

Antecedentes históricos y evolución en la regulación de las diferentes formas de colaboración público-privada. Novedades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público

Pilar Cobos Ruiz de Adana

Subdirectora Jefe de la Asesoría Jurídica de la
Presidencia del Tribunal de Cuentas

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo la presentación de las bases conceptuales y jurídicas que, tanto históricamente como en la actualidad, definen y delimitan las diferentes formas de colaboración público-privada.

En un primer epígrafe se expone la evolución de la actividad multilateral de la Administración Pública: desde los postulados clásicos del Derecho administrativo –la distinción entre acto administrativo y contrato– y el nacimiento de la figura del contrato administrativo en Francia y España hasta las instituciones que la práctica va imponiendo y que vienen a demostrar la posibilidad de atender con normalidad la gestión de los servicios públicos con régimen y medios privados, procediéndose a revisar conceptualmente las diferentes fórmulas posibles de gestión pública.

En la segunda parte del trabajo se definen y analizan los aspectos conceptuales de la configuración actual de la colaboración privada con la Administración Pública, exponiéndose el fenómeno, ya clásico, de «huida del Derecho administrativo», tanto en su vertiente subjetiva como objetiva, y destacándose cómo los nuevos modelos de gestión tratan de superar, en no pocas ocasiones, limitaciones presupuestarias y económico-financieras, así como de régimen jurídico. En el centro de

todo el nuevo sistema aparece, como no podía ser de otra manera en el Estado de Derecho, el principio de legalidad que ha de guiar la actuación de las Administraciones Públicas, sea ésta llevada a cabo mediante instrumentos regulados por el Derecho público o el Derecho privado.

Finalmente, en el tercer epígrafe se exponen las principales novedades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de 2007, de Contratos del Sector Público, donde se constata, junto a la regulación de las figuras clásicas y el nacimiento de una nueva figura contractual de Derecho administrativo, cómo es el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, que el nuevo sistema legal deja de hacer pivotar la teoría del contrato de las Administraciones Públicas sobre el contrato administrativo, para poner el énfasis en la regulación, principalmente, de los procedimientos de preparación y adjudicación de los contratos que pueden celebrar toda la variada gama de sujetos y entidades que forman parte del sector público actualmente.

1. EVOLUCIÓN DE LA ACTIVIDAD MULTILATERAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Como advirtiera Garrido Falla, el problema de enfrentar al Estado con el cumplimiento de sus fines da lugar al planteamiento de dos cuestiones distintas: la primera es la relativa a la determinación de esos fines; la segunda se refiere a la actividad desplegada para realizarlos. A este planteamiento clásico cabe añadir un elemento más: el de la determinación del régimen jurídico al que someter dicha actividad.

Con independencia de los planteamientos y de las respuestas que desde la teoría política han abordado la problemática de los fines del Estado, lo cierto es que la ampliación cuantitativa de dichos fines y el correlativo intervencionismo público, en todos los órdenes de la vida, característico del Estado social vigente, han influido decisivamente tanto en las formas de la actividad pública como en el régimen jurídico desarrollado para conseguir los fines estatales. Tan característico del Estado actual es su aspecto empresarial o de proveedor de servicios, como el incremento decisivo de los poderes de policía, reglamentación y supervisión de la vida de los particulares, que ostenta el Estado. La convivencia de los regímenes jurídicos público y privado en las diferentes formas de actuación del Estado, y más concretamente de las Administraciones Públicas, es desde hace muchos lustros una realidad, y la evolución habida, desde las formas más pu-

ras de actuación del *régime administratif* a las que hoy conocemos, tanto desde el punto de vista subjetivo como en cuanto a su contenido y régimen, constituye uno de los temas centrales del Derecho administrativo de nuestros días.

Ya señalaba Alessi que la gestión que realiza la Administración en cumplimiento de los fines del Estado se lleva a cabo bien en el marco del Derecho público, desde una posición de supremacía en la que dispone de la titularidad de una serie de privilegios, bien en el marco del Derecho privado a través del cual la Administración, en vez de imponer su voluntad al particular, desciende a tratar con él desde su misma posición jurídica. Sin embargo, aun en este caso, tratándose del Derecho privado como normativa reguladora de este tipo de relaciones, van a encontrarse una serie de elementos jurídico-públicos que condicionan la actuación administrativa y definen su estatus. El punto de partida es, en sí mismo, revelador, ya que cabe preguntarse qué sujeto, si no es el poder público, está facultado, en el desarrollo de las relaciones con terceros, para establecer y determinar el régimen jurídico, público o privado, por el que va a disciplinar su actividad.

Así, desde un punto de vista académico, puede afirmarse que, en un Estado de Derecho, el acto administrativo y el contrato son las dos modalidades típicas de actuación para la realización de los fines del Estado. En principio, la Administración, titular subordinado del poder en virtud del principio de legalidad, actúa mediante actos y procedimientos unilaterales: ordena, autoriza, prohíbe, manda, cesa, sanciona, expropia. En todos estos casos, si bien ha de actuar con arreglo a un procedimiento y un régimen jurídico definido, la Administración actúa como poder y ejerce su autoridad. En palabras de Otto Mayer, «la Administración manda unilateralmente». En otras ocasiones, el Estado social sobre el que descansa, en gran medida, el bienestar de los ciudadanos («la procura existencial», que decía Forsthoff) necesita no sólo privatizar su régimen jurídico, sino contar también con el concurso de la iniciativa privada para la provisión de bienes y prestación de servicios para sí o para los ciudadanos.

La elección de una u otra modalidad, o la interconexión de ambas, para la realización de los fines del Estado dependerá, entre otros factores, de la disponibilidad financiera y de la mayor eficacia y capacidad de gestión de cada Estado, además, lógicamente, de la tendencia ideológica predominante. Hay autores que sostienen que la actuación unilateral resulta más ventajosa que la vinculación contractual; pero ello exige un Estado fuerte, dotado de capacidad de actuación, de una burocracia sólida y de medios económicos suficientes,

como lo fueron Alemania o Gran Bretaña a finales del siglo XIX, y donde el «contrato de Derecho administrativo» no llegó nunca a cristalizar. Por el contrario, un Estado más débil y una Administración endeudada tendrán que acudir al contrato para la realización de las obras y servicios, como le ocurrió a España y, en menor medida, a Francia en los siglos XIX y XX.

En todo caso, y más allá de cuáles sean las circunstancias que lo motiven, lo cierto es que, en un Estado de Derecho, como el nuestro, la Administración debe actuar a través de actos que estén tipificados en la ley, adopten éstos la forma de actos administrativos o de contratos, según la disponibilidad de la materia sobre la que versen. Ahondando en la posición de la Administración hay que decir que, además, los «privilegios» de que goza la Administración, por ser *potentior persona*, como interpretar, suspender, modificar o rescindir el contrato, se ven, en cierto modo, compensados por las obligaciones y cargas que el ordenamiento jurídico impone a sus actuaciones: la primera, respetar un procedimiento tasado, además de, en su caso, la obligación de compensar al particular afectado y restablecer el equilibrio económico. De modo que, aun partiendo de privilegios subjetivos, el contrato preserva la igualdad de las prestaciones de las partes no en la dirección y control del contrato, que, tradicionalmente, corresponderá siempre a la Administración, como titular del servicio público, sino en el orden económico, a través del justo precio y la obligación de compensar. Es lo que García de Enterría llama articulación causal de las prestaciones y equilibrio económico, que se predica de cualquier tipo de contratos, sean éstos públicos o privados.

La contratación, no obstante, siempre fue históricamente considerada materia privada, encomendada en algunos países a una persona jurídica ficticia, como el Fisco en Alemania, o asignada a la persona privada del Príncipe, a quien se le atribuía una doble personalidad. El contrato administrativo es una construcción típica del Derecho francés y del nuestro propio, y en principio puramente procesal. La primera sistematización francesa de Derecho administrativo se hizo justamente sobre la distinción entre «actos de autoridad» –cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa y en los que la Administración se ve revestida de *imperium*– y «actos de gestión» –que conoce la jurisdicción ordinaria y en los que la Administración actúa desprovista de *imperium* y se somete a los modos de gestión del Derecho privado–. El contrato se considera como el tipo mismo de los actos de gestión, es decir, de aquellas actuaciones que la Administración lleva a cabo despojada de *imperium*, en posición de igualdad con los particulares. No obstante, posteriormente se cate-

gorizan en Francia y en España unos especiales «actos de gestión», que son determinados contratos, cuyo conocimiento se atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa, y en los que la Administración aparece revestida de autoridad. Para García de Enterría, el origen es puramente procesal, no existen razones dogmáticas. Gaspar Ariño entiende, sin embargo, que la razón por la que surge la figura del contrato administrativo no es puramente procesal, sino que hay una especial importancia política para la vida del Estado y de la sociedad, que exigía una protección especial de algunas operaciones contractuales, que no podían verse afectadas por las rigideces y sistema de garantías que ofrecía el Derecho común. Éstos eran básicamente tres tipos de contratos: la venta de bienes nacionales, los suministros al ejército y la construcción de obras públicas.

Ante este origen histórico, y pese a la configuración del contrato administrativo que posteriormente hace la Escuela de Burdeos y la tesis sustantivadora de esta figura, a través de la doctrina del servicio público, como criterio fundamental del Derecho administrativo, y la influencia que históricamente han tenido en nuestra legislación de contratos años después, esta concepción entrará en crisis, y tras la Segunda Guerra Mundial se comprueba la posibilidad de atender con normalidad a la gestión de los servicios públicos con medios privados, procediéndose a revisar, tanto desde el punto de vista práctico como conceptual, las distintas fórmulas posibles de gestión pública.

Cabe afirmar, por ello, que, en los distintos momentos históricos, la satisfacción de las necesidades públicas o las prestaciones que el Estado asume como tales se lograrán mediante una u otra técnica, incluida la contractual, y ésta será calificada como ordinaria o privada, o como pública, según las circunstancias concurrentes y la especial protección que el sector de que se trate demande. Puede decirse, con Gaspar Ariño, que el contrato administrativo, al igual que sucede con otras instituciones del Derecho público, no posee una naturaleza fija o inmutable, no es una esencia, sino una existencia histórico-jurídica en función de la especial protección que el fin público persigue.

El concepto de contrato estatal o contrato del Estado, en el que la presencia pública en la relación la transforma, según el régimen de Derecho administrativo típico de Francia y de España, o en el que esa misma presencia la deja aparentemente inalterada, según el Derecho común, como en Alemania, Gran Bretaña, Italia o Estados Unidos, no ha dejado de ser una figura sujeta a estudio, a revisión e incluso a sustitución por nuevas fórmulas. Es evidente, no obstante, que, en la práctica, hay aspectos comunes a todos los modelos porque incluso

en los países en que la figura del contrato administrativo no existe, los contratos que celebra el Estado revisten numerosas particularidades, excepciones al Derecho común, bien por la vía de las estipulaciones contractuales, bien por el reflejo sobre el contrato de un conjunto de privilegios subjetivos que son consustanciales al Estado y que le sitúan en una cierta posición de superioridad frente al contratista.

En el caso de los países de régimen administrativo, por su parte, estas figuras han evolucionado siguiendo nuevos modelos de gestión e impulsadas por necesidades de financiación. Las fórmulas de gestión con arreglo al Derecho privado proliferan notablemente en un sistema en el que tampoco la Administración se ha desprovisto de sus privilegios subjetivos. Dentro, por tanto, del supuesto genérico de actuación concurrente de la Administración y otros sujetos se encuentran figuras muy diferentes, que oscilan desde la constitución de una persona jurídica *ad hoc* para la consecución de un fin, con arreglo al Derecho privado, o sin que tenga lugar el nacimiento de una nueva persona jurídica, la celebración de convenios con otras personas jurídico-públicas o privadas, y, evidentemente, la utilización de las clásicas figuras contractuales, bien sea con arreglo al Derecho administrativo o al privado, alcanzando un alto grado de regulación normativa, como de aplicación práctica, los contratos de obras, de gestión de servicios públicos, de suministro y de servicios, e incorporándose al ordenamiento jurídico nuevas figuras, como el contrato de concesión de obras públicas.

2. ASPECTOS CONCEPTUALES DE LA CONFIGURACIÓN ACTUAL DE LA COLABORACIÓN PRIVADA CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Esbozada la actuación de la Administración para la consecución de sus fines sin emplear los medios de autotutela, es necesario a continuación profundizar en el significado actual de las fórmulas negociales o convencionales. Así, para la Teoría General del Derecho contrato es todo acuerdo de voluntades por el cual los interesados se obligan. La doctrina civilista sitúa al contrato así concebido como la institución central del Derecho.

En el ámbito del ordenamiento jurídico privado la idea de contrato se aplica, en su acepción más general, para designar todos los negocios jurídicos bilaterales. Sin embargo, en un sentido propio, más restringido, el concepto de contrato se aplica exclusivamente respecto de todos aquellos negocios jurídicos que inciden sobre relacio-

nes jurídicas patrimoniales, definiéndose así como el negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral.

Por su parte, el concepto de convenio se identifica con el de contrato en la medida en que el convenio es un acuerdo de voluntades. Ahora bien, cuando de ese acuerdo de voluntades se derivan obligaciones para las partes, el concepto de convenio se transforma en negocio jurídico, y pasa a configurarse como contrato en sentido amplio. Cuando un acuerdo de voluntades con contenido obligatorio incide sobre relaciones jurídicas patrimoniales, se estará ante un contrato en sentido estricto. De este modo, retomando una expresión de la doctrina civilista, «si bien contratar es siempre convenir, convenir no es siempre contratar».

En este sentido, si las notas características del contrato son la articulación causal de las prestaciones y el intercambio de contenido patrimonial o económico, las notas definitorias de los convenios son la existencia de intereses convergentes y la realización de prestaciones o aportaciones no contrapuestas, sino dirigidas a un fin común. Habrá que ver qué sucede, sin embargo, cuando las Administraciones Públicas utilizan la forma del convenio para conseguir los objetivos del contrato. Ésta es la cuestión de fondo a la que se pretende dar respuesta.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, define, en su artículo 2.1, los contratos del sector público como los contratos onerosos que celebren los órganos y entes del sector público; establece, en sus artículos 19 y 20, la tradicional división de nuestro Derecho administrativo entre contratos administrativos y contratos privados; y excluye de su ámbito los convenios, salvo que por su naturaleza o por su objeto tengan la consideración de contratos sujetos a esa Ley. Así, el artículo 4.1 dispone lo siguiente:

«Artículo 4. Negocios y contratos excluidos.

c) Los convenios de colaboración que celebra la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las universidades públicas, las Comunidades Autónomas, la Entidades Locales, organismo autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley.

d) Los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.»

Por su parte, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedi-

miento Administrativo Común –en adelante, LRJPAC–, contiene una habilitación genérica para la celebración de convenios de colaboración entre Administraciones Públicas, en los artículos 6 y siguientes, y Disposición adicional decimotercera. Pero se trata de convenios interadministrativos, excluidos del ámbito de aplicación de la legislación de contratos, tal como establece el artículo 4.1.c) de la Ley de Contratos del Sector Público, antes referido, suprimiéndose esta exclusión si, por su naturaleza, tuvieran la consideración de contratos.

También la LRJPAC, en su artículo 88, habilita a la Administración para la celebración de determinado tipo de convenios, pactos o acuerdos con particulares, que deben tener el alcance, los efectos y el régimen jurídico que en cada caso prevea la disposición que los regule. Como en el caso anterior, es decir, el de los convenios interadministrativos, están excluidos de la aplicación de la Ley de Contratos, según el artículo 4.1.d) antes referenciado. Sin embargo, si su objeto estuviera comprendido en el de los contratos regulados en ese texto legal, pasarán a regirse, necesariamente, por la normativa contractual.

Sin perjuicio de lo anterior, aunque con un alto grado de indeterminación, la Ley de Contratos del Sector Público introduce, como novedad, un nuevo tipo de contrato administrativo, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, en el artículo 11, que, con las peculiaridades propias de su régimen específico, la Ley lo configura como un auténtico contrato administrativo y lo regula con este carácter.

Ahora bien, ante este escenario que engloba realidades, hasta la fecha muy distintas, se plantea la necesidad de profundizar en el análisis de qué es lo que ha sucedido en la actuación pública en los últimos años y cuáles han sido los antecedentes de la nueva regulación introducida por este reciente texto legal.

Ampliamente conocido y constatado en la práctica es el fenómeno de la llamada «huida del Derecho administrativo», consistente en la permanente búsqueda por parte de los gestores públicos de fórmulas de actuación que permitan la elusión de las rigideces y controles que imponen las leyes administrativas, amparados en una pretendida mayor eficacia y celeridad en la consecución de sus objetivos.

Dicho fenómeno tiene su plasmación más conocida y estudiada en la creación de entes instrumentales que pretenden eludir total o parcialmente las limitaciones de las requeridas normas administrativas. No obstante, el recurso a estas nuevas formas de gestión ha contado, generalmente, con el pertinente apoyo normativo, lo que ha amparado, en la mayoría de los casos, su legalidad formal.

Junto a estas fórmulas subjetivas han alcanzado, asimismo, desarrollo otros instrumentos jurídicos alternativos a los tipificados por el Derecho administrativo, que tratan de atender nuevas necesidades, pero que, en ocasiones, carecen del necesario apoyo normativo, imprescindible para la actuación de los sujetos públicos en el Estado de Derecho. Una de estas fórmulas ha sido, en ocasiones, la utilización de los convenios, obviando con ello las exigencias que la legislación de contratos y del gasto público impone a las entidades públicas sometidas a este régimen para la celebración de contratos administrativos e incluso contratos privados.

En su origen, los convenios entre Administración y administrados tienen un matiz ciertamente diferente al actual. Se trataba de figuras que no encontraban paralelo en el Derecho contractual privado, porque no suponían ningún ejemplo de colaboración patrimonial entre partes, un fenómeno económico de intercambio, sino, por el contrario, como señala García de Enterría, un simple acuerdo sobre la medida de una obligación preexistente o de una ventaja, típicas de una relación de sumisión jurídico-pública previamente establecida entre la Administración y la persona con quien se concierta. Efectivamente, esto es así en sus comienzos, donde pueden citarse como ejemplos el convenio expropiatorio, el acta en que se plasma un convenio fiscal, un convenio de precios, «las antiguas acciones concertadas» de los Planes de Desarrollo, donde las empresas asumían como vinculante el cumplimiento de los objetivos del Plan, hasta ese momento «indicativos», en base a los beneficios e incentivos que el concierto precisaba. También la figura de los contratos-programa contemplados en la Ley General Presupuestaria responde a esta idea.

De este modo, en los años setenta la Administración no trataba, mediante la utilización de los concertos y convenios, de proveerse de bienes o de prestar servicios, sino que los emplea como una técnica más de administrar, a medio camino entre la policía y el fomento. Se estaría ante lo que se ha venido en llamar «Administración concertada» y en la que subyace una necesidad real descrita gráficamente por la doctrina: la Administración, hecha para mandar, necesita negociar una vez descubierto que con poder mandar no basta en muchos casos.

Éste, sin embargo, es un camino que ha evolucionado drásticamente en los últimos 20 años, desde los viejos convenios anteriormente citados, más próximos a un acto administrativo de sumisión, hasta los modelos actuales de convenios imbuidos de un auténtico espíritu negocial. Lo que no cabe es ignorar que la Administración negocia y que la negociación constituye, hoy, un instrumento de uso común dentro de la tarea de administrar. En este contexto es, pues, necesari-

rio definir o aproximarse, al menos, al régimen jurídico de esos instrumentos que la realidad ofrece, ya que no puede desconocerse la existencia del riesgo latente de una ruptura de la objetividad y de la igualdad que, sin embargo, el acto administrativo o el contrato, en principio, aseguran.

La aplicación generalizada del régimen de convenios de la Administración con personas físicas o jurídicas, en sustitución del ejercicio unilateral de los poderes públicos, por un lado, o en sustitución o detrimento de las figuras contractuales que la legislación contempla y disciplina, por otro, necesita, para emprenderse, habilitaciones legales específicas. Si dichas habilitaciones legales no existiesen estaría quebrándose el principio de legalidad y comprometiéndose la seguridad jurídica.

En este sentido hay que recordar, a título de ejemplo, la condena del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al Reino de España por «excluir de forma absoluta del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en concreto, en el artículo 3, apartado 1, letra c), de éste, los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dicha Directiva» (STJCE 2005/10, del 13 de enero). Como consecuencia de esta Sentencia, el Gobierno español hubo de aprobar el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, con el fin de incluir en el ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y por tanto de sujetar expresamente a este régimen jurídico, a los convenios de colaboración celebrados entre Administraciones Públicas cuyo objeto estuviera comprendido en el de los contratos administrativos y superase determinadas cuantías.

No se trata, desde luego, de descalificar de plano las actuaciones que, al margen del contrato administrativo o privado que pudieran celebrar la Administración y un particular, y que constituye la fórmula clásica de colaboración entre lo público y lo privado, se lleven a cabo por los poderes públicos para subvenir determinadas necesidades o fines públicos, sino de establecer un régimen jurídico que salvaguarde dichas figuras de posibles arbitrariedades, particularismos y opacidades incompatibles con el principio de legalidad vinculante para la actuación de los poderes públicos.

Es preciso afrontar que la realidad desarrolla fórmulas de colaboración de distinto carácter y hace proliferar tipologías en las que se trata, en no pocas ocasiones, de superar las acotaciones y obligaciones procedimentales que impone la legislación de contratos, que su-

ponen un verdadero *ius cogens* o derecho necesario, y muy especialmente las limitaciones presupuestarias y financieras a las que está sujeta la Administración Pública; pero no puede perderse de vista que todo ello son garantías de legalidad y que, en esencia, afectan al poder público, cualquiera que sea el instrumento que utilice para prestar un servicio público.

No obstante, la significación de este fenómeno para el sujeto privado que colabora con la Administración es muy distinta. Desde su óptica, él se encarga de llevar a cabo una actividad puramente empresarial; sin embargo, ésta puede coincidir con típicas funciones públicas, lo que ha de modular su régimen y debe asegurar que se realiza su prestación con determinadas garantías. El reto, en estos casos, estriba en optimizar la idea de colaboración, considerando sus ventajas y, al mismo tiempo y desde el punto de vista jurídico, establecer las garantías precisas para evitar que la colaboración empresarial pueda llegar a interferir en el núcleo mismo de la actividad, servicio o prestación pública de que se trate. Esa circunstancia es especialmente apreciable en numerosas esferas de la actividad pública, tales como la seguridad privada, la construcción de infraestructuras públicas, las inspecciones y la seguridad industrial, la seguridad penitenciaria, el tráfico, los apremios y las actividades asistenciales y sanitarias, entre otras.

No puede negarse que, actualmente, al poder público se le exige no sólo eficacia en la realización de sus funciones, sino también que evite endeudarse presupuestariamente. Se entiende así que las fórmulas de colaboración público-privada hayan encontrado para su proliferación óptimas circunstancias, como es el caso de la realización de infraestructuras públicas, donde es necesaria una aportación financiera de gran magnitud que es trasladada al sector privado. Hay que decir que el pago final, no obstante, corresponde al propio poder público mediante el sistema de abono total del precio, o pago fraccionado o de peaje en la sombra, o al usuario de la infraestructura a través del sistema de peaje previsto tradicionalmente en la Ley de Autopistas de Peaje de 1972. La cuestión que hay que tratar de averiguar es si, posteriormente, hay un coste financiero final más elevado, por encima de lo que hubiera supuesto la utilización del viejo contrato de obras. A corto plazo hay que significar que se resuelve el problema de la financiación inmediata, pero se genera la secuela de su mayor coste financiero final, residenciado en la misma Administración Pública o en el propio usuario de la obra.

Es preciso significar que, al comienzo de los años noventa, cuando se consolida el paradigma de la privatización, se difunde el concepto anglosajón de *Public-Private Partnerships* para designar con ello un

tipo de relaciones ya existentes de los poderes públicos con los operadores privados, desplazando sustancialmente el significado de los elementos públicos a los privados e incluso incorporando la colaboración público-privada como una técnica más próxima a la privatización por antonomasia. Sin embargo, esta vinculación expresa con la privatización ha perdido rápidamente vigencia en nuestro entorno más próximo al situarse las relaciones de colaboración público-privada, en las iniciativas comunitarias, dentro de la perspectiva de la contratación pública y en la búsqueda de reglas comunes.

Así, en el ámbito comunitario, se aprecia que las fórmulas de colaboración público-privada tratan de reconducirse al marco de la contratación pública. Este rasgo va a determinar aspectos esenciales de dicha colaboración, como los procedimientos contemplados para su adjudicación y las características de su régimen jurídico. En este sentido hay que destacar el Libro Verde sobre colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de 2004, así como la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico de las Regiones, de 2005. También, en este sentido, la propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de 2006.

En España, el marco normativo relativo a contratación se ha visto sustancialmente modificado con la elaboración y promulgación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público a la que, anteriormente, ya se ha hecho referencia y con respecto a la que hay que señalar como una de sus causas determinantes el «acuerdo del Consejo de Ministros de febrero de 2005» por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso a la productividad y donde expresamente se propugna la regulación de los contratos de colaboración público-privada. Asimismo, no puede dejar de señalarse cómo la citada Ley de Contratos del Sector Público da cumplimiento a la necesidad de transponer la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios.

3. NOVEDADES DE LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Tal como establece el artículo 1 de esta Ley, constituye su objeto la regulación de la contratación del sector público a fin de garantizar

que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato, control del gasto y estabilidad presupuestaria. Es también objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos.

De modo que, en el frontispicio de la Ley, ya se observa la distinción entre «contratación del sector público» y «contrato administrativo», y es que pendula, a lo largo de todo el texto legal, el abandono de la idea clásica de nuestro Derecho, según la cual la teoría del contrato público se hacía desde la teoría del contrato administrativo. La nueva conceptualización que aborda la Ley estriba en el cambio de un sistema centrado en el contrato administrativo, en cuanto esquema conceptual peculiar de las Administraciones Públicas, distinto del contrato privado civil o mercantil, a un sistema que pone el énfasis en la regulación principalmente de los procedimientos de preparación y adjudicación de los contratos que pueden celebrar toda la amplia y variada gama de sujetos y entidades que forman parte del sector público actualmente. Se establece, además, la categoría de los contratos sujetos a regulación armonizada, que son todos aquellos que, por el tipo de contrato, por la naturaleza de la entidad contratante –poder adjudicador– y por su cuantía, deben sujetarse a las reglas de la Unión Europea sobre preparación y adjudicación.

El objetivo primordial del nuevo texto legal es que, en todo caso, se garantice, en la contratación celebrada por cualquiera de las entidades del sector público, el cumplimiento de unos mínimos principios de transparencia y publicidad y se adjudiquen los contratos con objetividad, promoviendo una adecuada concurrencia. El grado de sumisión a la Ley no es, pues, homogéneo para todos los sujetos del sector público. Dentro del conjunto de entidades que lo componen es necesario diferenciar tres categorías en correspondencia con tres niveles de aplicación de la Ley: Administraciones Públicas, poderes adjudicadores que no son Administraciones y entes del sector público que no son poderes adjudicadores.

El primer grupo referido, es decir, el de las Administraciones Públicas, es definido en el artículo 3.2, siguiendo el modelo de *sector público administrativo* contenido en el artículo 3.1 de la Ley General Presupuestaria, aunque se excluyen del concepto a las entidades públicas empresariales y organismos análogos autonómicos y locales. El grupo Administraciones Públicas es el conjunto de sujetos al que se aplica con mayor intensidad la Ley, además sólo los contratos que ce-

lebre una Administración pueden llegar a tener carácter administrativo (art. 19.1).

El segundo grupo es el de poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administración Pública y están definidos en el artículo 3.3 de la Ley. Además de las Administraciones Públicas, tienen este carácter los restantes entes del sector público que reúnen las condiciones establecidas por la Directiva 2004/18. Es un concepto, por tanto, comunitario, sujeto a reglas interpretativas, y comprende las siguientes entidades:

«b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador; de acuerdo con los criterios de este apartado 3, financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.»

c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.»

Además de las normas del Libro I aplicables a todos los contratos del sector público, los entes que componen esta categoría se rigen por unas reglas bastantes próximas a las de las Administraciones Públicas en la preparación y adjudicación de los contratos sujetos a la Directiva 2004/18 (arts. 173 y 174) y por unas normas con un menor nivel de exigencia en los restantes contratos (art. 175).

El tercer grupo es el relativo a los restantes entes del sector público. Se define por exclusión con respecto a las categorías anteriores, estando compuesta por los sujetos que no tienen la condición de Administración Pública ni la de poderes adjudicadores: son, finalmente, los entes que, estando incluidos en el ámbito del artículo 3.1, no se encuentran mencionados en el apartado 3 y, por remisión de éste, tampoco en el 2. Además de las normas del Libro I, aplicables a todos los contratos del sector público, estos sujetos deben respetar unas directrices mínimas para la adjudicación de sus contratos. Según establece el artículo 176 de la Ley, estos entes deberán ajustarse en la adjudicación de los contratos, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación. Asimismo, la adjudicación de los contratos deberá efectuarse de forma que recaiga en la oferta económicamente más ventajosa.

De modo que, efectivamente, la Ley configura un sistema en el que incluso esta categoría de entidades, alejadas del Derecho administrativo, han de aplicar imperativamente una serie de principios que aseguren la publicidad y la economía en su gestión contractual,

lo que supone continuar en la misma línea conceptual que ha inspirado las últimas reformas del Derecho de contratos.

En cuanto a su ámbito de aplicación, ya se ha anticipado antes que la Ley de Contratos del Sector Público define, en su artículo 2.1, los contratos del sector público como los contratos onerosos que celebren los órganos y entes del sector público y establece, en sus artículos 19 y 20, la tradicional división en nuestro Derecho administrativo entre contratos administrativos y contratos privados. Como antes se dijo, excluye de su ámbito aplicativo a los convenios [art. 4.1, letras c) y d)], y a otra serie de figuras, cuyo tratamiento no es muy distinto de forma sustancial del que efectuaba la legislación anterior, abarcando la exclusión expresamente los negocios jurídicos de encargo a los denominados «medios propios», que se definen como aquellas entidades respecto de las que un poder adjudicador ostente un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios.

De esta suerte, la Ley acoge el concepto restringido de contrato para definir los contratos del sector público, pues son contratos onerosos aquellos en los que los sacrificios que mutuamente realizan las partes están compensados o encuentran su equivalente en el beneficio que obtienen. En otras palabras, cada una de las partes proporciona a la otra una utilidad o ventaja patrimonial a cambio de otra que ella obtiene o espera obtener.

Conviene tener siempre presente que la actuación de la Administración se caracteriza por servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103 de la Constitución española), y así la actividad contractual de la Administración está férreamente sujeta a las disposiciones que la disciplinan, bien en su vertiente típicamente contractual (Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y ahora Ley de Contratos del Sector Público), bien en su vertiente patrimonial (Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas), y en todo caso sujeta a la normativa de la Ley General Presupuestaria, en tanto en cuanto se genera algún gasto o, con carácter general, cualquier tipo de derechos u obligaciones para la Hacienda Pública.

Dicha disciplina jurídica, a la que están sujetos los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, responde a distintos fundamentos y atiende a múltiples finalidades.

En la fase de preparación y adjudicación de los contratos, su sujeción a la legalidad administrativa y al procedimiento de contratación es una garantía de que el contrato atiende a una finalidad de interés general, de que el órgano que lo celebra es competente para hacerlo,

de objetividad en la consecución de los fines de interés general a los que atiende, de seguridad y objetividad en la selección del contratista y de la oferta económicamente más ventajosa, de eficiente utilización de los recursos públicos, de salvaguarda de los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, de libre competencia, exigencia esta última de imperativo comunitario.

En la fase de ejecución de los contratos, la sujeción de sus efectos y extinción a las especialidades de la legislación administrativa está ligada a la salvaguarda del interés público, en el sentido de que en ningún caso dicho interés público puede verse comprometido o perjudicado por las vicisitudes de la ejecución del contrato en manos de un contratista.

Esta especial tutela legal sobre los efectos y extinción de los contratos sólo tiene sentido en aquellos contratos cuya ejecución puede comprometer el interés público: es decir, los contratos administrativos celebrados por las Administraciones Públicas. Por esta razón, la Ley de Contratos del Sector Público (como antes hacía la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) sujeta a su íntegra disciplina a este tipo de contratos y los tipifica, estableciendo que son contratos administrativos, siempre que se celebren por una Administración Pública:

– Los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado [art. 19.1. a) de la Ley].

– Los contratos administrativos especiales, esto es, los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados (los contratos administrativos típicos), pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados [art. 19.b) de la Ley].

Sin perjuicio de que la Ley de Contratos del Sector Público introduce, como se ha dicho, un nuevo tipo de contrato de colaboración entre el sector público y privado, donde también se produce una novedad relevante, con respecto a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, es en relación con los denominados «contratos

privados» celebrados por las Administraciones Públicas y las entidades del sector público.

Los contratos privados se definían en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de forma negativa o residual: una vez definidos los contratos administrativos tendrían la consideración de contratos privados «*los restantes contratos celebrados por la Administración*» (art. 5.3).

La Ley de Contratos del Sector Público da un giro conceptual de planteamiento a este respecto y afirma, de manera positiva, en su artículo 20.1:

«1. Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas.

Igualmente, son contratos privados los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II [contratos de servicios financieros de seguros, bancarios y de inversiones], la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, así como cualesquiera otros contratos [ahora sí, de forma residual] distintos de los contemplados en el apartado 1 del artículo anterior [los contratos administrativos].»

La importancia y trascendencia de esta novedad radica en que ahora no sólo tienen carácter de «contratos privados» los contratos de esa naturaleza celebrados por las Administraciones Públicas, sino todos los contratos (distintos de los administrativos) celebrados por todos los entes integrantes del sector público.

Así, todos

«los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante» (art. 20.2 de la Ley de Contratos del Sector Público).

Consecuentemente, este texto legal supone un cambio conceptual radical con respecto a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 y a la Ley de Contratos del Estado de 1965, en el sentido de que estos textos legales giraban en torno al concepto de contrato administrativo celebrado por la Administración, mientras que ahora la Ley de Contratos del Sector Público supone una codificación de todos los contratos celebrados por todos los entes del sector público, e incluso determinados contratos celebrados por particulares subvencionados por los poderes adjudicadores, convirtiéndose en un auténtico código de la contratación pública en su totalidad y no sólo

en una ley reguladora de un aspecto parcial de dicha contratación pública, por mucho que éste sea fundamental, cual es el de los contratos administrativos celebrados por las Administraciones Públicas.

En este contexto puede afirmarse que, a través de este objetivo codificador, se está posibilitando e incluso ampliándose, en algunos supuestos, las actuaciones de control de legalidad sobre la contratación pública, que lleva a cabo el Tribunal de Cuentas, toda vez que se introducen nuevos elementos en el régimen jurídico de referencia, quedando, desde el primer momento, clara la idea de que cualquier actuación contractual –de carácter administrativo o privado– llevada a cabo por cualquiera de los entes, organismos o entidades que componen el sector público está sujeta a reglas y principios.

No obstante, debe señalarse que la interpretación del ámbito subjetivo de la Ley y de los distintos regímenes aplicables, según se reúnan unos u otros requisitos, puede resultar complicada. Además, como dificultades intrínsecas de la incorporación directamente de terminología comunitaria, pueden señalarse algunos conceptos, como «*poder adjudicador*», «*oferta económicamente más ventajosa*», «*perfil del contratante*» y «*ofertas anormales o desproporcionadas*», entre otras; y la desaparición de denominaciones clásicas de nuestro Derecho, como «*subasta*», o «*concurso*», o «*baja temeraria*». Por otra parte, se han introducido procedimientos que constituyen novedades en nuestra normativa, como el procedimiento de «*diálogo competitivo*», en la adjudicación de los contratos de colaboración entre el sector público y el privado; «*la subasta electrónica*»; procedimientos para la racionalización de la contratación: «*acuerdos marco*», «*sistemas dinámicos de contratación*», y «*centrales de compras*»; condiciones especiales de ejecución del contrato basadas en consideraciones de tipo social o medioambiental y formas de establecer las prescripciones técnicas, entre otras. Hay muchos aspectos de la Ley en los que habrá de tenerse en cuenta el desarrollo reglamentario que de este texto se haga, muy especialmente en los casos en que los conceptos legales están poco definidos o implican un alto margen de actuación discrecional para la Administración Pública, como sucede en la configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el privado.

Por lo que respecta a la cuestión de fondo que ha motivado las reflexiones que se vierten a lo largo de estas páginas y que estriba, fundamentalmente, en la necesidad de dotar de un régimen jurídico la actuación convencional de la Administración, en ocasiones llevada a cabo a través de convenios de colaboración, dejando de lado, en cierto modo, para eludir las exigencias de su régimen jurídico, las formas clásicas, en un Estado de Derecho, de actuación de la Administración,

como son el contrato y el acto administrativo, hay que decir que, desde el punto de vista de la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas, debe analizarse el contenido real de dichos instrumentos y la auténtica naturaleza de su objeto, independientemente del *nomen iuris* que les hayan conferido las partes, para poder determinar si su articulación mediante la figura del convenio ha sido correcta, o si éste no ha sido sino un instrumento jurídico formalizado para encubrir un acto de verdadera naturaleza u objeto contractual, obviando la disciplina jurídica de éste.

La celebración de un convenio, resulta elemental decirlo, no puede en ningún caso, y más notoriamente aún cuando se trate de un convenio celebrado entre una Administración Pública y una persona privada, excepcionar por vía del mero acuerdo de voluntades la aplicación de la Ley. Más aún, cualquier convenio de este tipo sólo será posible cuando la propia Ley lo permita y con los límites y en los términos en que la Ley así lo establezca.

Desde el punto de vista del gasto público, los contratos onerosos van a suponer un gasto o una prestación cuyo coste correrá a cargo de la Hacienda Pública. En consecuencia, la eventual colaboración de un convenio que trate de encubrir un verdadero contrato no puede determinar por sí misma la negación de la naturaleza contractual de las obligaciones económicas de los entes del sector público que los celebren, derivadas de su competencia para gestionar sus créditos presupuestarios, sino que es la auténtica naturaleza y objeto del gasto la que determina los instrumentos jurídicos que el ordenamiento jurídico ofrece para su gestión, y no a la inversa.

Por tal razón, cualquier acuerdo de voluntades en el que participe un ente del sector público, del que se derive alguna obligación y que tenga carácter oneroso (es decir, que cada una de las partes proporcione a la otra una utilidad o ventaja patrimonial a cambio de otra que ella obtenga o espere obtener), tendrá la naturaleza de contrato del sector público y le será de aplicación la Ley de Contratos del Sector Público, aunque dicho acuerdo de voluntades se haya calificado por las partes como convenio, o con una denominación distinta a la de contrato, salvo que haya sido expresamente excluido del ámbito de la Ley de Contratos del Sector Público por la Ley.

Cuando, en cambio, el Tribunal de Cuentas se encuentre ante un convenio correctamente calificado como tal, además de apreciar su válida exclusión de la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público, deberá analizar la legalidad de dicho convenio a la luz de sus propias disposiciones reguladoras y sin olvidar que la Ley de Contratos del Sector Público será supletoria de dicha regulación especial.