

LA NUEVA REGULACIÓN DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: REGIMEN JURIDICO Y FINANCIACIÓN PUBLICA Y PRIVADA

Las circunstancias actuales de crisis económica y la necesidad de lograr la consecución de ciertos objetivos públicos con la menor consolidación de deuda posible ha determinado la toma de conciencia, por parte del legislador, de la necesidad de fomentar el empleo de la colaboración publico privada, que permite la financiación privada de prestaciones y actividades de interés publico o general dentro de los parámetros de estabilidad presupuestaria impuestos desde instancias comunitarias. Por otro lado, y conscientes de la necesidad, no solo de flexibilizar la utilización del modelo contractual de colaboración entre el sector público y el sector privado, sino sobre todo de arbitrar mecanismos que aseguren la viabilidad de esa financiación privada pretendida mediante dicha figura contractual, los poderes públicos han previsto, mediante la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público y de la Ley General Presupuestaria, la posibilidad cierta de los colaboradores privados de acudir a diversos mecanismos de financiación hasta ahora reservados a los contratos de concesión de obra pública, y al otorgamiento de avales por parte de la Administración General del Estado.

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.

La colaboración público-privada, una realidad constante en la práctica administrativa, ha sido objeto de regulación específica por primera vez en nuestro país en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

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

La importancia de esta figura contractual y la necesidad de fomentarla se ha plasmado en la reforma operada en la LCSP por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante LES), que altera notablemente su régimen jurídico, para ampliar y flexibilizar su utilización (I), y modifica su régimen de financiación (II), aumentando así la viabilidad de este tipo de contratos.

I.- Modificación del régimen jurídico de la colaboración público-privada.

El contrato de colaboración público-privada, regulado por primera vez en la LCSP, es un **contrato administrativo típico** destinado a optimizar el **reparto de riesgos** entre la Administración Pública y la entidad privada contratista, permitiendo la consecución de fines públicos mediante la aportación de capital privado, logrando así la **no consolidación de deuda** y coadyuvando a la **estabilidad presupuestaria**.

La finalidad principal de esta modalidad contractual no es otra que la de la cooperación entre empresarios privados y Administración Pública para la **financiación privada de una prestación o actividad de interés público o general**, que posteriormente el contratista recupera mediante la remuneración pactada en el contrato.

Las **características** con que este contrato fue definido por la LCSP son fundamentalmente las siguientes:

- El órgano de contratación es siempre una **Administración Pública**, con exclusión por tanto de cualquier otra entidad del Sector Público que no sea una Administración Pública a los efectos de la LCSP.
- Es siempre un **contrato sujeto a regulación armonizada**.
- Tiene **carácter excepcional** pues solo puede recurrirse a esta forma contractual cuando haya quedado acreditado que no existe una fórmula alternativa de contratación que permita satisfacer la finalidad pública que se persigue.
- La contraprestación consiste siempre en un **precio** (únicamente o bien un precio pactado unido a la posibilidad de explotación de las obras o equipos).

La disposición final decimosexta de la LES ha modificado la LCSP para ampliar el ámbito subjetivo del contrato de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y flexibilizar su utilización:

Subjetivamente, se ha ampliado el ámbito de aplicación del contrato de colaboración en tanto que el mismo, reservado, en la redacción originaria de la LCSP, a las Administraciones Públicas, puede ahora celebrarse también por las **entidades públicas empresariales y los organismos similares de las Comunidades Autónomas**¹ – artículo 11 LCSP -.

En el **plano procedimental**, la LES ha suprimido una de las exigencias que más dificultaban la preparación de esta figura contractual, como es el de la elaboración del documento de evaluación previa en el que se justifique la imposibilidad de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos o los medios jurídicos y financieros para la consecución de los objetivos proyectados. En efecto, tras la LES el artículo 118 LCSP **exceptúa la evaluación previa** para todos aquellos supuestos en los que dicha evaluación previa se hubiere realizado previamente para un supuesto de hecho análogo al que va a constituir el objeto del contrato.

II.- Financiación de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

La regulación de la financiación de los concesionarios y contratistas es una cuestión pendiente desde la promulgación de la LCSP, cuya disposición derogatoria única mantuvo la vigencia del Capítulo IV del Título V del Libro II del TRLCAP (artículos 253 a 260 ambos inclusive) relativos a la financiación privada de los concesionarios de obras públicas; y cuya disposición final 10ª establecía que en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la LCSP el Gobierno debía someter al Congreso de los Diputados un proyecto de ley en el que se regularan las modalidades de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas o por los titulares de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como el régimen de garantías que puede aplicarse a dicha financiación.

En cumplimiento de tal previsión, el Consejo de Ministros aprobó, el 30 de octubre de 2009, el **proyecto de ley de captación de financiación en los**

¹ El artículo 3.2 in fine LCSP establece expresamente que "No tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados de las Comunidades Autónomas".

mercados por los concesionarios de obras públicas, actualmente en trámite de enmiendas en la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados².

El proyecto de ley mencionado ha dejado **fuera de su regulación la financiación de las sociedades de economía mixta y la financiación de los adjudicatarios de contratos de colaboración entre el sector público y el sector** privado, para los que prevé, en su disposición adicional única, la posibilidad de acceder, en las operaciones de crédito concertadas en el interior o exterior, a los avales del Estado y de sus organismos públicos en los términos establecidos en el artículo 2 del texto proyectado.

La ausencia de una adecuada regulación de los mecanismos de financiación de los adjudicatarios de contratos de colaboración³ en la norma en tramitación explica que la LES haya previsto expresamente tal extremo en su artículo 37, diferenciando entre los **contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado institucionalizados y no institucionalizados**.

Esta distinción se emplea en el Derecho comunitario reconociendo dos tipos de colaboración público privada (Public and Private Partnership):

- la colaboración entre sector público y el sector privado **de carácter contractual**; y
- la colaboración público-privada de carácter **institucionalizada**.

La LCSP nada establecía, en su regulación, al respecto de tal distinción, si bien la LES ha introducido en la LCSP una nueva disposición adicional trigésimo quinta en la que regula los contratos de **colaboración bajo fórmulas institucionalizadas**, avalando la distinción entre unos y otros.

Como se ha dicho, interesa la distinción entre una y otra forma – institucional o contractual – porque el artículo 37 LES regula la financiación de la colaboración público-privada, diferenciando entre los contratos de colaboración institucionalizados y no institucionalizados:

² Se ha vuelto a ampliar el plazo de enmiendas el 8 de junio de 2011 http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_047-62.PDF

³ El anteproyecto de ley de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas preveía mecanismos de financiación de los adjudicatarios de de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado tales como la titulización de los derechos de cobro o las ampliaciones de capital de las sociedades de economía mixta.

A. Financiación de los colaboradores privados en los contratos de colaboración público-privada no institucionalizados:

A.1.- Cuando por razón de su objeto tengan **naturaleza de concesión de obra pública**, la financiación de los colaboradores privados se llevará a cabo en las condiciones y términos previstos en la normativa reguladora de la financiación de la concesión pública, y por tanto⁴:

- Emisión de títulos por el concesionario mediante obligaciones, bonos y otros títulos.
- Emisión de títulos por el concesionario mediante la incorporación a títulos negociables de sus derechos de crédito.
- Hipoteca de la concesión.
- Créditos participativos.

A.2.- Cuando el **contrato de colaboración tenga un objeto distinto**, la financiación del adjudicatario se regirá por las siguientes normas:

- Cuando se determine el régimen de remuneración del contratista, con el alcance previsto en artículo 120, letras d), e) y f) LCSP⁵, podrán establecerse previsiones sobre las garantías que conforme a lo previsto en las disposiciones reguladoras de la financiación privada de las concesiones de obras públicas puede obtener el contratista para la captación de la financiación necesaria para la ejecución de contrato.
- El contrato deberá prever un régimen de notificación por el contratista de las operaciones financieras que concierte para la financiación del contrato.

⁴ Que es la contenida en los artículos 253 a 260 del TRLCAP y se mantiene vigente por la disposición derogatoria única de la LCSP hasta su derogación, presumible, por la ley de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas, tal y como prevé la disposición derogatoria única del proyecto actualmente en tramitación.

⁵ Es decir, con definición de la remuneración del contratista mediante desglose de las bases y criterios para el cálculo de los costes de inversión, de funcionamiento y de financiación y en su caso, de los ingresos que el contratista pueda obtener mediante la explotación de las obras o equipos en caso de que sea autorizada; la determinación de las causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo del periodo de ejecución del contrato; y la fijación de las formulas de pago y particularmente, las condiciones en las cuales, en cada vencimiento o en determinado plazo, el montante de los pagos pendientes de satisfacer por la Administración y los importes que el contratista debe abonar a esta como consecuencia de penalidades y sanciones, pueden ser objeto de compensación.

- Cuando la ejecución del contrato lleve aparejados costes de inversión iniciales y se prevea que las obras o equipamientos que se generen vayan a incorporarse al patrimonio de la entidad contratante al concluir o resolverse el contrato, podrá establecerse que, cuando proceda la resolución del contrato, la entidad contratante pueda poner a disposición de los acreedores una cantidad no superior al 80 % del coste real de las inversiones realmente ejecutadas detrayendo esta cantidad de la liquidación del contrato.

B. Financiación de la colaboración entre el sector público y el sector privado bajo formulas institucionales:

- Para estos supuestos, el artículo 37.4 LES prevé la posibilidad de utilizar **medios de financiación** tales como la emisión de obligaciones, empréstitos o créditos participativos.

- Además, en el caso de las **sociedades de economía mixta** constituidas para la ejecución de un contrato público en el marco de una **colaboración público-privada de carácter institucional**⁶, podrán:

- Acudir a **ampliaciones de capital**, siempre que la nueva estructura del mismo no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación salvo que hubiera estado prevista en el contrato.

- **Titulizar los derechos de cobro que ostenten frente a la entidad adjudicadora del contrato** cuya ejecución se le encomiende, previa autorización del órgano de contratación, cumpliendo los requisitos previstos en la normativa sobre mercado de valores.

En relación con lo expuesto debe advertirse que la disposición final decimoséptima de la Ley 2/2011 de Economía Sostenible ha **modificado**, además,

⁶ De las previstas en la disposición adicional trigésimo quinta LCSP, introducida por la LES y relativa a la adjudicación directa de los contratos públicos y concesiones a sociedades de economía mixta en las que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en la LCSP para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

la **Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria** (en adelante LGP), entre otros, los artículos 114.2 y 115.1, para permitir el **otorgamiento de avales por la Administración General del Estado en garantía de operaciones** concertadas por personas naturales o jurídicas para financiar bienes e inversiones que deban revertir a la Administración General del Estado y hayan de quedar afectos a una concesión administrativa o **deban adquirirse o realizarse en el marco de** un contrato de concesión de obras públicas o de **colaboración entre el sector público y el sector privado**, o por una sociedad de economía mixta creada para ejecutar uno de estos contratos.

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

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