiar y ejecutar la desecación de pantanos. Con esto no pretendo insinuar que estamos ahora ante un fenómeno que se limita a un simple cambio de nombres; antes bien, estos negocios jurídicos tradicionales han sido modificados recientemente para cobijar un nuevo entramado de relaciones bastante más sutiles y complejas entre los sujetos contratantes» («Los contratos de colaboración público-privada», cit., pág. 89).

plenamente a la definición de operaciones de colaboración público-privada contenida en el Libro Verde; sin embargo, desde el punto de vista del Derecho de la Unión se diferencian entre sí en que las concesiones de obras públicas entran, al menos parcialmente, en el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria de contratación pública, mientras que las concesiones de servicios públicos siempre han quedado excluidas de esa normativa, lo que provoca mayores dificultades a la hora de determinar en qué medida les afecta el Derecho de la Unión¹³.

Hablar de concesiones de obras públicas y de servicios públicos nos retrotrae al momento del nacimiento del Derecho administrativo en el seno del Estado liberal de Derecho decimonónico¹⁴. Los dogmas abstencionistas que entonces impulsaban al Estado a buscar la cola-

¹³ Sobre esta exclusión, Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ comenta que «una explicación puede encontrarse en que, en el Derecho francés, han existido hasta tiempos muy recientes serias dificultades para superar la concepción histórica según la cual a la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos no se aplican los principios de publicidad y concurrencia. Asimismo, sobre este tipo de contratos ha venido existiendo una especial diversidad de regímenes jurídicos a nivel europeo, que ha dificultado una normativa comunitaria» («Las concesiones en el Derecho comunitario», *Unión Europea Aranzadi*, núm. 2, 2003, pág. 15). La propia Comisión Europea expresa su perplejidad en el apartado 3.2 de su Comunicación de 15 de noviembre de 2005, señalando que «es difícil entender el motivo por el cual las concesiones de servicios, que suelen utilizarse en proyectos complejos y de importes elevados, han quedado totalmente excluidas del Derecho comunitario derivado. En el transcurso de la consulta del Libro Verde sobre la CPP se expusieron algunos argumentos que explicaban esta ausencia de procedimientos detallados de adjudicación a nivel comunitario, entre ellos, la flexibilidad supuestamente necesaria en el ámbito de las concesiones y el principio de subsidiariedad. No obstante, estos argumentos contrarios a una iniciativa comunitaria vinculante en este ámbito no son convincentes, ya que la adopción de legislación comunitaria sobre la adjudicación de concesiones no implica que las autoridades públicas carezcan de flexibilidad a la hora de elegir un socio privado para una CPP. Cualquier iniciativa legislativa sobre la adjudicación de concesiones ha de tener en cuenta la posible complejidad de éstas y la necesidad de establecer negociaciones entre la entidad adjudicadora y los candidatos. En este sentido, resulta difícil entender el motivo por el cual la mera explicación de las disposiciones aplicables a la adjudicación de concesiones limitaría en exceso la flexibilidad de las entidades adjudicadoras a la hora de adjudicar concesiones de servicios. Asimismo, el contenido preciso de dicha iniciativa debería determinar si cumple o no el principio de subsidiariedad. No hay motivo para considerar que una iniciativa de este tipo *per se* no cumple dicho principio». Por estos motivos, la Comisión llega a la conclusión de que «la iniciativa legislativa parece ser la opción preferible en materia de concesiones. No obstante, como se ha dicho anteriormente, antes de presentar una propuesta legislativa formal, será necesario llevar a cabo nuevos análisis en profundidad, de conformidad con los principios de “Legislar mejor”, para: 1) determinar si realmente es necesaria una iniciativa comunitaria para regular los procedimientos de adjudicación de concesiones, 2) en tal caso, dar forma a dicha iniciativa y 3) comprender mejor su posible impacto».

¹⁴ Es obligado en este punto remitirse a trabajos ya clásicos en nuestra doctrina administrativista como el de José Luis VILLAR PALASÍ, «La concesión», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo IV, F. Seix Ed., Barcelona, 1952, págs. 684-770; el de J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, «Aspectos de la Administración económica», núm. 12 de esta REVISTA, 1953, págs. 11-76, o el de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «La actividad industrial y mercantil de los municipios», núm. 17 de esta REVISTA, 1955, págs. 87-138.

boración del sector privado para emprender actividades de relevancia económico-empresarial, pero de interés público innegable, fueron abandonados con la transición al Estado social e intervencionista, lo que hizo que en un Ordenamiento como el nuestro la concesión de obras públicas perdiese progresivamente importancia frente al contrato administrativo de obra. La concesión de servicios públicos, en cambio, nunca se abandonó, pero también retrocedió en su aplicación práctica frente a la gestión directa de los servicios. Hoy nos movemos en un contexto liberalizado en el que, como señala el Libro Verde, el Estado ha cambiado su papel con respecto a la anterior etapa intervencionista para volver en algunos aspectos al que ejercía en la época del liberalismo clásico; asimismo, la sobrevaloración de lo privado sobre lo público lleva a intentar importar las técnicas de la empresa privada al ámbito administrativo¹⁵.

Es difícil afirmar, no obstante, que estos factores provoquen una mayor utilización de las formas tradicionales de colaboración público-privada presentes en Ordenamientos jurídicos como el nuestro. En realidad, la concesión de servicios públicos está en claro retroceso por el sencillo motivo de que la técnica del servicio público se ha abandonado, en la mayoría de los casos por imperativo de la propia Unión Europea, en muchos de los sectores de relevancia económico-empresarial donde se hallaba presente. Quizá sea en el ámbito de los servicios públicos locales, mencionado expresamente por el Libro Verde como uno de los escenarios en los que «las autoridades públicas también recurren a operaciones de colaboración con el sector privado» (apartado 7), donde aquélla siga teniendo una mayor vigencia en la actualidad, al verse menos afectado por las liberalizaciones. Por su parte, el renacimiento que la concesión de obras públicas ha experimentado en nuestro Derecho, igual que la aparición de las nuevas formas de colaboración público-privada, no tienen tanto que ver con el cambio de papel del Estado en la economía o con el deseo de aprovechar las técnicas y la experiencia del sector privado como con la ya mencionada necesidad de no incurrir formalmente en déficit a la hora de ejecutar y gestionar infraestructuras costosas.

En definitiva, el análisis que lleva a cabo el Libro Verde sobre el desarrollo del fenómeno de la colaboración público-privada en la últi-

¹⁵ Una brillante exposición de lo que está sucediendo en los servicios públicos sanitarios y sociales, donde de la gestión directa indiscutible, con la única brecha de los conciertos (relegados, por lo demás, a una posición subsidiaria), se ha pasado a la utilización de todo tipo de fórmulas pseudo-concesionales más o menos ingeniosas, puede encontrarse en VILLAR ROJAS, «La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales», cit., págs. 150 y ss.

ma década tiene que ser matizado. Hay formas tradicionales de colaboración público-privada, como la concesión de servicios públicos, que, desde luego, no son novedosas y no parece que hayan experimentado una expansión últimamente. En cambio, las restricciones presupuestarias derivadas de los límites impuestos al déficit público han llevado a las Administraciones públicas a recuperar instituciones también antiguas, como la concesión de obras públicas, pero que habían pasado a un segundo plano, y a utilizar otras técnicas que, ahora sí, se pueden calificar de novedosas¹⁶. La cuestión es que, mientras la concesión de obras públicas recibe una atención específica en el Derecho de la Unión por someterse, al menos parcialmente, a la normativa sobre contratación pública, no ocurre lo mismo con las nuevas formas de colaboración público-privada, en lo que en buena medida coinciden con las viejas concesiones de servicios públicos o con otra institución también con larga tradición, la sociedad de economía mixta.

II.3. *Tipología de las formas de colaboración público-privada*

El Libro Verde establece una distinción básica entre las operaciones de colaboración público-privada de tipo «puramente contractual» y aquellas otras de tipo institucionalizado (apartado 20). Esta clasificación, en principio, «no tiene en cuenta las calificaciones jurídicas del Derecho nacional» (nota 23), puesto que, como suele ocurrir en el ámbito de la Unión Europea, es preciso trascenderlas para no encajar en las diferencias existentes entre los Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Asimismo, al ser el Libro Verde un documento de trabajo y no un texto normativo, la distinción que nos ocupa «en ningún caso preestablece la calificación en Derecho comunitario de estos tipos de fórmulas o contratos» (nota 23); no obstante, se funda precisamente en que cada una de las dos grandes categorías de colaboración público-privada que identifica «plantea cuestiones particu-

¹⁶ Todo este proceso lo resume RUIZ OJEDA, después de deplorar que «los trucos de los Estados miembros han alcanzado niveles de innovación francamente decepcionantes y de naturaleza casi estrictamente formal: denominaciones legales rocambolescas de viejos instrumentos o juegos de palabras que ni siquiera merecen el calificativo de ingeniosos» (*La concesión de obra pública*, cit., pág. 541), diciendo que «las concesiones y los contratos de financiación privada de infraestructuras y servicios públicos constituyen la *tercera generación* [la segunda sería la creación de entidades instrumentales]. En realidad es la *primera generación* de endeudamiento público, ya que buena parte de los sectores públicos, al menos en sus inicios, no eran sino el resultado de operaciones de nacionalización o de gestión directa en mano pública de las primeras concesiones» (*ob. cit.*, pág. 542).

lares en cuanto a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones» (apartado 20), por lo que su finalidad es «contribuir, más adelante, a determinar las normas de Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones que conviene aplicar» (nota 23). En consecuencia, nos hallamos ante una clasificación autónoma con respecto a los Ordenamientos nacionales, pensada esencialmente para facilitar la consideración de las operaciones de colaboración público-privada desde el punto de vista del Derecho de la Unión, aunque tampoco tenga fuerza normativa para éste por la propia naturaleza del Libro Verde.

La colaboración público-privada de tipo puramente contractual, como su nombre indica, «se refiere a una colaboración basada únicamente en vínculos contractuales entre las diferentes partes» (apartado 21). Dentro de ella, a su vez, el Libro Verde distingue según el acto de adjudicación se califique como contrato público o como concesión, debido a condicionamientos tanto del Derecho de la Unión como de los Ordenamientos jurídicos de algunos Estados miembros. Ya se ha dicho que la normativa comunitaria de contratación pública o se aplica sólo parcialmente o no se aplica en absoluto a las concesiones; asimismo, hay Ordenamientos jurídicos en los que no se reconoce la naturaleza puramente contractual de las concesiones de obras públicas y de servicios públicos. En cambio, en nuestro Ordenamiento jurídico está clara, por disposición expresa de las normas positivas, la naturaleza contractual de esos tipos de concesiones, lo que dificulta en alguna medida la aplicación de las reflexiones del Libro Verde.

Sin perjuicio del desarrollo más detallado de la cuestión que se hará en su lugar sistemático correspondiente, se debe hacer notar que la Comisión distingue la concesión, sea de obras o de servicios públicos, del resto de los contratos públicos por dos rasgos: el vínculo directo existente entre el empresario privado y el usuario final, y el modo de remuneración del contratista, que consiste en las tarifas («cánones» las llama el Libro Verde en la versión española) abonadas por los usuarios del servicio, complementadas, en su caso, por subvenciones de los Poderes públicos (apartado 22). En cambio, los demás contratos que se consideran operaciones de colaboración público-privada tienen por objeto «realizar y gestionar una infraestructura para la administración pública (por ejemplo, un colegio, un hospital, un centro penitenciario o una infraestructura de transporte)» (apartado 23) a cambio de pagos periódicos realizados por la Administración pública; el Libro Verde aclara que estos pagos pueden ser fijos o variables en función de criterios como la disponibilidad de la obra o los servicios correspondientes, o incluso del número de usuarios de los

mismos. Hay que añadir que estos contratos se distinguen de los de obra y de servicios ordinarios justamente por los criterios que, según el Libro Verde, definen con carácter general a las operaciones de colaboración público-privada, enmarcándose aquí, por consiguiente, esas nuevas formas de colaboración público-privada a las que pretende dar respuesta el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado previsto en nuestro país por la Ley de contratos del sector público.

La consideración separada de las concesiones se acentúa todavía más en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 15 de noviembre de 2005, con la que aquélla ha puesto fin por el momento a su reflexión sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. Como una de las conclusiones de esta Comunicación es que no habrá nueva legislación de la Unión que regule todas las operaciones de colaboración público-privada de tipo contractual (sin perjuicio de las aclaraciones que la Comisión pensaba aportar sobre el «diálogo competitivo» como nuevo procedimiento de adjudicación introducido por la Directiva 2004/18/CE para los contratos públicos especialmente complejos y, por tanto, aplicable a los de colaboración público-privada tal como se definen en el Libro Verde), se mantiene en toda su intensidad la contraposición entre las operaciones que se deben calificar a efectos del Derecho de la Unión como contratos de obra o de servicios y las concesiones.

Por su parte, la colaboración público-privada institucionalizada implica «la creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, el socio público y el privado» cuya misión es «garantizar la entrega de una obra o la prestación de un servicio de beneficio público» (apartado 53). Así pues, en el Libro Verde no es el mero dato de la existencia de una entidad donde participan el sector público y el sector privado lo que identifica esta modalidad de colaboración público-privada, sino el criterio de la especialidad, es decir, la constitución de aquélla para una determinada finalidad de interés público que coincide con la de las operaciones de colaboración público-privada de carácter puramente contractual. Por lo demás, el Libro Verde incluye en esta clasificación, aparte de los supuestos de creación propiamente dicha de entidades mixtas nuevas, los de «toma de control de una empresa pública existente por parte del sector privado» (apartado 55).

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. En definitiva, para el Derecho de la Unión sólo habría dos opciones admisibles: o someter a estas entidades a las mismas reglas que a los operadores privados, de manera que la realización de operaciones de colaboración público-privada con ellas exigiría respetar los principios de selección del contratista o concesionario en los contratos públicos y las concesiones, con lo que volveríamos a la colaboración público-privada puramente contractual y pocas ventajas tendría el crear una entidad mixta (ya que se la expondría al riesgo de la competencia con los operadores privados); o desplazar la aplicación de esos principios al momento de la selección del socio o socios privados con los que se va a constituir la entidad, con las consiguientes incertidumbres por el silencio de la normativa comunitaria de contratación pública sobre la cuestión.

En cuanto a la privatización de entidades públicas, da lugar a operaciones de colaboración público-privada en el sentido del Libro Verde en aquellos casos en que el ente total o parcialmente privatizado sigue encargado de «prestaciones económicas que, normalmente, son responsabilidad del Estado», es decir, cuando hay privatización pero no devolución al mercado de la actividad, lo cual suscita dificultades similares a las que derivan de la creación de entidades mixtas *ex novo*.

Asimismo, como se ha adelantado en la Introducción a este trabajo, documentos nacidos de la reflexión del Libro Verde, como la Comunicación de la Comisión sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones de 15 de noviembre de 2005 y la subsiguiente Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre el mismo tema de 26 de octubre de 2006, han incorporado al debate sobre la colaboración público-privada el caso de los convenios interadministrativos de objeto contractual, en relación con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 13 de enero de 2005, asunto C-84/03, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*. En efecto, el Alto Tribunal extiende a este tipo de relaciones entre Administraciones públicas los criterios de la jurisprudencia *Teckal* para determinar cuándo se deben considerar operaciones *in house* y cuándo, en cambio, quedan sometidas a la

normativa comunitaria de contratación pública¹⁷. Por consiguiente, en este segundo caso podríamos hallarnos ante operaciones de colaboración público-privada en el sentido del Libro Verde, si además se cumpliesen los criterios de definición de aquéllas ya estudiados.

Con todo, no deja de provocar dudas conceptuales el que estos supuestos se aborden dentro de la colaboración público-privada institucionalizada, como hace brevemente la Comunicación de la Comisión de 15 de noviembre de 2005 en el último párrafo de su apartado 4.2, donde se anuncia que una futura Comunicación interpretativa sobre la colaboración público-privada institucionalizada proporcionará ulteriores aclaraciones acerca de «en qué medida el Derecho comunitario se aplica a la delegación de tareas en organismos públicos y qué formas de cooperación siguen quedando fuera del ámbito de las disposiciones relativas al mercado interior». Cuando los convenios interadministrativos de objeto contractual se asimilan a contratos públicos, nos podremos hallar ante un tipo *sui generis* de colaboración público-privada (dado que la relación se entabla entre dos sujetos públicos, uno de los cuales asume la posición de un colaborador privado de la Administración), pero será de carácter puramente contractual. Hay que recordar que la colaboración público-privada institucionalizada surge en los casos en los que se crea una entidad mixta para ejecutar una operación que podría igualmente ser objeto de contratación con el sector privado, o se cede a una empresa privada el control de una entidad pública sin abrir a la competencia las tareas que ésta realiza. Aquí, en cambio, se recurre a una entidad ya existente, que no pierde su naturaleza jurídico-pública, para realizar una actividad que normalmente llevan a cabo los operadores privados del mercado. Sólo si el convenio tuviese por objeto la creación de una entidad interadministrativa existiría propiamente colaboración institucionalizada.

En este sentido, la Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 26 de octubre de 2006, de manera más acertada, aborda la colaboración entre autoridades públicas en un epígrafe distinto a la colaboración público-privada institucionalizada, y propone algunos criterios para determinar cuándo aquélla debe someterse a la normativa comunitaria de contratación pública y cuándo no. Así, la Resolución

¹⁷ La sentencia señala en su apartado 39 que «habida cuenta de la identidad de los elementos constitutivos de la definición de contrato en las Directivas 93/96 y 93/37, a excepción del objeto del contrato considerado, procede aplicar la solución adoptada así en la sentencia Teckal, antes citada, a los acuerdos interadministrativos a los que se aplica la Directiva 93/37».

«rechaza la aplicación del Derecho de la contratación pública en los casos en los que las autoridades públicas deseen desempeñar cometidos conjuntamente con otras autoridades públicas en su ámbito geográfico de actuación como medida de reorganización administrativa, sin ofrecer a terceros en el mercado libre la prestación de tales servicios» (párrafo 46), y «considera que la transferencia de responsabilidades para las tareas del sector público de una autoridad pública a otra no está incluida en el ámbito de aplicación de la legislación comunitaria sobre contratación pública» (párrafo 47). Por el contrario, entiende que «el Derecho de contratación pública debe aplicarse siempre que las autoridades públicas ofrezcan servicios en el mercado actuando como empresas privadas en el contexto de cooperación entre tales autoridades públicas o prevean que las tareas públicas las desempeñen empresas privadas u otras autoridades públicas fuera del contexto de esa cooperación» (párrafo 48).

III. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA CONTRACTUAL

III.1. *El contrato de gestión de servicios públicos*

III.1.A) *Las distintas modalidades del contrato.*

La sistematización en nuestro Ordenamiento jurídico dentro del contrato de gestión de servicios públicos de cuatro modalidades, la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta, y la previsión de un régimen jurídico común para todas ellas basado en el de la concesión, procede de la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de bases de contratos del Estado, que dio lugar al texto articulado de la Ley de contratos del Estado, aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril. Estas normas no se limitaron a desdoblarse el tradicional y genérico contrato administrativo para la realización de obras y servicios públicos en los nuevos contratos administrativos típicos de obras, gestión de servicios públicos y suministros, sino que también establecieron, como se acaba de decir, las diversas modalidades que puede adoptar el segundo y que en nuestro Ordenamiento se han acabado identificando con las formas de gestión indirecta de los servicios públicos¹⁸.

¹⁸ La Exposición de Motivos de la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de bases de contratos del Estado, en su apartado IX, que explica la base del mismo número, señala expresamente «la calificación contractual del vínculo» como una de las decisiones adoptadas de forma consciente por el legislador al abordar la cuestión de la gestión de los servicios públicos.

La progresiva equiparación de la gestión indirecta con la gestión contractual de los servicios públicos se observa muy bien en la evolución normativa de la regulación de las formas de gestión de los servicios públicos locales. El Reglamento de servicios de las Corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, lleva a cabo una sistematización de las formas de gestión de los servicios públicos en la que la gestión indirecta admite las modalidades de concesión, arrendamiento y concierto (art. 113), y la gestión por empresa mixta se considera una forma intermedia entre la gestión directa y la indirecta (arts. 102 y ss.). Sin embargo, la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, importó en la redacción original de su artículo 85 las cuatro modalidades del contrato de gestión de servicios públicos de la Ley de contratos del Estado de 1965 como formas de gestión indirecta de los servicios públicos locales, omitiendo toda referencia al arrendamiento. Esta evolución ha culminado con la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, que ha reformado el artículo 85 de la Ley de bases, de modo que ahora éste determina las modalidades de gestión indirecta de los servicios mediante una remisión expresa a «las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos».

La definición de las cuatro modalidades del contrato de gestión de servicios públicos ha permanecido prácticamente inalterada desde la Ley de contratos del Estado de 1965. De acuerdo con dicha definición, en la concesión «el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura»¹⁹; en la gestión interesada «la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato»; el concierto se caracteriza por celebrarse «con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate»; y hay sociedad de economía mixta cuando en una sociedad «la Administración participe, por sí misma o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas».

Es fácil darse cuenta de que estas definiciones se formulan desde puntos de vista distintos que no guardan homogeneidad entre sí. Úni-

¹⁹ La modificación que en su día aportó la Ley 13/2003, de 23 de mayo, al añadir una referencia expresa a la aplicación a la concesión de servicios públicos de lo previsto en los apartados primero y tercero del artículo 232 del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio (requisitos de los licitadores y posibilidad de que éstos se comprometan a constituir una sociedad que será la titular de la concesión), no supone una alteración de la definición de la concesión; por lo demás, la Ley de contratos del sector público no recoge este inciso en su artículo 253, volviendo al enunciado tradicional.

camente las nociones de la concesión y de la gestión interesada se mueven en el mismo plano conceptual, el del reparto de los riesgos económicos de la operación, que en la primera recaen de manera íntegra sobre el concesionario, mientras en la segunda se comparten entre el contratista y la Administración. En cambio, el concierto se califica por el tipo de sujeto con el que se celebra, mientras que la sociedad de economía mixta en sí misma considerada no es ni siquiera una modalidad contractual, sino un tipo de persona jurídica.

Dejando a un lado el caso de esta última, que se analizará con las formas de colaboración público-privada institucionalizadas, hay que centrarse ahora en la concesión, la gestión interesada y el concierto, y sus diferencias en nuestro Derecho. La distinción entre la concesión y la gestión interesada en principio no plantea mayores dificultades; en realidad, puede afirmarse que la gestión interesada no es más que una forma particular de diseñar las relaciones económicas entre la Administración y el contratista en el contrato de gestión de servicios públicos. En este sentido, la concesión sería la modalidad básica, y la gestión interesada una simple variante de la misma, o bien se podría decir alternativamente, siguiendo de manera más literal la definición legal, que hay gestión interesada en el contrato de gestión de servicios públicos cuando, sea cual sea la modalidad elegida, Administración y contratista se reparten los resultados de la explotación del servicio.

Mayores dificultades plantea el concierto. Como se ha dicho, su definición se basa en el sujeto con el que se celebra el contrato, no en la atribución del riesgo de la operación o en las relaciones económicas entre la Administración y el contratista. Por consiguiente, el concierto en principio admitiría tanto el modelo de la concesión «pura» como el de la gestión interesada, con lo que no sería distinto de éstos, salvo por la peculiar característica que debe reunir el contratista. Y esa característica, que consiste en que aquél viniese realizando prestaciones análogas a las que constituyen el objeto del servicio público de que se trate, apunta a que el concierto está pensado sobre todo para los servicios de tipo social o asistencial, en los cuales la titularidad pública de la actividad no implica la exclusión de la iniciativa privada, sino sólo el desarrollo de dicha actividad por el sector público al margen de las reglas del mercado, paralelamente a su ejecución por los particulares, sea de manera lucrativa, sea sin ánimo de lucro. Ahora bien, el que estas actividades de tipo social o asistencial se realicen por el sector público al margen de las reglas del mercado significa que, generalmente, los usuarios no abonan el coste real de las prestaciones que reciben; es más, en muchos casos no pagan en absoluto por utilizar los servicios, con lo que en un eventual

concierto será la Administración quien abone íntegramente el precio al contratista.

Esto nos lleva a la cuestión de qué se deba entender por gestionar un servicio público a «riesgo y ventura» del contratista, sobre todo cuando, según establecía el artículo 98 del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, y mantiene el artículo 199 de la Ley de contratos del sector público, el principio de riesgo y ventura se aplica con carácter general a todos los contratos administrativos²⁰. En los contratos de gestión de servicios públicos, parece claro que el riesgo económico de esa gestión se traslada al contratista cuando la contraprestación económica que éste percibe procede, total o parcialmente, de las tarifas que abonan los usuarios. Si estas tarifas se fijan por la Administración por debajo del coste de las prestaciones y del normal beneficio industrial del contratista, entonces tendrán que ser completadas con aportaciones económicas de aquélla, pero el riesgo no desaparecerá. Y todo ello con independencia de que se elija la modalidad de concesión «pura» o de gestión interesada. La pregunta que surge de inmediato es si es concebible una concesión de servicios públicos en la que los usuarios no abonen tarifa alguna, igual que puede ocurrir en el concierto o incluso en la concesión de obras públicas, conforme al artículo 225 del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas («el concesionario será retribuido directamente mediante el precio que abone el usuario o la Administración por la utilización de la obra...»), lo que también se recoge en el artículo 238, apartado primero, de la Ley de contratos del sector público («el concesionario tendrá derecho a percibir de los usuarios o de la Administración una retribución por la utilización de la obra...»).

En ningún precepto del texto refundido la Ley de contratos de las Administraciones públicas se hallaba establecido que la contraprestación del concesionario de un servicio público tuviese que provenir al menos en parte de las tarifas de los usuarios; es más, en el artículo 257, apartado primero, de la nueva Ley de contratos del sector público se admite expresamente que la retribución pueda percibirse de la

²⁰ Sobre el principio de riesgo y ventura en la contratación administrativa es ya clásica entre nosotros la monografía de Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968. Para una actualización del estudio de este principio desde presupuestos similares a los de la obra citada puede acudir a José Luis VILLAR PALASÍ y José Luis VILLAR EZCURRA, «El principio de riesgo y ventura», en *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas*, director Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, 2.^a ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 525-559.

Administración, si bien la misma habrá de fijarse en función de la utilización del servicio. Por tanto, cabría admitir supuestos en que haya gestión «a riesgo y ventura» del contratista a pesar de que la contraprestación que percibe proceda por completo de la Administración, si esa contraprestación se hace depender de factores que revelan la existencia de un riesgo empresarial en la gestión. Por el contrario, lo que no parece aceptable es que, fuera del caso del concierto, pueda haber contrato de gestión de servicios públicos sin riesgo y ventura del contratista entendidos en el sentido aquí expresado²¹.

III.1.B) *Contrato de gestión de servicios públicos y contrato administrativo de servicios.*

El problema que surge a continuación es cómo diferenciar el contrato de gestión de servicios públicos del contrato administrativo de servicios cuando la contraprestación que percibe el contratista la abona totalmente la Administración. Para nuestro Derecho positivo la cuestión es de gran relevancia, sobre todo por la enorme diferencia del plazo de duración del contrato: del máximo de cuatro años previsto para el contrato de servicios por el artículo 198, apartado primero, del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, que se incrementa a seis en el artículo 279, apartado primero, de la Ley de contratos del sector público, se pasa a los plazos de cincuenta (o incluso sesenta), veinticinco y diez años establecidos para el contrato de gestión de servicios públicos por el artículo 157 del texto refundido, y conservados en el artículo 254 de la Ley de contratos del sector público. Desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea, la cuestión es todavía de mayor trascendencia, dado que el contrato de servicios entra plenamente en el ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación pública, mientras que el contrato de gestión de servicios públicos no es reconocido como tal por aquélla, lo que obliga a reclasificar sus distintas

²¹ Sobre las llamadas «concesiones gratuitas» y los problemas conceptuales que plantean, en relación con el artículo 129, apartado segundo, del Reglamento de servicios de las Corporaciones locales, que prevé que «también podrá consistir la retribución [del concesionario], juntamente con alguno de los conceptos anteriores, o exclusivamente si el servicio *hubiere de prestarse gratuitamente*, en subvención a cargo de los fondos de la Corporación», véase VILLAR ROJAS, «La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales», cit., págs. 162 y ss. El autor explica que la razón de ser de las «concesiones gratuitas» radica en «proyectar sobre estos contratos el régimen jurídico de la concesión tradicional (facultades delegadas, privilegios, vecindad, equilibrio económico-financiero) ante las limitaciones con que tropezaban otras modalidades de gestión indirecta (fuera el arrendamiento, fuera el concierto)» (*ob. cit.*, pág. 163).

modalidades de acuerdo con las categorías que sí conoce el Ordenamiento de la Unión.

Si no es necesariamente la forma de retribución del contratista lo que en nuestro Ordenamiento jurídico diferencia el contrato de gestión de servicios públicos del contrato administrativo de servicios, habrá que fijarse en el objeto. En principio, cabría afirmar que hay contrato de gestión de servicios públicos cuando el contratista presta el servicio por encargo de la Administración pero para el público, mientras que hay contrato de servicios cuando éstos se le prestan directamente a la Administración y sólo indirectamente a los ciudadanos. Este criterio se asumía en las definiciones expresas de los contratos administrativos típicos del Proyecto de Ley de contratos del sector público²²; la del contrato de gestión de servicios públicos, recogida en el artículo 8, apartado primero, del Proyecto, señala que «el contrato de gestión de servicios públicos es aquel en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante», mientras que la del contrato de servicios, que aparece en el artículo 10, dispone que «son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer *que tengan por destinatario directo a la entidad contratante*, consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro». Sin embargo, en la tramitación parlamentaria del Proyecto este último precepto se modificó porque «el criterio del destinatario no es válido para distinguir inequívocamente ambas figuras»²³.

Ciertamente, el criterio apuntado a veces no es menos problemático que el de la retribución del contratista. Consideremos, por ejemplo, el caso de los servicios públicos que se prestan a los ciudadanos *uti universi*, como conjunto o colectividad, de manera que no hay relaciones de prestación individualizadas. Si se gestionan de forma indirecta, la contraprestación del contratista la tendrá que abonar inevitablemente la Administración, pero el servicio, en realidad, se le presta al público, aunque sea de manera general e indiferenciada, y no a aquélla. Por lo tanto, en nuestro Derecho estos contratos podrían ser calificados como contratos de gestión de servicios públicos por su objeto, y, sin embargo, no es fácil encajarlos en ninguna de las moda-

²² *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, serie A, núm. 95-1 de 2006, de 8 de septiembre.

²³ Motivación de la enmienda núm. 158 del Grupo parlamentario socialista del Congreso, incorporada a propuesta de la Ponencia de la Cámara.

lidades del mismo: supuestos de concesión o de gestión interesada no parece que sean, por faltar la asunción del riesgo por el contratista en el sentido en que antes se ha expuesto, pero tampoco nos hallamos exactamente ante lo que la Ley entiende como concierto. A la inversa, hay servicios con relaciones de prestación individualizadas, en los cuales los usuarios a veces incluso pagan un precio por las prestaciones que reciben, pero que no están abiertos al público en general, sino sólo a personas vinculadas con la Administración o que frecuentan los edificios públicos (desde las cafeterías en edificios oficiales, por poner un ejemplo en el que los usuarios pagan un precio, hasta el transporte o los comedores escolares en la enseñanza pública, por poner otro en el que no se paga). En consecuencia, cabría sostener que son servicios que se prestan a la Administración en beneficio de personas que mantienen una relación jurídica cualificada con ella, pero no servicios públicos.

Este tipo de perplejidades, que no sólo se dan en el Ordenamiento jurídico español, inevitablemente se trasladan al Derecho de la Unión. En principio, podría pensarse en una equiparación en bloque de nuestro contrato de gestión de servicios públicos con las concesiones de servicios públicos excluidas de la normativa comunitaria de contratación pública y que encuentran una definición y un cierto tratamiento en la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario²⁴, así como en el propio Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones²⁵. Sin embargo, eso sólo será así si se cumplen los criterios que identifican estas concesiones para la Unión Europea. Dado que el Derecho comunitario positivo no ofrece ninguna definición de concesión de servicios públicos, la mencionada Comunicación interpretativa construye en su apartado 2.2 una noción de esta institución sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de la *opinio iuris*. Dicha noción se basa en tres características.

La primera consiste en que «el operador asume el riesgo del servicio en cuestión (establecimiento del servicio y explotación del mismo), cobrando una parte significativa de su remuneración al usuario, en particular mediante la percepción de tarifas, en cualquiera de sus

²⁴ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. 2000/C 121/02, de 29 de abril de 2000.

²⁵ Sobre las consecuencias que esta preocupación comunitaria por la concesión de servicios públicos puede producir para nuestra regulación positiva del contrato de gestión de servicios públicos en aspectos distintos a los tratados en el texto, véase Manuel SALA ARQUER, «Las concesiones de servicio público en un contexto liberalizado», *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 56, 2004, págs. 34 y ss.

formas». Para la Comisión, la forma de retribución del operador privado adquiere, así pues, una importancia central. Ahora bien, la Comunicación señala en su nota 13 que «conviene indicar que aun en el supuesto de peajes ficticios, esto es, a cargo del concedente, el riesgo económico permanece si la remuneración depende del nivel de frecuentación», con lo cual se admite la posibilidad de que haya concesiones en las que la retribución del concesionario la abone íntegramente la Administración. Por lo que a nuestro Derecho se refiere, esto supone que los conciertos en los que la Administración abona de modo íntegro la retribución del contratista no podrán ser considerados concesiones a efectos comunitarios cuando dicha retribución no se haga depender del «nivel de frecuentación» del servicio, sino que se fije en una cantidad a tanto alzado. Pero es que, además, el propio modelo del concierto presenta otras dificultades en relación con el Ordenamiento de la Unión Europea, que surgirían igualmente en el caso de que estos contratos se pudiesen calificar como concesiones. En particular, la limitación de la posibilidad de celebrar conciertos con la Administración a aquellos sujetos que vengán realizando «prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate» va unida, con frecuencia, a la imposición de requisitos y condiciones adicionales para contratar que pueden vulnerar las normas comunitarias que protegen la libre competencia, así como las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, cuando no constituyen violaciones encubiertas de la prohibición de discriminaciones por razón de nacionalidad²⁶.

La segunda característica de la concesión de servicios públicos es la transferencia de la responsabilidad de explotación. Para precisar qué se entiende por esta responsabilidad, la Comunicación se remite a las consideraciones que desarrolla en relación con la concesión de obras en su apartado 2.1.2. Allí se dice que «es al concesionario a

²⁶ Es obligado citar a este respecto la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de octubre de 2005, asunto C-158/03, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*, relativa a unos conciertos sanitarios para la prestación de servicios de terapias respiratorias a domicilio en cuyos pliegos de cláusulas administrativas particulares se valoraban para adjudicar los contratos circunstancias tales como disponer en España, o dentro de un radio determinado, de fábricas de producción de oxígeno, plantas acondicionadoras de cilindros y envasadoras de oxígeno, y oficinas abiertas al público. El Tribunal, después de haber dejado sentado en el apartado 33 de la sentencia que «la calificación del servicio no es tan importante en el presente asunto, ya que aunque se trate de una concesión de servicio público, las consecuencias que tiene el Derecho comunitario a efectos de la adjudicación de tales concesiones deben analizarse, según una jurisprudencia reiterada, a la luz del Derecho primario y, más en concreto, de las libertades fundamentales previstas en el Tratado», condena al Reino de España por incumplir las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (libre prestación de servicios).

quien incumbe, por ejemplo, la tarea de realizar las inversiones necesarias para que su obra pueda, de forma útil, ponerse a disposición de los usuarios. También recae sobre él la carga de la amortización de la obra. Por otra parte, el concesionario... deberá también soportar los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento». Ahora bien, este criterio resulta poco clarificador para nuestro Derecho, ya que, como se ha puesto de relieve más atrás, el principio de riesgo y ventura se aplica con carácter general a todos los contratos administrativos, de acuerdo en la actualidad con el artículo 199 de la Ley de contratos del sector público, sin perjuicio de las matizaciones ya realizadas sobre la manera en que se debe interpretar en el caso particular de la concesión de servicios públicos. La transferencia de la responsabilidad de la actividad al contratista se pone de manifiesto también en otra norma de aplicación general, el artículo 198, apartado primero, de la Ley de contratos del sector público, que obliga al contratista a «indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato», con las excepciones reseñadas por el propio artículo, norma que se reitera para el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 256, letra c)²⁷.

Por último, para la Comisión, «la concesión de servicios incide normalmente en actividades que, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas, pueden ser competencia del Estado y para las cuales pueden existir derechos exclusivos o especiales». Este tercer criterio, que, a su vez, encierra dos (que la actividad sea de competencia pública y que para su ejecución se atribuyan derechos exclusivos o especiales), parece más indicativo que realmente definitorio de las concesiones de servicio público, puesto que se matiza que el rasgo al que se alude está presente «normalmente» en aquellas, sugiriéndose por consiguiente que también podría faltar²⁸. En todo caso, el que la actividad sea competencia pública no plantea mayores problemas en relación con nuestro contrato de gestión de servicios públicos; el artículo 116 de la Ley de contratos del sector público

²⁷ Por eso resulta de todo punto sorprendente la conclusión a la que llega el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el apartado 32 de la sentencia de 27 de octubre de 2005, antes citada, según el cual «procede señalar que, a diferencia de lo que sostiene el Gobierno español, el presente asunto tiene por objeto contratos públicos de servicios y no contratos de gestión de servicios públicos calificados de concesiones. En efecto, como se ha puesto de manifiesto en la vista, *la Administración española sigue siendo responsable de cualquier perjuicio causado por una eventual irregularidad en la prestación del servicio*».

²⁸ Para una interpretación distinta de este requisito, concibiéndolo como preceptivo y de importancia central, junto con el de la retribución del concesionario, véase José María GIMENO FELIÚ, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, págs. 156 y ss.

dispone que «antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico *que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma*». Asimismo, en cuanto a la existencia de derechos exclusivos o especiales, la cláusula de exclusiva es, como regla general, inherente a toda concesión en nuestro Ordenamiento jurídico. En cambio, podría no aparecer en el concierto, lo que abunda en su dudosa naturaleza jurídica.

Para acabar, hay que recordar que, como ya se ha expuesto al analizar la tipología de formas de colaboración público-privada que establece el Libro Verde de 30 de abril de 2004, en el apartado 22 de éste se lleva a cabo una caracterización de la concesión ligeramente distinta a la de la Comunicación interpretativa del año 2000. Se mantiene el criterio del pago de tarifas por los usuarios, sin perjuicio de la percepción de subvenciones de los Poderes públicos, pero a éste le precede otro: «el vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final: el socio privado presta un servicio a la población “en lugar de” el socio público, pero bajo su control». Se asume así de manera expresa (lo que no ocurría en la Comunicación interpretativa) este criterio, usual, al menos doctrinal y jurisprudencialmente, en Ordenamientos jurídicos como el nuestro. Recapitulando sobre lo ya dicho al respecto, ello plantea dos tipos de problemas: por una parte, es evidente que si hay tarifas pagadas por los usuarios, habrá también una relación directa entre éstos y el operador que las percibe, pero no ocurre lo mismo a la inversa, es decir, puede haber relación directa sin percepción de tarifas; por otra parte, cabe que se produzca el abono de tarifas por los usuarios pero que el servicio no se le preste a la población en general, sino a grupos de personas cualificadas por su especial relación con la Administración.

III.2. *La concesión de obras públicas*

La concesión de obras públicas tiene sus antecedentes inmediatos en España en la construcción de obras por empresa que preveía, en los mismos albores de nuestro Derecho administrativo, la Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas, aprobada por Real Decreto de 10 de octubre de 1845. La concesión fue utilizada durante el siglo XIX para la realización de obras costosas y susceptibles de explotación económica, como el tendido de las líneas ferroviarias o algunas obras hidráulicas, y se reguló expresamente en la Ley general de obras públicas de 13 de abril de 1877. Sin embargo, sus perfiles se

acabaron difuminando con la aparición de la concesión de servicios públicos como institución autónoma y la asunción con normalidad por parte del Estado y las Corporaciones locales de la realización de las obras públicas mediante el contrato administrativo de obra. Así, en la Ley de contratos del Estado de 1965 la concesión de obras públicas ya no se recogió, aunque perviviesen reminiscencias de su regulación en el contrato de gestión de servicios públicos, en los casos en que el mismo comprende también la ejecución de las obras precisas para la explotación del servicio. Esto mismo se observa en el Reglamento de servicios de las Corporaciones locales de 1955, cuyo artículo 114, apartado segundo, establece que «la concesión podrá comprender: *a)* La construcción de una obra o instalación y la subsiguiente gestión del servicio a que estuvieren afectas, o *b)* el mero ejercicio del servicio público cuando no requiera obras o instalaciones permanentes o estuvieren ya establecidas».

La concesión de obras públicas se recuperó parcialmente a través de la legislación sectorial, primero por la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, y tiempo después por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, cuyo artículo 173 reguló una modalidad de contrato de concesión de obras hidráulicas que luego se incorporó a los artículos 133 al 135 del texto refundido de la Ley de aguas, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio. Desde una perspectiva más general, el Derecho de la Unión Europea, a través de las Directivas 89/440/CEE y 93/37/CEE, había tomado en consideración el contrato de concesión de obras públicas, que seguía siendo utilizado en otros Ordenamientos jurídicos, y en particular en el francés; la normativa comunitaria actual está contenida en los artículos 56 al 65 de la Directiva 2004/18/CE, aplicable a los contratos que superan la cuantía de 5.278.000 euros. Esto hizo que el legislador español volviese a dotar a la figura de una regulación general, si bien claramente insuficiente, en los artículos 130 al 134 de la primera versión del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas. Finalmente, con la Ley 13/2003, de 23 de mayo, se llevó a cabo una regulación completa de esta modalidad contractual, que se insertó en el texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas mediante la adición a su Libro II de un nuevo Título V, y ahora ha pasado con modificaciones a la Ley de contratos del sector público. La finalidad fundamental de esta recuperación de la concesión de obras públicas es buscar nuevas formas de financiación de las obras públicas, con participación del capital privado, para reducir la carga financiera que

aquéllas suponen para los presupuestos públicos en el contexto de las actuales políticas de estabilidad presupuestaria y de privatización.

La concesión de obras públicas en nuestro Derecho da lugar a algunas dificultades a la hora de distinguirla del contrato de gestión de servicios públicos. Esto se debe, en primer lugar, a la manera en que la misma aparecía definida en el artículo 220, apartado primero, del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, según el cual «se entiende por contrato de concesión de obras públicas aquel en cuya virtud la Administración pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y la explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general...».

En aquellos casos en que el objeto de la concesión es «solamente la explotación» de obras «necesarias para la prestación de servicios públicos», resulta difícil apreciar por qué el contrato se tendría que calificar de concesión de obras públicas y no de gestión de servicios públicos. Es cierto que para que haya concesión de obras públicas en esta modalidad, la obra o infraestructura pública cuya explotación se encomienda al contratista es un elemento imprescindible del contrato, cosa que no ocurre en el de gestión de servicios públicos, pues hay servicios públicos cuya gestión no conlleva necesariamente la de una infraestructura de titularidad pública (servicios que no requieren para su prestación una infraestructura pública o que utilizan para ello bienes afectados al uso general). Ahora bien, cuando esto sí ocurre, es decir, cuando para la prestación de un servicio público es preciso utilizar una infraestructura no abierta al uso general, sino destinada de manera específica a ese fin, entonces la gestión del servicio incluye en muchos casos la de la infraestructura.

En segundo lugar, también se produce la situación inversa, es decir, los contratos de gestión de servicios públicos pueden incluir en su objeto la ejecución de las obras necesarias para la prestación de aquéllos. Esto, que, como se ha dicho, aparece claramente en el Reglamento de servicios de las Corporaciones locales de 1955, se reconocía de manera más indirecta en el texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas cuando, en su artículo 157, se regulaba la duración del contrato y se establecía que la misma puede llegar a cincuenta años «en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público», previsión que se mantiene con la misma redacción en el artículo 254 de la Ley de contratos del sector público.

No obstante, y a diferencia de lo que ocurría con la distinción entre contrato de gestión de servicios públicos y contrato de servicios, el deslinde entre el primero y la concesión de obras públicas tiene una importancia relativa, tanto para el Derecho interno como para el de la Unión Europea. Es verdad que en nuestro Ordenamiento jurídico el contrato de gestión de servicios públicos y el de concesión de obras públicas no tienen formalmente el mismo régimen jurídico. Pero si se analizan los puntos en los que en apariencia no coinciden ambos regímenes, se llega a la conclusión de que o bien la diferencia es pequeña, o bien el contrato de gestión de servicios públicos, por la propia paridad con la que está regulado legalmente, puede incorporar a través de los pliegos de condiciones administrativas muchas de las previsiones que se establecen para la concesión de obras públicas.

Consideremos, por ejemplo, la duración de estos contratos. Los de gestión de servicios públicos que incluyen la ejecución de obras pueden alcanzar los cincuenta años, y hasta los sesenta en un caso concreto; los de concesión de obras públicas que suponen la construcción y la explotación de obras tenían fijado un plazo máximo de cuarenta años, prorrogables hasta sesenta (art. 263, apartados primero y cuarto, del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas), reducido a cuarenta por la Ley de contratos del sector público, que no deja claro el régimen de las prórrogas (art. 244). Si la gestión de los servicios públicos no incluye la ejecución de obras, y salvo en el supuesto de las prestaciones sanitarias, la duración máxima del contrato es de veinticinco años, y veinte años, prorrogables justamente a veinticinco, eran los que podía durar una concesión de obras públicas que sólo implicase la explotación de aquéllas (art. 263, apartados segundo y cuarto, del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas).

La concesión de obras públicas cuenta con una amplia y minuciosa regulación de la financiación privada en los artículos 253 y siguientes del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, que la disposición derogatoria única de la Ley de contratos del sector público mantiene en vigor mientras no se cumpla la previsión de su disposición final décima, que remite el régimen de financiación de estas concesiones y de los nuevos contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado a una ley específica posterior²⁹. Esta regulación no existe para el contrato de gestión de

²⁹ Para una crítica de esta solución, sobre todo en lo que respecta al mantenimiento de la vigencia de los artículos 253 al 260 del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, véase CHINCHILLA MARÍN, «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», cit., págs. 610-611.

servicios públicos, pero nada parece impedir que esas mismas formas de financiación se puedan introducir en el mismo a través de los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Algo similar se puede decir de la particular reinterpretación del principio de equilibrio financiero del contrato que el legislador ha llevado a cabo en la concesión de obras públicas, de manera que dicho principio puede jugar tanto a favor como en contra del concesionario —arts. 233, apartado primero, letra *d*), y 246, apartado tercero, segundo párrafo, del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, recogidos por los arts. 115, apartado primero, letra *c*), y 238, apartado tercero, párrafo segundo, de la Ley de contratos del sector público—, o de la admisibilidad general de los descuentos en las tarifas (art. 246, apartado segundo, del texto refundido, recogido por el art. 238, apartado segundo, de la Ley de contratos del sector público).

Por lo que al Derecho de la Unión Europea se refiere, si bien la normativa comunitaria de contratación pública sí se aplica, como repetidamente se ha dicho, a la concesión de obras públicas, mientras que la de servicios públicos queda por completo fuera del ámbito de la misma, hay que tener en cuenta que esa aplicación es sólo parcial en el caso de la primera, y que la exclusión total de la segunda no significa que no se vea afectada por las mismas normas y principios generales del Derecho de la Unión que inspiran la regulación comunitaria de los contratos públicos, como se encarga de recordar la Comunicación interpretativa del año 2000. Ésta, en su apartado 2.3, ofrece un criterio de distinción entre concesiones de obras y de servicios públicos bastante simple, al menos en su formulación teórica: «si el contrato se refiere principalmente a la construcción de una obra por cuenta del concedente, se trata, según la Comisión, de una concesión de obras»; «por el contrario, un contrato de concesión que implique la realización de obras sólo con carácter accesorio, o que se refiera solamente a la explotación de una obra existente, se interpreta como concesión de servicios». Finalmente, cuando «como parte accesorio de una concesión de obras, pueden establecerse concesiones de servicios para actividades complementarias pero independientes de la explotación de la concesión de servicios», «al ser disociables los objetos de estos contratos, se aplican las normas respectivas relativas a cada tipo de contratos».

Estas indicaciones de la Comisión suponen para nuestro Derecho positivo que mientras que los tradicionales contratos de gestión de servicios públicos que incluyen la ejecución de obras por parte del contratista normalmente van a poder ser calificados a efectos comunitarios como concesiones de servicios públicos, las concesiones de

obras públicas que sólo implican la explotación de una infraestructura no admiten su inclusión dentro de esta última categoría. De todas formas, la cuestión será irrelevante para el Derecho de la Unión en aquellos casos en que el contrato se pueda calificar como concesión de servicios públicos, puesto que nos encontraríamos con que el legislador español ha extendido el régimen comunitario de la concesión de obras públicas a una figura excluida del mismo y de la aplicación de la propia normativa europea de contratación pública³⁰.

Con todo, la Ley de contratos del sector público intenta poner fin a esta situación con una nueva definición de la concesión de obras públicas que no contempla los contratos cuyo objeto sólo abarque la explotación de infraestructuras. Así, el artículo 7, apartado primero, de la Ley dice que «la concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6 [es decir, las propias del contrato de obras], incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio».

Mayores complicaciones podrían presentar las concesiones de obras públicas en las que la retribución del concesionario es abonada íntegramente por la Administración, como ya se ha dicho que permitiría de manera expresa el artículo 225 del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas y se mantiene en el artículo 238, apartado primero, de la Ley de contratos del sector público, con la circunstancia agravante de que éste no ha recogido la matización que sí hacía el primero en el sentido de que se debería respetar «el principio de asunción de riesgo por el concesionario». Según lo expuesto en páginas anteriores, para que este tipo de contratos se consideren concesiones desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea, la retribución que vaya a abonar la Administración

³⁰ En sentido similar, véase Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, «El contrato de concesión de obras públicas: disposiciones generales», en *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas*, director Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, 2.^a ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 1100. En cambio, no se puede compartir con carácter general la conclusión de GIMENO FELIÚ en el sentido de que «la actual regulación —además de confusa y excesivamente reglamentista— parte de un concepto de concesión de obra pública manifiestamente erróneo y puede servir de cauce para la fuga de las reglas y principios de la contratación pública, pervirtiendo las categorías existentes» (*La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, cit., pág. 168). Sólo cuando la explotación de la infraestructura no admita la consideración de concesión de servicios públicos desde el punto de vista del Derecho de la Unión, sino que deba ser calificada como contrato de servicios, estarían justificadas tales objeciones.

tendría que estar vinculada a algún factor, como la frecuentación de la infraestructura, que indique la traslación, al menos parcial, del riesgo económico de la operación al contratista. El artículo 238, apartado cuarto, de la Ley de contratos del sector público se limita a señalar al respecto, de una manera un tanto confusa, que «la retribución por la utilización de la obra podrá ser abonada por la Administración *teniendo en cuenta su utilización* y en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares».

III.3. *Los nuevos contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado*

Para llevar a cabo una aproximación a los nuevos contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado en nuestro Derecho, parece conveniente partir de la definición de los mismos como contratos administrativos típicos o nominados que aparece recogida en el artículo 11 de la Ley de contratos del sector público, porque ofrece una idea del tipo de operaciones que se incluirían en esta categoría. Según ese precepto, el objeto de los mismos está constituido por «la realización de una actuación global e integrada», la cual comprende «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» y, además, alguna de las siguientes prestaciones: la construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión; la gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas; la fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado; y otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.

Es evidente que las prestaciones mencionadas encajan normalmente en el objeto de otros contratos administrativos típicos, en concreto los de concesión de obras públicas, suministros y servicios. La construcción o transformación de obras, cuando incluye su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión, es precisamente el objeto de la concesión de obras públicas. Si lo que se fabrica o instala, en cambio, son equipos, sistemas o productos o bie-

nes muebles, nos hallaremos en principio ante el contrato de suministros, que puede incluir también el mantenimiento de los bienes suministrados, como establecían los artículos 172, apartado primero, y 174 del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, y se mantiene para los supuestos de arrendamiento en el artículo 266, apartado primero, de la Ley de contratos del sector público. Por su parte, tanto la gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas como la prestación de servicios desarrollados específicamente para la Administración constituyen contratos de servicios, como también lo es un supuesto concreto de fabricación de bienes a medida, la elaboración de programas de ordenador para la Administración —art. 172, apartado 2, del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, y art. 9, apartado tercero, letra *b*), de la Ley de contratos del sector público—.

Consciente de esto, la Ley de contratos del sector público prevé en su artículo 289 que «los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado se regirán por las normas generales contenidas en el título I del presente libro y por las especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal de aquél, identificada conforme a lo dispuesto en el artículo 120.a), en lo que no se opongan a su naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar conforme al artículo 11. Estas normas delimitarán los deberes y derechos de las partes y las prerrogativas de la Administración»³¹. Las peculiaridades del régimen jurídico de estos contratos se manifiestan en tres puntos esenciales, que recogen en buena parte las características que la Comisión identificaba como típicas de la colaboración público-privada en el Libro Verde de 30 de abril de 2004.

El primero es la financiación privada de la operación, que se menciona en la propia definición del contrato contenida en el artículo 11, apartado primero, de la Ley. Sin embargo, ésta no se ocupa más de la cuestión, sino que, como ya se ha dicho, en su disposición derogatoria única mantiene en vigor los artículos 253 al 260 del texto refundi-

³¹ Esta remisión, con todo, no está exenta de dificultades, como pone de manifiesto CHINCHILLA MARÍN. La autora señala que «la cuestión que se plantea y que, en mi opinión, no tiene una respuesta clara en el Proyecto de Ley es la de si, al establecerse las distintas estipulaciones de un contrato de CPP, el contenido de las mismas ha de respetar lo establecido al respecto para el contrato típico con el que coincida su prestación principal... o si, por el contrario, el clausulado de cada contrato de CPP puede modular las previsiones de ese régimen sustantivo y este último resulta aplicable, únicamente, en lo que no se oponga a dicho clausulado o no resulte contrario al mismo. En otras palabras, se plantea la cuestión de si el régimen sustantivo correspondiente a cada contrato típico que, según el artículo 289 del Proyecto, resulta de aplicación según cuál sea la prestación principal del CPP, es Derecho necesario o solamente supletorio» («El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», cit., pág. 635).

do de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, sobre la financiación privada de las concesiones de obras públicas, y en su disposición final décima remite el régimen de financiación de las mismas y de los nuevos contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado a una ley específica posterior. El segundo es la regulación de las actuaciones preparatorias, más complejas que en el resto de los contratos, pues incluyen una evaluación previa en la que la Administración ha de justificar específicamente los motivos que la llevan a recurrir a esta modalidad contractual en lugar de a las clásicas³² y la elaboración de un programa funcional de la operación (arts. 118 y 119 de la Ley de contratos del sector público). En tercer lugar, a la adjudicación se le aplica el nuevo procedimiento del diálogo competitivo, conforme al artículo 164, apartado tercero, de la Ley, lo que refleja el alto grado de protagonismo del contratista en el diseño de la operación³³. Por último, hay que mencionar la duración máxima del contrato, que puede llegar a los veinte años³⁴, salvo que por su objeto se le aplique el régimen de la concesión de obras públicas, en cuyo caso se acude a los plazos de duración de esta última (art. 290 de la Ley). Más en la sombra queda el elemento de la transferencia al operador privado de riesgos que normalmente soporta la Administración, pero algún reflejo encuentra en el artículo 120 de la Ley, que, entre las estipulaciones que debe recoger el clausulado de estos contratos, incluye justamente las condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista.

La pregunta que surge de inmediato es qué diferencia hay entre estos nuevos contratos y los de concesión de obras públicas cuando su objeto coincide, y la respuesta es difícil de dar³⁵. En cambio, presentan todo su interés cuando se plantean como una alternativa a la concesión de obras públicas en supuestos en los que ésta no es viable por no ser posible la explotación económica de la infraestructura y

³² Sobre esta evaluación previa como traslación a nuestro Ordenamiento del llamado *Public Sector Comparator*, véase GONZÁLEZ GARCÍA, «Contrato de colaboración público-privada», cit., págs. 24 y ss.; para un análisis detallado del artículo 118 del Proyecto de Ley de contratos del sector público, véase también CHINCHILLA MARÍN, «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», cit., págs. 629 y ss.

³³ Sobre la regulación del diálogo competitivo en el Proyecto de Ley de contratos del sector público, véase CHINCHILLA MARÍN, «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», cit., págs. 635 y ss.

³⁴ CHINCHILLA MARÍN destaca que se omite toda alusión a las prórrogas de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, aunque habría que entender que, de ser admisibles, la duración total del contrato, prórrogas incluidas, no podría exceder de los veinte años («El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», cit., pág. 643).

³⁵ Véase, en el mismo sentido, CHINCHILLA MARÍN, «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», cit., pág. 626.

tampoco se quiere recurrir por motivos presupuestarios a un contrato administrativo ordinario de obras³⁶, así como cuando se quiera trascender el régimen de los contratos típicos de suministros y de servicios, respecto de los cuales sí tienen relevantes diferencias en cuanto al alcance de la prestación que se pide al contratista y, correlativamente, al plazo de duración del contrato.

III.4. *La colaboración público-privada contractual en la ejecución del planeamiento urbanístico. Las concesiones urbanísticas*

La posibilidad de recurrir a fórmulas concesionales en la ejecución del planeamiento urbanístico estaba ya prevista en la Ley de 12 de mayo de 1956, sobre régimen del suelo y ordenación urbana, cuyo artículo 131, apartado primero, establecía que «en la gestión pública las obras de urbanización se ejecutarán por Corporaciones oficiales o concesionarios subrogados en el ejercicio de sus facultades», añadiendo el apartado segundo que «esta forma de gestión será independiente del sistema de actuación que se aplicare y del sujeto, público o privado, al que correspondiere sufragar los gastos»³⁷. En efecto, desde esa Ley se ha venido considerando que en nuestro Ordenamiento jurídico la urbanización es una función pública, abierta, sin embargo, a la colaboración privada en su gestión. La vigente Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, califica en el apartado III de su Exposición de Motivos la urbanización como «servicio público, cuya gestión puede reservarse la Administración o encomendar a privados», y recoge en su artículo 6, letra a), «el derecho de iniciativa de los particulares, sean o no propietarios de los terrenos, en ejercicio de la libre empresa, para la actividad de ejecución de la urbanización cuando ésta no deba o no vaya a realizarse por la propia Administración competente». Este último precepto señala, asimismo, que «la habilitación a particulares, para el desarrollo de esta actividad deberá atribuirse

³⁶ Éste es el caso justamente del llamado arrendamiento operativo, prototipo de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en nuestro Ordenamiento que ya se venía articulando con la legislación vigente con anterioridad; sobre sus características, véase GONZÁLEZ GARCÍA, «Contrato de colaboración público-privada», cit., págs. 31 y ss.

³⁷ Sobre el planteamiento que la Ley del Suelo de 1956 hacía de la actividad del operador urbanístico no propietario, véase Agustín DE ASÍS ROIG, «Caracterización de la función urbanizadora», *Documentación Administrativa*, núm. 261-262, 2001-2002, págs. 199 y ss.; para una breve descripción de la evolución legislativa de los sistemas de ejecución del planeamiento urbanístico y sus formas de gestión desde la perspectiva que aquí interesa puede acudir también a GÓMEZ-FERRER MORANT, «Gestión del planeamiento y contratos administrativos», cit., págs. 43 y ss.

mediante procedimiento con publicidad y concurrencia y con criterios de adjudicación que salvaguarden una adecuada participación de la comunidad en las plusvalías derivadas de las actuaciones urbanísticas, en las condiciones dispuestas por la legislación aplicable, sin perjuicio de las peculiaridades o excepciones que ésta prevea a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo».

No obstante, la consideración genérica de la urbanización como función pública (o servicio público) ha de ser matizada a los efectos de la aplicación de la normativa comunitaria sobre contratos públicos y concesiones, sobre la base de dos consideraciones fundamentales: primero, la naturaleza pública o privada del sujeto que realiza o encarga la operación, y segundo, la finalidad concreta de cada operación de urbanización, pues ésta no deja de ser una actividad preparatoria de otra, la edificación, que puede tener carácter público o privado, dependiendo de quién sea el titular de los terrenos sobre los que se lleva a cabo y del destino de lo edificado.

Cuando es la propia Administración pública la que emprende la urbanización, bien por sí misma, bien encargándosela a personas distintas de los propietarios de los terrenos, nos hallaremos ante una tarea pública con independencia de la titularidad y del destino de las parcelas urbanizadas, tarea que, en la medida en que comprenda la realización de obras y la prestación de servicios relacionados con la gestión de la ejecución del planeamiento, entrará en el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria de contratación pública, como acaba de reafirmar el Tribunal de Justicia de la Unión en su reciente sentencia de 18 de enero de 2007, asunto C-220/05, *Aroux*³⁸ (y hay que tener en cuenta que, como ha aclarado la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos, o sólo parcialmente cubiertos, por las Directivas sobre contratación pública, ni siquiera el hecho de que el importe de la operación no alcance los umbrales fijados por dichas Directivas exime de la aplicación de sus principios y reglas básicos). En cambio, cuando son los propietarios quienes urbanizan sus fincas en cumplimiento de los deberes legales que les corresponden y a su costa, pero también en su propio interés y beneficio, difícilmente podrá hablarse de obras o tareas públicas desde la perspectiva que aquí interesa, salvo en lo que se refiere a la urbaniza-

³⁸ Para un comentario de las conclusiones del Abogado general, que la sentencia acepta en amplia medida, véase Esteban ARIMANY LAMOGLIA, «La apertura al mercado de los encargos de ejecución de obras de urbanización conferidos directamente a sociedades del sector público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 133, 2007, págs. 65-88.

ción de los terrenos de cesión obligatoria destinados a infraestructuras y dotaciones públicas³⁹.

Sentado esto, es posible ya examinar las diversas modalidades de gestión de las actuaciones sistemáticas de ejecución integral del planeamiento que se conocen en nuestro Ordenamiento jurídico, con el fin de determinar en qué supuestos aparecen formas de colaboración público-privada contractual en el sentido del Libro Verde de 30 de abril de 2004; las de tipo institucionalizado serán analizadas en el epígrafe correspondiente de este trabajo.

En primer lugar, cabe mencionar el sistema de actuación tradicionalmente denominado de expropiación, que se caracteriza por que la Administración adquiere por vía expropiatoria la titularidad de, en principio, todos los terrenos que van a ser urbanizados y edificados. Con el precedente del ya citado artículo 131, apartado primero, de la Ley del Suelo de 1956, para gestionar este sistema de actuación la Administración puede optar entre licitar las obras a través de contratos administrativos de obras o utilizar la concesión, posibilidad prevista expresamente por el artículo 114, apartado segundo, del texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y de ordenación urbana, aprobado por el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, y todavía vigente con carácter supletorio. El régimen jurídico de estas peculiares concesiones encuentra un desarrollo mínimo en el artículo 212 del Reglamento de gestión urbanística, aprobado por el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, igualmente vigente con carácter supletorio. Este último precepto admite que las concesiones que nos ocupan comprendan no sólo la ejecución de las obras de urbanización, sino también la explotación de los servicios públicos que se prestan sobre

³⁹ En palabras de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «sería sencillamente absurdo, tanto que hasta ahora a nadie se le ha ocurrido sostenerlo, exigir al propietario de una parcela de suelo urbano cuya urbanización hay que completar para que adquiriera la condición de solar edificable que contrate con un tercero la ejecución de esas obras. Pues bien, ... lo es igualmente y por las mismas razones imponer tal exigencia al propietario de una finca de 200 ha que pretende desarrollar en ella una urbanización (turística, como hay miles en nuestro país, o simplemente comercial, industrial, deportiva, de ocio, etcétera). ¿Qué sentido tendría exigirle a ese promotor, que ha adquirido la finca justamente para eso, que convoque un procedimiento de licitación para contratar con un tercero la ejecución de las obras de urbanización? ¿Cómo se le puede pedir a este empresario que entregue a un competidor suyo una parte del negocio que él mismo ha ideado y que él mismo también está en condiciones de desarrollar con sus propios medios porque eso, precisamente, es su quehacer cotidiano? Sería absurdo igualmente, tan absurdo como lo anterior y, si llegara a hacerse, además, en nombre de la libre competencia, resultaría, incluso, una auténtica burla [...]. Y si, en lugar del 100% de la superficie, el promotor al que me refiero ha conseguido reunir el 60% o el 80% de la misma, comprando poco a poco partes o porcentajes de la finca para poder llevar adelante idéntico objetivo empresarial, la solución no tendría por qué ser diferente» («La Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto “proyecto Scala 2001”) y su impacto en el ordenamiento urbanístico española», cit., pág. 24).

la base de las mismas, con lo que en tal caso podrían ser consideradas concesiones de obras públicas. Sin embargo, esto no será posible cuando el objeto de la concesión sea sólo ejecutar las obras de urbanización y, en su caso, edificación de los terrenos. Por lo demás, tanto en un supuesto como en el otro existe una diferencia destacable tanto con los contratos administrativos ordinarios de obras como con las concesiones, el hecho de que la retribución del empresario pueda consistir total o parcialmente en terrenos edificables.

Este tipo de concesiones urbanísticas se ajusta bastante bien a la definición de colaboración público-privada del Libro Verde de 30 de abril de 2004. Aunque el concesionario sólo mantendrá una relación verdaderamente prolongada en el tiempo con la Administración en los casos en que explote los servicios públicos de la urbanización, no cabe duda de que financia, al menos en parte, la actuación, se le exige una prestación compleja que requiere su participación en el diseño de la operación, y asume parte del riesgo económico de la misma, siempre que se le retribuya con terrenos edificables, cuyo valor de mercado puede fluctuar y se materializará con la venta final de las viviendas. En cualquier caso, a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2001, asunto C-399/98, *Ordine degli Architetti y otros*, cuya doctrina acaba de ser confirmada por la antes citada de 18 de enero de 2007, asunto C-220/05, *Aroux*, es indudable que el concesionario que tenga que ejecutar obras de urbanización es, a efectos de la normativa comunitaria de contratación pública, un contratista de obras públicas, salvo que vaya a explotar también los servicios que se prestan sobre la base de las mismas, en cuyo caso nos podríamos hallar ante una concesión de obras públicas. Con todo, tanto en un caso como en el otro existen las suficientes peculiaridades en la tarea que se le encomienda y en la relación que mantiene con la Administración para que se pueda hablar de una forma *sui generis* de colaboración público-privada contractual, que quizá pueda encajar en los nuevos contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado previstos por la Ley de contratos del sector público⁴⁰.

⁴⁰ Buena muestra de las perplejidades que generan estas peculiaridades son las reflexiones que desarrolla GÓMEZ-FERRER MORANT en el sentido de que «nos encontramos ante un supuesto peculiar de concesión, que no encaja formalmente en el concepto legal...; ya que la contraprestación del concesionario no consiste en el derecho a explotar la obra, o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio. No obstante, el supuesto que ahora se considera puede reconducirse, en sentido sustantivo, al de la Ley. En efecto, si se considera que en el sistema de expropiación (tal y como fue configurada por la legislación de reforma interior por la Ley de Expropiación Forzosa de 1879) el objeto de la obra pública no es solamente la realización de la obra pública, sino también la regulación de las parcelas de forma

En segundo lugar, existe el sistema de actuación que se suele llamar de cooperación, en el que la propia Administración se encarga de ejecutar el planeamiento, manteniendo los propietarios de los terrenos la titularidad de los mismos. En este sistema, ni la antigua legislación estatal, fuera de la referencia genérica del artículo 131, apartado primero, de la Ley del Suelo de 1956, ni la vigente legislación urbanística autonómica contemplan la posibilidad de acudir a la concesión, por lo que hay que entender que se espera que la Administración ejecute las obras de urbanización a través de contratos administrativos de obras (en los que, de nuevo, podemos encontrarnos con la peculiaridad de que la retribución del contratista consista en terrenos edificables, en este caso, además, aportados directamente por los propietarios privados de los mismos y no por la Administración); de igual modo, si necesitase externalizar las tareas de gestión de la ejecución del planeamiento, tendría que recurrir a contratos administrativos ordinarios de consultoría y asistencia. En realidad, como se explicará más adelante, de admitirse el recurso a la concesión en este caso, nos hallaríamos ni más ni menos que ante el sistema de concesión de obra urbanizadora.

En tercer lugar, la ejecución del planeamiento se les puede confiar a los propietarios afectados. De acuerdo con lo ya adelantado sobre la naturaleza de las obras de urbanización de los terrenos de cesión obligatoria destinados a infraestructuras y dotaciones públicas, la normativa comunitaria de contratación pública es de necesaria aplicación a la contratación de la realización de aquéllas por los propietarios, que actuarán como subrogados de la Administración en la posición de un poder adjudicador⁴¹. En lo demás, la relación entre los

que todas las resultantes sean edificables, no deja de ser cierto que el concesionario recibe una contraprestación que puede reconducirse, aunque con esfuerzo, al derecho a explotar la obra, que es el derecho de propiedad de los terrenos de aprovechamiento lucrativo, los cuales puede explotar —o enajenar— en la forma que estime conveniente. En todo caso, no cabe duda de que el objeto sustancial del contrato es la realización de una obra pública, por lo que tampoco puede ofrecer dudas la procedencia de aplicar los principios de publicidad y concurrencia, de acuerdo con la LCAP, interpretada de conformidad con la Directiva Comunitaria» («Gestión del planeamiento y contratos administrativos», cit., págs. 54-55).

⁴¹ En nuestro Ordenamiento, bastante antes de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2001, contamos con el precedente de la sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1994, dictada en el recurso de apelación núm. 4739/1990. En el fundamento jurídico tercero de esta sentencia se afirma la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en el litigio derivado de la contratación de unas obras de urbanización por una junta de compensación sobre la base de que «en el presente caso, se trata de la contratación para la ejecución de unas obras de urbanización y, por tanto, de una obra pública, cuya titularidad corresponde a la Administración actuante. En este sentido, importa destacar no sólo las facultades reconocidas a la Administración para vigilar la ejecución de las obras e instalaciones —artículo 175.3 del Reglamento de Gestión— sino las cláusulas que, según el artículo 176.3 del mismo Reglamento, debe necesariamente contener todo contrato de ejecución de obra concertado por la

propietarios y la Administración no tiene trascendencia para el Derecho de la Unión aplicable a los contratos públicos y las concesiones, y no podría hablarse de colaboración público-privada contractual (ni tampoco institucionalizada) en el sentido del Libro Verde, puesto que los propietarios ejecutan el planeamiento en su interés y a su propia costa y, aunque formalmente se trate de un encargo conferido por la Administración, es claro que no mantienen una relación contractual con ella⁴².

Para acabar, a partir de la ya derogada Ley de la Generalidad Valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística, se ha introducido en nuestro Ordenamiento jurídico una nueva modalidad de gestión de las actuaciones sistemáticas de ejecución integral del planeamiento, el sistema del urbanizador, agente urbanizador o concesión de obra urbanizadora. Consiste en que la Administración confía la ejecución del planeamiento a un tercero no propietario de los terrenos, el cual lleva a cabo la tarea a cambio de una retribución en dinero o en terrenos edificables que obtiene de los propietarios. La posición de este urbanizador, agente urbanizador o concesionario de obra urbanizadora es muy similar a la que asume la Administración en el sistema de cooperación, pero con la evidente diferencia de que se trata de un empresario privado que actúa con ánimo de lucro. En cambio, no es equiparable a la del concesionario en el sistema de expropiación, porque éste opera desde un primer momento sobre terrenos que ya no son de sus propietarios originales, sino de titularidad pública o del propio concesionario, en caso de que se le haya reconocido la condición de beneficiario de la expropiación, por lo que en ningún caso recibe su retribución directamente de los propietarios. Esto hace que la relación

Junta de Compensación, entre las que destacan, en lo que ahora importa, el compromiso de la empresa constructora de realizar las obras de total conformidad con los proyectos de urbanización debidamente aprobados y la obligación de la empresa de facilitar la acción inspectora de la Administración actuante. En la misma línea, el artículo 69 del Reglamento de Planeamiento establece que entre la documentación que deben contener los Proyectos de Urbanización se encuentra el Pliego de condiciones técnicas y de condiciones administrativas para la contratación de las obras y servicios, y así en el presente caso, en la cláusula 12 —folio 22 del expediente administrativo— se determinó que “el contrato dimanante del presente concurso es por su objeto fundamental y esencialmente administrativo”. En todo caso, la naturaleza pública de la obra y la naturaleza administrativa de la Junta de Compensación imponen el conocimiento de la presente cuestión a esta jurisdicción, como así lo entendió, en un supuesto idéntico al actual, la antigua Sala 4.^a de este Tribunal en Sentencia de 26 febrero 1985».

⁴² Ésta es, básicamente, la misma conclusión a la que llega GÓMEZ-FERRER MORANT en «Gestión del planeamiento y contratos administrativos», cit., págs. 49 y ss., aunque extendiéndola a todas las obras de urbanización. El autor sólo admite que podría exceptuarse de la aplicación de la normativa comunitaria de contratación pública el caso en que los terrenos que se urbanizan pertenezcan a un único propietario que, además, esté en disposición de realizar las obras por sí mismo (*ob. cit.*, págs. 53-54).

del urbanizador, agente urbanizador o concesionario de obra urbanizadora con la Administración sea difícil de catalogar⁴³; no es un contrato administrativo de obras ordinario, porque el empresario no se limita a realizar las obras de urbanización, sino que también gestiona la ejecución integral del planeamiento⁴⁴; no es una concesión de obras públicas, porque a aquél no se le encomienda la explotación de las obras de urbanización, que, por lo demás, sólo serían susceptibles de tal explotación cuando estén destinadas a la prestación de servicios públicos⁴⁵; quizá podría parecerse a una concesión de servicios públicos de las que incluyen la ejecución de obras, ya que el empresario recibe su retribución de los «usuarios», pero no cabe olvidar que éstos lo son a la fuerza, al imponer la Administración el sistema de actuación con independencia de la voluntad de los afectados⁴⁶. La nueva Ley 16/2005, de 30 de diciembre, urbanística valenciana, ha optado por calificarla de «contrato [administrativo] especial» en su Exposición de Motivos.

Así pues, nos hallamos otra vez ante una forma de colaboración público-privada contractual *sui generis*; el urbanizador, agente urbanizador o concesionario de obra urbanizadora no mantiene una relación prolongada en el tiempo con la Administración, pero financia la actuación, participa en algún grado en el diseño de la misma y asume, al menos en parte, el riesgo económico de la operación, si obtiene su retribución, como es habitual, en terrenos edificables. Esto

⁴³ De hecho, ni siquiera hay acuerdo doctrinal sobre su naturaleza contractual. Un buen muestrario de las posturas existentes al respecto lo podemos encontrar en el núm. 261-262 de *Documentación Administrativa*, dedicado monográficamente a «Ejecución de los planes de urbanismo y contratación administrativa». VAQUER CABALLERÍA niega decididamente el carácter contractual de dicha relación en «La fuente convencional, pero no contractual, de la relación jurídica entre el agente urbanizador y la Administración urbanística», cit. (véanse en particular las págs. 249 y ss.); DE ASÍS ROIG concluye, por el contrario, que nos hallamos ante un contrato de concesión urbanística, que califica como contrato administrativo especial («Caracterización de la función urbanizadora», cit., págs. 211 y ss.); por último, BLANC CLAVERO asume una posición intermedia, según la cual la postura convencional y la contractual serían compatibles («La posición jurídica del urbanizador: urbanismo concertado y contratación administrativa», cit., pág. 164).

⁴⁴ Como pone de manifiesto José Antonio GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «hacer urbanismo —por lo que respecta a la gestión y ejecución del planeamiento— es desde luego mucho más que ejecutar una obra de urbanización. Tan es así que la Ley Urbanística Valenciana 16/2005, de 30 de diciembre, remite como supletorias a las normas del Texto Refundido 2/2002 sobre contratos de consultoría, asistencia y servicios, no de obra (por referencia al contrato que suscriban la Administración y el “urbanizador”)» («Contratos administrativos y gestión urbanística», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 5, 2006, pág. 93).

⁴⁵ Sobre las diferencias del agente urbanizador con el concesionario de obras públicas, véase, por todos, GÓMEZ-FERRER MORANT, «Gestión del planeamiento y contratos administrativos», cit., págs. 64-65.

⁴⁶ Sobre las analogías y diferencias de la posición de los propietarios con la de los usuarios de los servicios públicos que se prestan a los ciudadanos *uti singuli*, véase DE ASÍS ROIG, «Caracterización de la función urbanizadora», cit., págs. 194-195.

hace que, como mínimo, haya que aplicarle las mismas reglas del Derecho de la Unión que a las concesiones de servicios públicos; si, además, va a ejecutar por sí mismo las obras de urbanización, para la normativa comunitaria de contratación pública tendrá la consideración de un contratista de obras, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión antes citada, y si no, se convertirá en un poder adjudicador a los efectos de la contratación de dichas obras con terceros⁴⁷.

IV. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA INSTITUCIONALIZADA

IV.1. *Las sociedades de economía mixta*

La sociedad de economía mixta se contempla en nuestro Ordenamiento jurídico, ante todo, como una de las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos, según se ha señalado al tratar éste, lo que genera diversas dificultades que responden a la observación realizada por la Comisión en el apartado 60 del Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones acerca de que «en otros Estados miembros, se ha desarrollado una práctica en la que se tiende a confundir la fase de constitución de la entidad y la fase de adjudicación de las tareas». En España, la confusión de la que habla el Libro Verde no sólo es producto de la práctica, sino también de la propia legislación de contratación pública, que regula de manera conjunta e indiferenciada lo que es colaboración público-privada institucionalizada con formas de colaboración público-privada puramente contractual, como son las demás modalidades del contrato de gestión de servicios públicos.

Es evidente que la regulación del contrato de gestión de servicios públicos basada en el modelo de la concesión que contiene la legislación de contratación pública no es aplicable, sin más, a la constitución para la gestión de un servicio público de un ente con personalidad jurídica diferenciada y participación privada. En este último caso habría que distinguir el régimen jurídico de la constitución de la entidad, que debería incluir la elección del socio o socios privados me-

⁴⁷ En el mismo sentido, véase GÓMEZ-FERRER MORANT, «Gestión del planeamiento y contratos administrativos», cit., págs. 65 y ss. Nuevamente, el autor admite la posibilidad de exceptuar la aplicación de la normativa comunitaria de contratación pública cuando los terrenos que se urbanizan pertenezcan al propio agente urbanizador que, además, sea una empresa urbanizadora que pueda llevar a cabo las obras por sí misma.

dian­te un proce­di­mien­to de con­curren­cia com­pe­ti­ti­va, al cual sí cabe apli­car las reglas de selección de con­tra­ta­dis­tas de la legis­la­ción de con­tra­ta­ción pú­bli­ca⁴⁸, del encargo de la ges­tión del ser­vi­cio, a medio ca­mi­no entre la con­ce­sión y la rela­ción entre un ente ins­tru­men­tal y la Ad­mi­nis­tra­ción ma­triz de la que de­pen­de. De he­cho, la solu­ción que es­ta­ble­ció el ar­tí­cu­lo 206 del Re­glamen­to ge­ne­ral de con­tra­ta­ción del Es­ta­do, apro­ba­do por el De­cre­to 3410/1975, de 25 de no­vie­m­bre, con­sis­te­nte en que «la So­cie­dad de eco­no­mía mix­ta de­berá apa­re­cer como parte con­tra­tante ante el Es­ta­do con las obli­ga­cio­nes y de­re­chos pro­pios del con­ce­sio­na­rio de ser­vi­cios pú­bli­cos», re­co­gi­da en tér­mi­nos muy si­mi­la­res por el ar­tí­cu­lo 182 del Re­glamen­to ge­ne­ral de la Ley de con­tra­tos de las Ad­mi­nis­tra­cio­nes pú­bli­cas, apro­ba­do por el Real De­cre­to 1098/2001, de 12 de oc­tu­bre, sólo puede re­sul­tar sa­tis­fac­to­ria cuando la par­ti­ci­pa­ción de la Ad­mi­nis­tra­ción en la so­cie­dad sea mi­no­ri­ta­ria y no le per­mita con­tro­lar la ac­tuación de la mis­ma desde den­tro; en los ca­sos en que sea ma­yo­ri­ta­ria o, en todo ca­so, le otorgue el con­tro­l so­cie­ta­rio, sería más con­ve­niente acudir a ins­tru­men­tos del ám­bi­to de la mo­der­na Ad­mi­nis­tra­ción ins­tru­men­tal como el con­tra­to-pro­gra­ma⁴⁹. Des­gra­cia­da­mente, la nueva Ley de con­tra­tos del sector pú­bli­co no ha abor­da­do la re­for­ma legis­la­ti­va que sería ne­ce­sa­ria en este ter­re­no.

Cabe pre­gun­tar­se si la so­cie­dad de eco­no­mía mix­ta po­dría uti­lizarse para la eje­cu­ción de ta­reas que son ob­je­to de otros ti­pos de con­tra­tos de las Ad­mi­nis­tra­cio­nes pú­bli­cas y que ge­ne­ran una vin­cu­la­ción pro­lon­ga­da en el tie­mpo entre Ad­mi­nis­tra­ción y con­tra­ta­dis­ta y reúnen las de­más ca­rac­te­rís­ti­cas de la co­la­bo­ra­ción pú­bli­co-privada tal como la en­tiende la Co­mi­sión Euro­pea; en par­ti­cu­lar, la con­ce­sión de obra pú­bli­ca y los

⁴⁸ Lo que ex­cluye, como pone de re­lieve SALA ARQUER, «el sub­ter­fu­gio de la con­ver­sión de la con­ce­sión en em­presa mix­ta, una vez lle­ga­do el fin del plazo con­ce­sio­nal, como fór­mu­la para ase­gu­rar la pro­lon­ga­ción del disfrute de los de­re­chos de ex­clu­siva sin so­me­ter­se a una nueva li­ci­ta­ción (ca­so en el que se en­cuen­tran mu­chas em­presas mix­tas lo­ca­les de abas­te­ci­mien­to de aguas, en vir­tud de una in­ter­pre­ta­ción bas­tante dis­cu­ti­ble del art. 104.3.º del Re­glamen­to de Ser­vi­cios, que se re­fiere a la creación de una em­presa mix­ta por “con­ve­nio” con una em­presa ya ex­is­te­nte)» («Las con­ce­sio­nes de ser­vi­cio pú­bli­co en un con­texto li­bera­li­za­do», cit., pág. 35).

⁴⁹ En el ám­bi­to sectorial, el ar­tí­cu­lo 18, aparta­do ter­ce­ro, de la Ley 25/1988, de 29 de ju­lio, de carreteras y ca­mi­nos, al re­gu­lar la ex­plo­ta­ción de las carreteras es­ta­ta­les mediante las formas de ges­tión in­di­rec­ta de los ser­vi­cios pú­bli­cos que prevé la legis­la­ción de con­tra­tos de las Ad­mi­nis­tra­cio­nes pú­bli­cas, seña­la que «el con­tra­to de ges­tión, el con­cierto o los es­ta­tu­tos so­cia­les, en su ca­so, ha­brán de de­ter­mi­nar el cor­re­spon­diente ré­gi­men ju­rí­dico-ad­mi­nis­tra­ti­vo y eco­nó­mico-fi­nan­ciero, así como las fór­mu­las de repa­rto entre los con­tra­tantes o so­cios de los be­ne­fi­cios y ries­gos de la ges­tión». Por con­siguiente, el legis­la­dor deja de lado el fic­cio con­tra­to entre la Ad­mi­nis­tra­ción y la so­cie­dad de eco­no­mía mix­ta que im­po­nía el Re­glamen­to ge­ne­ral de con­tra­ta­ción del Es­ta­do, y des­pués el Re­glamen­to ge­ne­ral de la Ley de con­tra­tos de las Ad­mi­nis­tra­cio­nes pú­bli­cas, para es­ta­ble­cer que la de­ter­mi­na­ción de las rela­cio­nes entre las partes se lle­vará a cabo di­rec­ta­mente en los es­ta­tu­tos so­cia­les.

nuevos contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. Ni el texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas ni la Ley de contratos del sector público tienen en cuenta tal posibilidad, por lo que la forma de llevarla a la práctica sería crear primero una sociedad de capital íntegramente público y encomendarle de forma directa la tarea, dando entrada con posterioridad al socio o socios privados mediante un procedimiento de concurrencia competitiva que respete los principios y reglas comunitarios sobre selección de contratistas y concesionarios del sector público, tal como preveía de manera expresa el artículo 207 del antiguo Reglamento general de contratación del Estado para la transformación de sociedades de Derecho privado de capital íntegramente público que gestionasen servicios públicos en sociedades de economía mixta. De esta manera, nos situaríamos en el segundo supuesto de colaboración público-privada institucionalizada que contempla el Libro Verde, el de privatización de entidades públicas que llevan a cabo actividades de competencia de las Administraciones públicas. Con todo, la articulación de las relaciones entre la sociedad de economía mixta así creada y la Administración suscita dificultades no muy distintas a las que se plantean respecto de la sociedad de economía mixta como modalidad del contrato de gestión de servicios públicos.

Hay sectores de nuestro Ordenamiento donde sí está prevista normativamente la posibilidad de recurrir a sociedades de economía mixta para la gestión indirecta de actividades de titularidad pública al margen de la regulación del contrato de gestión de servicios públicos, por lo que en estos ámbitos podrían surgir supuestos de colaboración público-privada institucionalizada de la primera modalidad tipificada por el Libro Verde.

Cabe citar, en primer lugar, el caso de las carreteras y las obras hidráulicas estatales. El artículo 158, apartado primero, de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, autoriza al Consejo de Ministros para constituir una o varias sociedades estatales de las previstas por el artículo 6, apartado primero, letra *a*), del ya derogado texto refundido de la Ley general presupuestaria, aprobado por el Real Decreto legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, cuyo objeto social sea la construcción y/o la explotación de las carreteras estatales que al efecto determine el propio Consejo de Ministros. Por su parte, el apartado quinto del mismo precepto extendía la habilitación a la construcción, explotación o ejecución de obras hidráulicas, aunque luego la regulación de este supuesto fue llevada al artículo 132 del texto refundido de la Ley de aguas, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio, cuyo

apartado primero amplió el objeto social de las entidades que nos ocupan también a la adquisición de obras hidráulicas, ya sean de titularidad pública o privada.

Dado que el precepto del antiguo texto refundido de la Ley general presupuestaria que se cita en estas normas aludía a «las Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos autónomos y demás Entidades estatales de Derecho público», es evidente que se contempla la posibilidad de que se constituyan sociedades de economía mixta. Sin embargo, ni el artículo 158 de la Ley 13/1996 ni el artículo 132 del texto refundido de la Ley de aguas contienen previsión alguna sobre la forma de selección de los eventuales socios privados, y tampoco se remiten a la legislación de contratos de las Administraciones públicas para la regulación de las relaciones entre la Administración General del Estado y las sociedades que nos ocupan, sino que ambas normas prevén que dichas relaciones se articularán a través los correspondientes convenios. El convenio es también el instrumento que canalizará, en su caso, las «aportaciones que la sociedad estatal pueda recibir de otros sujetos públicos o privados», según el apartado segundo, letra c), de ambos artículos⁵⁰.

El único aspecto del régimen jurídico de estas sociedades en el que sí se produce una remisión expresa a la legislación de la contratación pública es el de los contratos que concluyan con terceros para la construcción de las obras públicas hidráulicas, que se rigen por las prescripciones de la misma en lo concerniente a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación. Sin embargo, cuando se trate de sociedades de economía mixta, esta remisión será insuficiente para cumplir los principios y reglas del Derecho de la Unión Europea sobre contratos públicos y concesiones, porque no cubre los casos en que a aquéllas se les encomiende la construcción por sí mismas de carreteras u obras públicas hidráulicas, o su explotación⁵¹. En tales supuestos habrá que acudir

⁵⁰ Antonio EMBID IRUJO aclara expresamente que las aportaciones a las que se refiere este precepto «podrían consistir tanto en participación en su capital social como en préstamos, subvenciones o donaciones para la realización de su actividad» («Público y privado en la construcción, explotación y mantenimiento de obras hidráulicas», núm. 143 de esta REVISTA, 1997, pág. 61).

⁵¹ EMBID IRUJO sostiene que «hay una voluntad legal evidente de no restringir la actividad de estas sociedades a la mera construcción, sino que se desea que puedan gestionar con posterioridad la explotación de esas obras hidráulicas. En todo caso, lo que parece obvio es que estas sociedades llevarían a cabo la construcción de las obras no directamente, sino contratando su realización con empresas constructoras que son las que realmente ejecutarían la obra hidráulica. Allí es donde cobra su sentido la referencia legal a la contratación con terceros y la aplicación de diversos principios de la LCAP que antes señalaba» («Públi-

necesariamente a un procedimiento de concurrencia competitiva, sea para seleccionar al socio o socios privados, sea para la asignación de esas tareas a la sociedad mixta de que se trate.

Un caso todavía más claro de previsión legal expresa de la constitución de sociedades de economía mixta es el de la ejecución del planeamiento urbanístico. Ya el artículo 138 de la Ley del Suelo de 1956 disponía en su apartado primero que «el Estado y las Entidades locales podrán utilizar la forma de gestión privada para las obras que hubieren de ejecutar a sus expensas, mediante la constitución de Sociedades anónimas, cuyas acciones les pertenezcan exclusivamente, o de Empresas de economía mixta entre Entidades públicas y los particulares», añadiendo en su apartado segundo que «si las obras hubieren de sufragarse en parte por una Corporación pública y en parte por los propietarios, podrán constituirse también Empresas de economía mixta entre ellos o juntamente con terceros». Más sintéticamente, el texto refundido de la Ley del Suelo de 1976, vigente todavía con carácter supletorio, dice en su artículo 4, apartado primero, que «la gestión urbanística podrá encomendarse a Órganos de carácter público, a la iniciativa privada y a Entidades mixtas», y en su artículo 138, que «el Estado y las Entidades Locales podrán constituir Sociedades Anónimas o Empresas de economía mixta, con arreglo a la legislación aplicable en cada caso para la ejecución de los Planes de Ordenación». Para desarrollar estos preceptos se dictó el Real Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre creación de sociedades urbanísticas por el Estado, los organismos autónomos y las Corporaciones locales, el cual hay que entender que sigue igualmente vigente con carácter supletorio.

El Real Decreto 1169/1978 no contiene previsiones claras sobre la selección del socio o socios privados de las sociedades mixtas urbanísticas; su artículo 5, apartado segundo, establece que «la parte del capital social que no haya de estar constituido por las aportaciones que necesariamente han de hacer alguno o algunos de los Entes públicos a que se refiere el artículo 1.1, podrá pertenecer a los propietarios afectados o a las Cajas de Ahorro», pero, a continuación, el apartado tercero del precepto concluye que «en consecuencia con lo dispuesto en los números precedentes de este artículo, habrá dos clases de acciones, una representativa de la mayoría del capital social que sólo podrá ser suscrito por los Entes públicos y transmisible entre és-

co y privado en la construcción, explotación y mantenimiento de obras hidráulicas», cit., pág. 61). Con todo, aun aceptando esta interpretación, las dificultades subsistirían en el caso de la explotación.

tos y otra representativa del resto del capital, *de libre suscripción y transmisión*». Como contrapartida, el artículo 3, apartado quinto, de la norma prohíbe expresamente que las sociedades urbanísticas ejecuten obras de manera directa, debiendo en todo caso adjudicarlas en régimen de libre concurrencia.

Con posterioridad, el artículo 6 del Real Decreto-Ley 3/1980, de 14 de marzo, de promoción de suelo y agilización de la gestión urbanística, igualmente vigente con carácter supletorio, matizó que «la participación de las Administraciones Urbanísticas en la constitución de Sociedades o en las ya constituidas para la promoción, gestión o ejecución de actividades de naturaleza urbana podrá no ser mayoritaria. En tal caso, la Sociedad quedará sometida al específico vínculo de control o ejecución que determine la Administración actuante», y habilitó también al antiguo Instituto Nacional de Urbanización para, previa autorización del Consejo de Ministros, «crear Sociedades Anónimas de Administrador único y de duración limitada, para actuaciones urbanísticas concretas con destino a viviendas de protección oficial de promoción pública», en cuyo caso «no será precisa la selección pública de la participación particular cuando dicha participación se dé a Entidades financieras o promotores de viviendas». Por su parte, el artículo 147, apartado segundo, del texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio (precepto declarado inconstitucional y nulo por la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, pero por motivos competenciales), disponía que «la Administración podrá ofrecer la suscripción de una parte del capital de la Sociedad a constituir a todos los propietarios afectados *sin licitación*. La distribución de dicha parte del capital entre los propietarios que aceptasen participar en la Sociedad se hará en proporción a la superficie de sus terrenos», de lo que se deduce que la selección de los socios privados que no fuesen propietarios de los terrenos afectados por la actuación se tenía que hacer por un procedimiento de concurrencia competitiva, tal como ratifican en la actualidad algunas leyes urbanísticas autonómicas⁵².

⁵² Así, el artículo 125, apartado segundo, de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia, establece que «la participación de la iniciativa privada en el capital social deberá realizarse con arreglo a los principios de publicidad y concurrencia inherentes a la contratación administrativa. No obstante, la administración podrá ofrecer la suscripción de una parte del capital de la sociedad a constituir a todos los propietarios afectados sin licitación. La distribución de dicha parte del capital entre los propietarios que aceptasen participar en la sociedad se hará en proporción a la superficie de sus terrenos». Por su parte, el artículo 120, apartado segundo, de la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de ordenación del territorio y urbanismo de La Rioja, presupone la se-

A las sociedades mixtas urbanísticas, en la medida en que se creen para gestionar indirectamente aspectos de la función pública urbanizadora que pueden ser encomendados a los particulares, habrá que aplicarles de manera necesaria la jurisprudencia *Teckal* en los términos expuestos en este trabajo, es decir, si esas tareas se les encargan sin pasar por un procedimiento de concurrencia competitiva, entonces el socio o socios privados de la Administración tendrán que ser seleccionados por dicho método o mediante una suscripción pública de acciones, como acaba de confirmar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 18 de enero de 2007, asunto C-220/05, *Aroux*⁵³. En cuanto a la excepción a la aplicación de estas reglas a favor de los propietarios afectados por la actuación urbanística, que preveía el artículo 147, apartado segundo, del texto refundido de la Ley del Suelo de 1992, antes citado, y siguen estableciendo algunas leyes urbanísticas autonómicas, desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea resulta aceptable siempre que, como se ha visto al tratar la colaboración público-privada contractual en la ejecución del planeamiento urbanístico, estas sociedades no ejecuten de manera directa obras de urbanización destinadas a infraestructuras y dotaciones públicas, sino que las liciten conforme a las reglas aplicables a los contratos administrativos de obras. Que es, por lo demás, lo que acertadamente dispone el artículo 3, apartado quinto, del Real Decreto 1169/1978, ya comentado⁵⁴.

La consideración legal de las sociedades de economía mixta como una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos o como una forma de articular la colaboración de los particulares en el ejercicio de ciertas funciones públicas no puede hacer olvidar que, en nuestro Ordenamiento, éstas pueden surgir también al margen de toda previsión legal expresa, cuando la Administración asume participación en el capital de una sociedad privada al ampa-

lección de los socios privados de estas sociedades por un procedimiento de concurrencia competitiva cuando dispone que «la Administración podrá ofrecer, sin licitación, la suscripción de una parte del capital de la sociedad a constituir, a todos los propietarios afectados. La distribución de dicha parte del capital entre los propietarios que acepten participar en la sociedad se hará en proporción a la superficie de sus terrenos».

⁵³ En este sentido ya se pronunciaba GÓMEZ-FERRER MORANT en «Gestión del planeamiento y contratos administrativos», cit., pág. 55; véase también ARIMANY LAMOGLIA, «La apertura al mercado de los encargos de ejecución de obras de urbanización conferidos directamente a sociedades del sector público», cit., págs. 86 y ss.

⁵⁴ De manera similar, GÓMEZ-FERRER MORANT considera que en estos casos «puede ser admisible la adjudicación directa, pero en los contratos que celebre la sociedad con terceros para la ejecución de las obras, habrá de observar los principios de publicidad y concurrencia tal y como, por lo demás, ya imponía el artículo 3.5 del RD 1116/1978, de 2 de mayo» («Gestión del planeamiento y contratos administrativos», cit., págs. 55-56).

ro del reconocimiento constitucional de la iniciativa pública en la actividad económica. En tales casos nos hallaremos ante entidades de naturaleza privada que, conforme a la jurisprudencia *Teckal*, deberán someterse a las mismas reglas que los demás sujetos privados a la hora de entablar relaciones de colaboración con las Administraciones públicas, lo que nos remite a la colaboración público-privada puramente contractual y no a la institucionalizada. A este respecto, el artículo 15, apartado quinto, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, deja claro que «el régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en este artículo no será de aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado primero haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, sin que puedan encomendarse a personas o Entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo».

Con todo, las encomiendas de gestión a entidades sujetas a Derecho privado se producen en la práctica en nuestro Derecho. De hecho, son un instrumento muy frecuente para articular las relaciones entre los entes públicos y las sociedades de capital público vinculadas a ellos, no sujetándose entonces a las prescripciones del artículo 15 de la Ley 30/1992, al no articularse mediante convenio ni tener carácter voluntario para la sociedad instrumental que las recibe.

Por eso, tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 13 de enero de 2005, asunto C-84/03, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*, el artículo 34, apartado tercero, del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, introdujo en el artículo 3, apartado primero, del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas una nueva letra *l*) que excluía del ámbito de aplicación de dicha Ley «las encomiendas de gestión que se confieran a entidades y sociedades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública». Esta norma fue modificada posteriormente por la disposición final cuarta, apartado segundo, de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, para añadir expresamente los criterios que la jurisprudencia *Teckal* impone para que se pueda considerar que existe una operación *in house*, con lo que pasó a exigirse también que sobre las entidades y sociedades citadas «la Administración que efectúa la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y entidades realicen la parte

esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan»⁵⁵.

Por su parte, el Proyecto de Ley de contratos del sector público excluía de su ámbito de aplicación, en el artículo 4, apartado primero, letra *n*), tanto «los contratos celebrados con entidades cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública o sobre las que se ejerza un control análogo al que se ostenta sobre los propios servicios, y que realicen la parte esencial de su actividad con el ente o entes que las controlan» como «las encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para la entidad que las recibe de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por quien confiere la encomienda y que se retribuyan mediante la aplicación de tarifas aprobadas por el sujeto que ostenta su control». En la tramitación parlamentaria del Proyecto, este precepto se modificó para excluir genéricamente «los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación», sin perjuicio de que dichas entidades sí puedan quedar sometidas a las prescripciones de la legislación de contratos si contratan con terceros la realización de las prestaciones objeto del encargo⁵⁶. Por su parte, el artículo 24, apartado sexto, tal como ha resultado de la tramitación parlamentaria, aplica los criterios *Teckal* para determinar cuándo «los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos» de los distintos «poderes adjudicadores»: que realicen la parte esencial de la actividad con dichos poderes adjudicadores y que éstos ostenten un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios, lo cual se entiende en todo caso que ocurre «si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan». En el supuesto de las sociedades mercantiles, se exige también que la totalidad de su capital sea de titularidad

⁵⁵ Sobre las insuficiencias de la anterior redacción, que aludía sólo a la titularidad pública de la totalidad del capital de la sociedad, para satisfacer los criterios de la jurisprudencia *Teckal*, véase ARIMANY LAMOGLIA, «Sombras sobre los encargos directos de gestión a las sociedades mercantiles locales (crónica de la Sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, Asunto C-458/03, Parking Brixen GmbH)», cit., págs. 63 y ss., así como SOSA WAGNER y FUERTES LÓPEZ, «¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación *in house*)», cit., pág. 6.

⁵⁶ Esta modificación, como la del artículo 24, apartado sexto, del que se hablará a continuación, fueron fruto de una transacción en la Ponencia del Congreso partiendo de las encomiendas núms. 155 y 162 del Grupo parlamentario socialista.

pública. Por lo demás, la condición de medio propio y servicio técnico «determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas».

Por lo que se refiere a las sociedades de economía mixta, estas reformas legales reafirman lo que ya se deducía del artículo 15, apartado quinto, de la Ley 30/1992, es decir, que cuando no se crean de manera específica para gestionar indirectamente un servicio público o colaborar en el ejercicio de una función pública de acuerdo con una previsión legal expresa, el encargo a las mismas de la realización para las Administraciones públicas de tareas de objeto contractual debería quedar sujeto a la legislación de contratación pública sin más particularidades.

IV.2. *La aplicación de la jurisprudencia Teckal más allá del caso de las sociedades de economía mixta: los consorcios y las fundaciones mixtas*

El artículo 6, apartado quinto, de la Ley 30/1992 prevé que «cuando la gestión del convenio haga necesario crear una organización común, ésta podrá adoptar la forma de consorcio dotado de personalidad jurídica o sociedad mercantil. Los estatutos del consorcio determinarán los fines del mismo, así como las particularidades del régimen orgánico, funcional y financiero». De aquí tanto se podría deducir que la forma de consorcio y la de sociedad mercantil son intercambiables en cuanto a los sujetos que los integran, como que se formulan de manera alternativa precisamente porque sólo en la sociedad mercantil es posible dar entrada a colaboradores privados. Sin embargo, en el ámbito local hay un reconocimiento legal expreso de que los consorcios admiten la presencia de entidades privadas entre sus integrantes, a través del artículo 87, apartado primero, de la Ley reguladora de las bases de régimen local, que establece que «las entidades locales pueden constituir consorcios con otras Administraciones públicas para fines de interés común o con entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público, concurrentes con los de las Administraciones públicas». Igualmente, el artículo 12, apartado segundo, del Reglamento de gestión urbanística, aprobado por el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, y todavía vigente con carácter su-

pletorio, así como algunas leyes urbanísticas autonómicas⁵⁷, permiten dar entrada en los consorcios urbanísticos a sujetos privados.

De esta manera, los consorcios pueden convertirse en entidades mixtas y, eventualmente, dar lugar a colaboración público-privada institucionalizada en el sentido del Libro Verde de 30 de abril de 2004. Esto último ocurrirá cuando al consorcio mixto se le encomiende la ejecución de tareas que coincidan con las que son objeto de colaboración público-privada en el sentido del Libro Verde; en el ámbito local, normalmente, la gestión de servicios públicos, y en el de la gestión urbanística, actividades que quizá encajarían en el objeto de los nuevos contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. Ahora bien, es preciso tener en cuenta también que el artículo 6, apartado quinto, de la Ley 30/1992 prevé en su último párrafo que «para la gestión de los servicios que se le encomienden [al consorcio] podrá utilizarse cualquiera de las formas previstas en la legislación aplicable a las Administraciones consorciadas». Así pues, sólo podría hablarse en rigor del consorcio mixto como forma de colaboración público-privada institucionalizada cuando lleve a cabo directamente las tareas que se le encomiendan; si acude a la gestión indirecta de las mismas mediante contratos con terceros, a efectos del Derecho de la Unión actuará en la posición de las Administraciones titulares de dichas actividades y no en la de un colaborador privado.

La gestión directa por parte de un consorcio mixto de servicios o actividades de titularidad pública coloca a éste, desde el punto de vista del Derecho de la Unión, en una posición equiparable a la de una sociedad de economía mixta. Dado que esa gestión no se le atribuye a través de un procedimiento de concurrencia competitiva, la jurisprudencia *Teckal* impondría en principio la elección de los integrantes privados de tales consorcios por dicho método. No obstante, en este punto hay que recordar la restricción que establece el artículo 87, apartado primero, de la Ley de bases de régimen local en cuanto a la ausencia de ánimo de lucro en las entidades privadas que se pueden integrar en los consorcios. Esto nos lleva al terreno de los servicios de carácter social y asistencial que se prestan al margen de las reglas del mercado y que quedan excluidos de la aplicación de la normativa comunitaria de contratación pública, así como también de los princi-

⁵⁷ Cabe citar los artículos 76, apartado primero, de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del suelo de la Comunidad de Madrid; 115, apartado segundo, de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial de Extremadura; 93, apartado segundo, de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía, y 107, apartado segundo, del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio y de la actividad urbanística de Castilla-La Mancha, aprobado por el Decreto legislativo 1/2004, de 28 de diciembre.

pios y normas relativos a la selección de los concesionarios de servicios; por consiguiente, tampoco les sería aplicable la jurisprudencia *Teckal*. En cambio, la conclusión debe ser la contraria en el caso de los consorcios mixtos urbanísticos, pues no hay duda del carácter económico de las tareas que se les encomiendan ni de la finalidad de lucro que persiguen los sujetos privados que se integran en ellos.

Similares conclusiones cabe aplicar a las fundaciones de carácter mixto, cuya existencia se presupone con toda normalidad en la legislación sobre la materia; así, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, considera en su artículo 44 que son fundaciones del sector público estatal tanto aquellas que se constituyen con una aportación *mayoritaria*, directa o indirecta, de la Administración general del Estado o sus entes instrumentales como aquellas otras cuyo patrimonio fundacional está formado *en más de un cincuenta por ciento* por bienes o derechos aportados por las referidas entidades. A este respecto se debe subrayar que, por definición, las fundaciones son siempre «organizaciones constituidas sin fin de lucro» (art. 2, apartado primero, de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones).

Con todo, incluso para los consorcios mixtos en los que participan entidades sin ánimo de lucro y para las fundaciones mixtas, la exclusión de las reglas comunitarias ha de ser matizada. El mero hecho de que en un consorcio o en una fundación participe un sujeto privado sin ánimo de lucro como colaborador de la Administración no exime a la entidad mixta así constituida del cumplimiento de los principios y reglas del Derecho de la Unión sobre contratos públicos y concesiones; lo que, en su caso, produciría la exclusión es el carácter no económico del servicio o actividad que el consorcio o la fundación mixta gestione directamente.

V. LOS CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS DE OBJETO CONTRACTUAL; EN ESPECIAL, LOS SUPUESTOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y DE CREACIÓN DE ENTIDADES INTERADMINISTRATIVAS

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 13 de enero de 2005, asunto C-84/03, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*, ya citada en este trabajo al abordar la tipología comunitaria de las formas de colaboración público-privada, provocó la modificación de la letra c) del artículo 3, apartado primero, del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas mediante el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, para matizar la exclusión del ámbito de aplicación de aquél de los «convenios de cola-

boración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí». Así, dichos convenios pasaron a quedar excluidos solamente cuando «la materia sobre la que verse[n] no sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios, o... siendo objeto de tales contratos su importe sea inferior, respectivamente, a las cuantías que se especifican en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2». Sin embargo, con ello no quedaron resueltos todos los problemas que desde el punto de vista del Derecho de la Unión plantea esta exclusión, en la medida en que la misma seguía siendo de aplicación a ciertos convenios interadministrativos de objeto contractual celebrados entre entes no vinculados entre sí por una relación de instrumentalidad⁵⁸.

En primer lugar, la redacción modificada del precepto no mencionaba el contrato de concesión de obras públicas, a pesar de que está parcialmente sometido a la normativa comunitaria de contratación pública. En segundo lugar, tampoco aludía al contrato de gestión de servicios públicos, cuando, como ya se ha expuesto, el que no sea reconocido como tal por la normativa comunitaria no impide que en algunos casos pueda encajar en las tipologías contractuales que aquella regula; asimismo, también se ha visto que aun en los casos en que el contrato de gestión de servicios públicos admite la calificación de concesión de servicios públicos a efectos del Derecho de la Unión Europea y, por tanto, no entra en el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria de contratación pública, eso no significa que quede excluido de la aplicación de otros principios y reglas generales del Ordenamiento jurídico comunitario, en los términos expresados por la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario⁵⁹. Para acabar, esta última objeción afectaría igualmente a los contratos de cuantía inferior a los umbrales que de-

⁵⁸ Por lo demás, en la legislación sectorial subsisten normas contrarias al Derecho de la Unión del mismo tenor que la modificada. Así, el artículo 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, citado en el texto en relación con las sociedades de economía mixta, extiende en su apartado cuarto la aplicación del régimen de relaciones a través de convenio que prevé su apartado segundo para las sociedades estatales contempladas por el precepto a «cualesquiera relaciones que la Administración General del Estado establezca con otras empresas públicas para la construcción y/o explotación de carreteras estatales». Por consiguiente, se permite que la Administración General del Estado encargue a través de convenio tareas de objeto claramente contractual a cualquier tipo de «empresa pública», incluidas las que no guarden relación de instrumentalidad con ella en el sentido de la jurisprudencia *Teckal*.

⁵⁹ Véase, en el mismo sentido, ARIMANY LAMOGLIA, «Sombras sobre los encargos directos de gestión a las sociedades mercantiles locales (crónica de la Sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, Asunto C-458/03, Parking Brixen GmbH)», cit., pág. 62.

terminan la aplicación de la normativa comunitaria de contratación pública, de acuerdo con la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos, o sólo parcialmente cubiertos, por las Directivas sobre contratación pública.

El Proyecto de Ley de contratos del sector público corregía sólo muy limitadamente estos defectos en su artículo 4, apartado primero, letra c), ya que dejaba al margen de la exclusión de la aplicación de la normativa contractual los convenios interadministrativos que «por su naturaleza y cuantía, tengan la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada». Dichos contratos son, conforme al artículo 13, apartado primero, del Proyecto y ahora de la Ley, «los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en todo caso, y los contratos de obras, los de concesión de obras públicas, los de suministro, y los de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II, cuyo valor estimado, calculado conforme a las reglas que se establecen en el artículo 76, sea igual o superior a las cuantías que se indican en los artículos siguientes, siempre que la entidad contratante tenga el carácter de poder adjudicador», así como los contratos subvencionados por esas entidades a los que se refiere el artículo 17 del texto. Por consiguiente, quedaba contemplado el caso de los convenios interadministrativos de objeto coincidente con los contratos de concesión de obras públicas (y también el de aquellos cuyo objeto coincida con los nuevos contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado), pero se mantenía la omisión de los contratos de gestión de servicios públicos y de los de cuantía inferior a los umbrales de aplicación de la normativa comunitaria de contratación pública. Esta dificultad se solventó en la tramitación parlamentaria del Proyecto por el sencillo expediente de sustituir la expresión «contratos sujetos a regulación armonizada» por «contratos sujetos a esta ley»⁶⁰.

Así pues, queda definitivamente claro que la colaboración entre entes públicos que no mantengan entre sí una relación de instrumentalidad entendida conforme a los criterios de la jurisprudencia *Teckal*, cuando tenga el mismo objeto que las distintas formas de colaboración público-privada contractual a las que son de aplicación los principios y normas del Derecho de la Unión, no puede canalizarse por

⁶⁰ A tal efecto, la Ponencia del Congreso incorporó la enmienda núm. 153 del Grupo parlamentario socialista. Más radicalmente, pero con la misma intención de dar pleno cumplimiento a las exigencias del Derecho de la Unión Europea, la enmienda núm. 44 del Grupo parlamentario popular proponía la supresión total de la excepción relativa a los convenios interadministrativos.

vía convencional al margen de este último. Dicho de otra forma, los entes públicos sin relación de instrumentalidad con aquellos a los que van a prestar su colaboración quedan equiparados a estos efectos a sujetos privados, con lo que les son aplicables en principio todas las consideraciones realizadas en este trabajo acerca de la colaboración público-privada. En particular, la encomienda de gestión como instrumento jurídico del que disponen las Administraciones públicas en nuestro Ordenamiento para encargar la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios a otras Administraciones públicas quedaría excluida en estos supuestos, tal como ocurre en el caso de las personas físicas o jurídicas sujetas a Derecho privado según el apartado quinto del artículo 15 de la Ley 30/1992, del que se ha hablado en el epígrafe anterior de este trabajo.

Sin embargo, con ello no quedan resueltas todas las dudas que plantea desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea el régimen jurídico de las relaciones de colaboración entre entidades públicas, como admite la propia Comisión en el último párrafo del apartado 4.2 de su Comunicación de 15 de noviembre de 2005. Por lo que al Derecho español se refiere, hay que hacer referencia al caso de la creación de entidades interadministrativas a las que se asignan directamente tareas que pueden ser objeto de las formas de colaboración público-privada: consorcios o bien sociedades públicas o fundaciones constituidas por la aportación de dos o más Administraciones públicas.

La jurisprudencia *Teckal* no deja claro si a este tipo de entidades se las debe considerar medios instrumentales propios de las Administraciones que las constituyen o, por el contrario, son terceros sin relación de instrumentalidad en sentido estricto. Con todo, en la medida en que tales entidades no tengan participación privada y normalmente no ofrezcan sus servicios en el mercado, sino que se limiten a realizar las tareas que les encomienden las Administraciones públicas que las controlan, parece que cumplirían los criterios de la jurisprudencia *Teckal* para ser excluidas de los principios y reglas comunitarios de selección de contratistas y concesionarios⁶¹.

Así lo acaba de confirmar el Tribunal de Justicia de la Unión en su sentencia de 19 de abril del 2007, asunto C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales*, relativa a la empresa pública española «Empresa de Transformación Agraria, S.A.» (Tragsa), cuyo capital pertenece en un noventa y nueve por ciento a la Administración Ge-

⁶¹ Véase, en el mismo sentido, GIMENO FELIÚ, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, cit., págs. 144-145 y 150-151.

neral del Estado y en un uno por ciento a las Comunidades Autónomas de Madrid, Castilla-La Mancha, Cantabria y Navarra, titulares cada una de una acción, y que realiza la mayor parte de su actividad para las Administraciones públicas⁶². Esta sentencia supone una importante matización a la jurisprudencia *Teckal* cuando se ha de aplicar a los entes interadministrativos, porque se admite que haya control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios con una participación en el capital social puramente simbólica; de ahí falta sólo un paso para aceptar una solución como la introducida en el artículo 24, apartado sexto, de la Ley de contratos del sector público durante su tramitación parlamentaria, en virtud del cual se considera que ese control se da si a los entes que nos ocupan se les pueden conferir «encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan», con independencia de que exista o no participación en el capital o en la estructura organizativa de los mismos por parte de las Administraciones encomendantes⁶³.

VI. CONCLUSIONES

Si, como se ha tratado de hacer en este trabajo, se examinan las instituciones jurídicas que en un Ordenamiento concreto se ven afectadas por la reflexión de la Comisión Europea sobre la colaboración

⁶² Señala el fallo de la sentencia que «las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, no se oponen a un régimen jurídico como el atribuido a Tragsa, que le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido por dichas Directivas, en cuanto empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades públicas, desde el momento en que, por una parte, las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades». Sobre el régimen jurídico de «Tragsa», es obligado remitirse a Carlos AMOEDO SOUTO, *Medios propios de la Administración y huida del Derecho administrativo*, Atelier, Barcelona, 2004; por lo que respecta a la aplicación de la jurisprudencia *Teckal* a «Tragsa» con anterioridad a la sentencia citada, véase *ob. cit.*, págs. 105 y ss. En relación con el asunto que ha dado lugar a dicha sentencia puede consultarse también SOSA WAGNER y FUERTES LÓPEZ, «¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación *in house*)», *cit.*, págs. 6 y ss.

⁶³ La disposición adicional trigésima de la Ley de contratos del sector público actualiza el régimen jurídico de «Tragsa» en la línea apuntada.

público-privada, se llega a la conclusión de que en dicha reflexión hay algo de excesivo que explica que el camino abierto por el Libro Verde de 2004 no haya tenido continuidad. La preocupación inicial de la Comisión por instrumentos aparentemente novedosos pero que en realidad hunden sus raíces en los mismos orígenes del Estado contemporáneo, los cuales se estarían utilizando para eludir, unas veces de manera lícita y otras de forma claramente fraudulenta, la prohibición del déficit público excesivo, ha hecho emerger la íntima relación que guarda la externalización de la provisión de bienes y servicios que las Administraciones públicas no pueden o no quieren proporcionarse por sí mismas con todo el campo de la organización administrativa. Porque, en último término, la decisión sobre si recurrir a los propios medios, al *in house providing* en la terminología comunitaria, o externalizar tiene un carácter organizativo altamente discrecional y, por tanto, con perfiles de oportunidad político-administrativa que las instituciones de la Unión no pueden menos que respetar. Así lo impone el principio de autonomía institucional de los Estados miembros.

Lo que no valen son los subterfugios a los que tan acostumbrados nos tiene una cierta ingeniería jurídico-administrativa. Si las Administraciones públicas quieren dejar en casa los contratos, lo que en rigor supone optar por no contratar, tienen que resolver la provisión de bienes y servicios que precisan para desarrollar su actividad verdaderamente en su propio ámbito organizativo interno; y si desean externalizar ciertas tareas, entonces han de respetar los principios comunitarios que imponen la selección del proveedor externo por un procedimiento de concurrencia competitiva que garantice la no discriminación y la objetividad en el servicio a los intereses generales, principios que, en realidad, también están en nuestra Constitución. Ésta es la clave a través de la cual debe ser entendida toda la reflexión de la Comisión sobre la colaboración público-privada: las Administraciones públicas no pueden falsear la competencia favoreciendo arbitrariamente con sus encargos a unos operadores económicos privados frente a otros o haciéndoles la competencia desleal mediante sus entes instrumentales.

Sólo cuando los Estados miembros asuman que no hay atajos en ese camino se terminarán o, si se quiere ser menos optimista, se reducirán los conflictos jurídicos que se producen por esta causa. Pero por parte de la Comisión y, en general, de las instituciones de la Unión se requiere también un esfuerzo mayor que el desarrollado hasta el momento a la hora de perfilar los criterios para distinguir lo que son opciones organizativas legítimas, justificadas en el mejor servicio a los intereses generales (lo que incluye también el complejo mundo de las

relaciones interadministrativas), de las prácticas censurables desde el punto de vista de la tutela de la libre competencia. Aún queda espacio por recorrer antes de alcanzar el necesario equilibrio, y a la doctrina científica le corresponde ayudar a clarificar los conceptos en un terreno donde lo novedoso, conviene repetirlo una vez más, no son casi nunca las instituciones con las que nos encontramos, sino su consideración desde esta perspectiva.

La reflexión comunitaria sobre la colaboración público-privada no nos impone dar un tratamiento jurídico unitario a instituciones profundamente heterogéneas entre sí en nuestra tradición jurídica; lo que nos impone es realizar los ajustes necesarios en aquéllas para que dejen de presentar problemas de adaptación al Derecho de la Unión. Por eso, con carácter general, no parece que lo más adecuado sean soluciones radicales como la adoptada por la Ley de contratos del sector público, que revoluciona la sistemática de la legislación contractual administrativa e incluso inventa conceptos que no coinciden con los utilizados en el resto del Ordenamiento jurídico-administrativo, para luego mantener en muchos casos contenidos que merecían una revisión en profundidad no sólo con el fin de obtener su plena compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea, sino también por puros motivos de técnica jurídica.