

CONVENIOS DE COLABORACIÓN VERSUS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. ESPECIAL REFERENCIA AL MARCO JURÍDICO DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURAS Y EQUIPAMIENTOS PÚBLICOS.

EL CONVENIO DE COLABORACIÓN es una figura de escasa regulación legal en nuestro ordenamiento que viene generando prácticas que soslayan en ocasiones la aplicación de normativa diversa, discurriendo la gestión de fondos públicos por “cauces inseguros”.

CONVENIO, acuerdo de voluntades entre dos o más personas físicas o jurídicas, generador de derechos y obligaciones entre las partes y que tiene un objeto común y un objeto que no se corresponde con el de los contratos.

El principio fundamental que la mayor parte de estos acuerdos instrumentan es el de colaboración, que conforme al artículo 3.2 de la Ley 30/1992, disciplina las relaciones entre las Administraciones públicas, si bien también aplicable a las relaciones de colaboración que, en virtud de un Convenio, la Administración entable con entidades privadas.

Por otro lado, estos convenios son instrumentos de ejecución del presupuesto público, es decir, de ellos se derivan obligaciones económicas para la Administración y por tanto están sometidos, no solamente a un marco jurídico convencional sino también a las normas presupuestarias de aplicación que regulan la gestión de la ejecución presupuestaria (gastos, gastos plurianuales, competencias de gestión del gasto, control interno etc.)

Completa el marco jurídico general regulador de los Convenios las referencias que a ellos hace, limitando su alcance, el TRLCSP.

El TRLCSP, en su artículo 4.1, letras c) y d), precepto de carácter básico, determina que están excluidos de su ámbito de aplicación los convenios celebrados con personas públicas o privadas siempre que su objeto no esté comprendido entre los regulados en esta Ley o en leyes especiales, quedando, por tanto, eliminada la posibilidad de acudir a la figura del convenio en los casos en que exista una relación de carácter y contenido contractual en que existan intereses patrimoniales, con independencia del carácter público o privado del sujeto.¹

¹ En este sentido los conciertos sanitarios que si bien en etapas pasadas se formalizaban a través de convenios de acuerdo con la legislación de sanidad, ya derogada, hoy en día constituyen un contrato, modelo concierto, específicamente regulados en el TRLCSP, artículo 277. C) y disposición adicional 20, y por tanto imposibles de ser objeto de convenio.

Por su parte, el apartado 2 del artículo 4 TRLCSP determina que los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior, entre los que figuran los Convenios, se regularan por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver dudas y lagunas que pudieran presentarse.

Por lo tanto, como primera conclusión hemos de indicar que el hecho de que alguien denomine a un acuerdo de voluntades, convenio de colaboración, en modo alguno le confiere directamente esta categoría jurídica, pudiendo darse las siguientes situaciones:

1.- Convenios que en el fondo resultan contratos.-

Cuando la actividad forma parte del tráfico mercantil, el objeto es perfectamente encuadrable en cualesquiera de los conceptos de contratos previstos en la norma de contratos y la posición de una de las partes que firma el convenio es de preeminencia y de hecho se viene produciendo un intercambio patrimonial, parece que claramente nos encontramos ante un contrato y no un convenio, resultando todas estas características, ajenas a la naturaleza jurídica del convenio.

Ello incluso aunque se trate de dos administraciones públicas diferentes y así, pese a resultar extraña la figura del contrato entre administraciones no puede descartarse, aparece referenciada en la propia norma de contratos, particularmente en el contrato de concesión de obra pública y a ella también se refiere el artículo 9 de la Directiva 2004/18/CE por la que se regulan las normas de adjudicación de los contratos públicos cuando sostiene que los términos, contratista, proveedor y prestador de servicios designan a toda personas física o jurídica, entidad pública o agrupación de dichas personas u organismos que ofrezca, respectivamente, a la realización de obras o de una obra concreta, productos o servicios en el mercado.

3.- Convenios de colaboración que por el fondo y la forma son tales.

El escenario propio de estos convenios es el de auténtica colaboración, en respuesta a objetivos compartidos, con la finalidad de aportación de recursos públicos en la persecución de un interés común.

Aquí las partes no tienen un interés patrimonial sino que se trata de establecer una colaboración institucional para llevar a cabo una respuesta a intereses compartidos.

Evidentemente aquí encaja el grupo de los denominados protocolos generales que se limitan a establecer pautas de orientación sobre la actuación de cada administración y a fijar un margo general en el que se desarrollará la colaboración futura.

Entre estos convenios de colaboración pueden hacerse a su vez dos distinciones en atención a que las partes sean administraciones públicas o una o varias administraciones públicas y particulares.

A) Convenios interadministrativos.-

De entre ellos podemos distinguir

- a) Los celebrados entre la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de aquella con los órganos de las administraciones de las Comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias. A ellos se refiere el artículo 6 de la Ley 30/1992 de 16 de noviembre y en cuanto a sus efectos el artículo 8 del mismo texto legal. Asimismo prevé esta posibilidad el artículo 58.3 del Estatuto de autonomía de Castilla y León.
- b) Los celebrados entre la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas y las Entidades locales. Es necesario acudir aquí a la legislación sectorial en materia de régimen local. Fundamentalmente a la LBRL y a la propia normativa local de las Comunidades Autónomas. En concreto al artículo 57 de la Ley de Bases de Régimen Local.
- c) Los celebrados entre las Comunidades autónomas (145 de la Constitución). En este sentido y por remisión de la norma constitucional es necesario estar a cuanto dispone el artículo 60 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

A todos ellos se refiere asimismo el artículo 4.1.c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público para resultar excluidos de su aplicación, si bien su apartado segundo determina que “Los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse”.

Los principios a los que alude el precepto no son otros que los de concurrencia, igualdad y no discriminación con lo cual se hace necesario, en primer lugar, determinar el alcance de estos principios.

Estos principios tienen un alcance diferente según estemos ante convenios interadministrativos o con particulares y así si bien principios tales como la publicidad y transparencia pueden predicarse de ambos, la concurrencia, igualdad y no discriminación viene a ser distinta en ambos casos y así, con carácter general, una administración pública no puede ser libre para elegir a unos sujetos públicos y excluir a otros, siempre que se encuentren en igualdad de condiciones para el establecimiento de una colaboración de ahí que la elección ha de encontrar fundamento que justifique, en su caso el trato desigual.

Dentro de los convenios interadministrativos es necesario hacer una mención especial respecto de aquellos que pueda celebrar una administración pública “entre sí”, es decir, entre la administración general e institucional y entes de la denominada administración instrumental. Aquí el carácter instrumental de un determinado organismo público pugna con la necesaria igualdad de las partes en un convenio de colaboración, de ahí que no deba hablarse en tales supuestos de colaboración pese a que la normativa utilice la palabra convenio para referirse a estos instrumentos. Se hace necesario reconducir estas figuras a las propias de una encomienda de gestión, debiendo distinguirse:

- Encomiendas de gestión de las previstas en el artículo 15 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre.
- Encomiendas de gestión reguladas en la letra n) del apartado 1 del artículo 4 del TRLRSP

La Ley 5/2014, de 11 Septiembre de medidas para la reforma de la Administración ha procedido a la introducción de dos preceptos nuevos en la Ley del Gobierno y de la Administración de la Comunidad, numerados como artículos 48 bis y 48 ter. En atención al tenor de los mismos hay que distinguir dos situaciones:

- Encomiendas de gestión para la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de derecho público de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.
- Encomiendas de gestión por la Administración de la Comunidad de Castilla y León de prestaciones reguladas en la normativa de contratación del sector público.

B) Convenios con los administrados o particulares.-

En relación a estos convenios se refiere expresamente el artículo 4.1.d) del TRLCSP , para excluirlos de su ámbito de aplicación, si bien es necesario estar a cuanto dispone el apartado segundo de este precepto ya comentado.

Este tipo de convenios, para resultar excluidos del ámbito de aplicación de la ley, no deberán tener por objeto alguno del que resulte propio de los contratos regulados en la propia Ley o en normas administrativas especiales. Además deberán resultar celebrados entre una Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, de acuerdo con las normas específicas que los regulen.

La literalidad de este precepto hace que deba considerarse incluidos dentro del mismo los convenios no solamente con particulares sino con entes que, aun perteneciendo al sector público, acomodan su actuación al derecho privado. No obstante el propio Tribunal de Cuentas los ha considerado interadministrativos en ocasiones.

Los principales defectos en la tramitación de ese tipo de convenios vienen dados, en primer lugar por la ausencia de una norma habilitante específica, es decir, sin previa probación de “las normas que los regulan” a las que alude el citado precepto.

De otro lado, no se realizan actuaciones tendentes a dar publicidad o a promover la concurrencia de sujetos distintos de aquellos con los que los convenios se suscriben, como aparece obligado a tenor de lo que hemos dicho en relación a las previsiones del artículo 4.1.d) de la norma de contratos, sin perjuicio de esas razones en que pueda fundarse la elección directa del suscriptor.

Por otra parte se detectan problemas de ejecución presupuestaria, dejando sin delimitar la aportación de la Administración pública o al margen de las posibilidades sobre compromisos presupuestarios futuros.

Finalmente también se detectan errores en cuanto a la ejecución de lo convenido y así se echa en falta la constancia expresa del cumplimiento de los compromisos de las partes o la justificación de los gastos.

C) Otros Convenios

Al margen de todo lo anterior y sin perjuicio de que la utilización del término convenio de colaboración resulte correctamente utilizando, o no, existe un gran campo de la actividad administrativa que se desarrolla mediante instrumentos que en las específicas normas acaban denominándose Convenios:

- Convenios urbanísticos y convenios expropiatorios
- Convenios de suscripción generalizada, firmados por la mayoría de Comunidades Autónomas y el Estado para impulsar políticas y actuaciones concretas, formalmente tramitados a partir de un modelo informado por el Ministerio de Política territorial.
- Convenios que tengan por objeto regular acciones específicas en materia de investigación sujetas a financiación externa.
- Formulas convencionales para la finalización de procedimientos administrativos (artículo 88 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre)
- Convenios con entidades colaboradoras en la gestión de subvenciones.
- Convenios de colaboración para subvenciones gestionadas entre el estado y las Comunidades Autónomas (artículo 88 Ley General presupuestaria)
- Convenios previstos en la Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo de Educación.
- Convenios de recaudación entre Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales.
- **Convenios de colaboración o protocolos de actuación suscritos entre órganos de contratación en los que se detalla la participación de cada uno de los entes para llevar a cabo actuaciones cofinanciadas, tales como la financiación y demás criterios de reparto de actuaciones en el procedimiento de contratación (artículo 109.5 TRLCSP y 8 del Reglamento general de la Ley de contratos.**

LA COLABORACIÓN PÚBLICA-PRIVADA PARA EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURAS Y EQUIPAMIENTOS PÚBLICOS.

Adam Smith en 1776, en obra titulada, **“Una investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones”** considerada el primer libro de la economía moderna, ya escribe así: “resulta evidente y no necesita prueba alguna el hecho de que la realización y conservación de las obras públicas que facilitan el comercio de cualquier país, como caminos, puentes, canales navegables, puertos, etc., requieren un gasto muy diverso en las diferentes etapas de la sociedad (...). No parece necesario que el coste de esas obras pública sea sufragado a partir de los denominados ingresos públicos cuya recaudación y asignación corresponde en la mayor parte de los países al poder ejecutivo...”.

Esta colaboración se inserta en la tendencia actual, generalizada también, hacia una privatización y liberalización de la actividad del sector público.

Colaboración público-privada, según el libro Verde sobre Colaboración Público-Privada de la Comisión Europea, aprobado el 30 de abril de 2004, se refiere a este término como “las diferentes formas de cooperación entre autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio”.

Como elementos comunes del mismo detalladamente se señalan los siguientes:

- Relación entre la entidad pública y privada de duración prolongada en el tiempo.
- Financiación normalmente elevada garantizada por el sector privado y complementada ordinariamente por la financiación pública.
- Preponderancia de la participación privada en las diferentes fases del proyecto y no solamente en su financiación sino también en su diseño y ejecución, mientras que el colaborador público se centra en la definición de objetivos.
- Traslación de riesgos al socio privado a través de un reparto inicial.

Por su parte, la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas conceptúa estas relaciones como una forma de colaboración o esfuerzo común entre los sectores público y privado con el propósito de desarrollar, construir, explotar y financiar.

Asimismo instituciones tales como la propia Comisión Europea y el Banco Europeo de Inversiones vienen apoyando tal colaboración con base en los siguientes fundamentos: Estos, para su correcto sostenimiento, mas allá de una manifestación teórica, han de probarse en el caso concreto, a través de los hechos determinantes que permitan probar su certeza o no:

- Necesidad de incrementar los niveles de competitividad en los países desarrollados y particularmente en los componentes de la Unión europea, solucionado en parte los acusados déficits de infraestructuras y a la vez evitando deslocalizaciones empresariales y atrayendo capitales en forma de inversiones directas.
- Aportación de recursos financieros a la financiación de infraestructuras elevando los valores de crecimiento económico. En este sentido el Consejo Europeo de Marzo de 2005 propugno la inversión en infraestructuras como elemento de impulso del

crecimiento económico y de la convergencia económico y social en Europa alentando no solo la inversión directa de los Estados (siempre insuficiente) sino también la de las entidades privadas a través de fórmulas de colaboración.

- La colaboración público-privada también es instrumento limitador del endeudamiento público. Así, ante las limitaciones del endeudamiento estatal como consecuencia de políticas y normas de estabilidad presupuestaria, la colaboración público-privada permite ejecutar infraestructuras en las que, a través de una traslación de riesgos al ámbito privado, se permite, desde el punto de vista de la cumplimentación de las exigencias de estabilidad, no resultar computadas a los efectos del endeudamiento público o al menos permite, en último caso, diversificar, a través de nuevos proyectos, la inversión pública.
- Además la colaboración público privada permite utilizar elementos privados de alta innovación y especialización. Así lo entiende particularmente la nueva Ley de Contratos del Sector Público a la hora de determinar el objeto contractual del contrato de colaboración entre entidades del sector público y del sector privado.
- La colaboración público-privada, por último, permite establecer reglas más eficaces en la distribución de los riesgos, de cara a su adecuada gestión y así determinadas adjudicaciones, sobre todo de gestiones globales, diseñan estrategias de precios o rendimientos para absorber los riesgos generados a lo largo de todo el tiempo de vigencia de la colaboración. Esto coincide con el interés público situado, no solamente en una adjudicación más ventajosa económicamente sino en una gestión más integral en relación con los costes de mantenimiento y funcionamiento posteriores.

De esta manera también se consigue, cifrada ab initio, una más uniforme calidad del servicio prestado a lo largo de todo el tiempo de la colaboración.

Finalmente según la Resolución Legislativa del Parlamento Europeo 2006/2043 de 26 de octubre, sobre colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, estas fórmulas de colaboración conllevan en todo caso ventajas de interés público al permitir una gestión más eficaz de fondos públicos, servir de alternativa a la privatización en periodos de premura presupuestaria y contribuir a la modernización de la administración mediante la adquisición de conocimientos prácticos del sector privado.

Descendiendo a la práctica de los países, formas de colaboración público privada han existido desde antiguo en muchos de estos, fundamentalmente guiados a través de la figura de la concesión. Ahora bien, la distinción esencial con las nuevas formas de colaboración público privada se encuentra en que se crea una vinculación esencial entre resultados y rentabilidad en la participación del sector privado.

Situado temporalmente en el último decenio del siglo pasado, la colaboración público-privada ha ido ocupando multitud de esferas de actuación, propia y única en otros tiempos, del sector público. Donde mayor demostración se obtiene de esto es en relación a las denominadas obras públicas y sobre todo en las que tienen que ver con infraestructuras en ámbitos tan dispares como el transporte, el medio ambiente, la sanidad o la cultura.

Por su parte, el citado Libro Verde Europeo sobre la Colaboración Público y Privada, permite distinguir dos formas fundamentales de la misma:

- Las operaciones de colaboración público-privada de tipo puramente contractual
- Las operaciones de colaboración público-privada de tipo institucionalizado, que implican la cooperación entre los sectores público y privado en el seno de una entidad diferente.

Dentro de las primeras, el citado documento distingue a su vez entre:

- El modelo de concesión caracterizado por el vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final donde el primero presta un servicio a la población en lugar del socio público pero bajo su control
- Otro tipo de organización en la que la tarea del socio privado consiste en realizar y gestionar una infraestructura para la administración pública y donde la remuneración del socio privado no adopta la forma de cánones abonados por los usuarios de la obra o el servicio, sino de pagos periódicos realizados por el socio público.

Otros autores diferencian claramente dos sistemas generales de ordenar la colaboración público privada:

- 1.- Sistema de colaboración público-privada con base económica presupuestaria.

2.- Sistema de colaboración público-privada con base económica extrapresupuestaria.

1.- SISTEMA DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA CON BASE ECONÓMICA PRESUPUESTARIA.

Con respecto al primero, este engloba aquellos modelos posibles que se nutren básicamente de dotaciones de gastos que figuran en los presupuestos, aunque estas resulten diferidas o al menos periodificadas en el tiempo.

Dentro de este sistema a su vez pueden distinguirse los siguientes modelos:

- A) **El denominado modelo español**, caracterizado por la creación de una empresa pública participada mayoritaria o de modo total por una Administración pública que es la responsable de ejecutar la obra pública. Se trata básicamente de sociedades instrumentales sometidas al mandato de la respectiva administración que las crea o participa, altamente dependientes y altamente endeudadas. Hasta la entrada en vigor de las nuevas normas contables del Sector público, es decir del SEC-95, este sistema constituía un adecuado sistema de evitar las restricciones presupuestarias impuestas por las normas comunitarias puesto que el endeudamiento de una sociedad instrumental no era considerado endeudamiento público.
- B) **El modelo alemán o de “llave en mano”**. Este sistema se alza en Alemania frente a la tradicional ordenación económica del contrato de obra, caracterizado por el abono de pagos parciales para permitir la construcción y financiación de proyectos de obras reembolsando los costes e intereses una vez finalizada y recibida esta. Con este modelo se desplaza el endeudamiento para la Administración hasta el ejercicio correspondiente a la efectiva recepción y por otro lado se controla el gasto diferido puesto que el precio se concreta a la firma del contrato.
- C) **El modelo británico o “peaje en sombra” y “los pagos por disponibilidad”**. Se trata de un modelo concesional en virtud del cual la Administración encarga a una empresa la construcción y financiación de una obra pública otorgándole también la explotación si bien esta entidad privada no cobra tarifa a los usuarios para los cuales el uso de la obra pública es gratuita, sino que la remuneración es satisfecha por la propia Administración de manera que se basa sobre todo en el grado de su utilización.

El nuevo contrato de colaboración público-privada en la nueva Ley de Contratos del Sector Público como instrumento de colaboración con base presupuestaria.

Su origen en el ordenamiento jurídico nacional, al margen de su actual regulación en la Ley de Contratos del Sector Público se encuentra en un Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005 que dispone la adopción de mandatos para poner en marcha medidas de impulso a la productividad y en el que se establecía la incorporación al anteproyecto de Ley contractual que se estaba elaborando una regulación específica de este tipo de contratos.

Este contrato se define en el artículo 11 de la Ley como aquel en que una Administración pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las formulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general comprenda las prestaciones que específicamente contempla la Ley y que se caracterizan por resultar objetos contractuales “particularmente complejos”.

La contraprestación resulta un precio abonable a lo largo de toda la vida del contrato pudiendo resultar vinculado a su vez a determinados objetivos de rendimiento.

Las diferencias con la figura de la concesión de obra pública resulta evidente, en primer lugar esta la cuestión de la duración máxima prevista resultando en la concesión hasta 40 años y en el nuevo contrato no podrá exceder de 20 por regla general.

No obstante el aspecto fundamental diferenciador consiste nuevamente en la retribución y así mientras que en la concesión, esta se retribuye mediante aportaciones de los usuarios del servicio o de la propia administración según hemos visto, en el nuevo contrato la retribución consiste en un precio a pagar por la administración mediante cantidades periódicas.

Finalmente resulta esencial carácter diferenciador el reparto del riesgo pues mientras que la concesión ha de ejecutarse a riesgo y ventura del contratista en el nuevo contrato se establece un reparto del riesgo entre administración y contratista como cláusula obligatoria del contrato (artículo 120 L.C.S.P.).

2.- SISTEMA DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA CON BASE ECONÓMICA EXTRAPRESUPUESTARIA.

Con respecto al segundo sistema, con base económica extrapresupuestaria, se trata de aquellos en que la ejecución de los proyectos no incide necesariamente sobre el presupuesto público presente o futuro.

A su vez dentro del mismo pueden citarse o englobarse los siguientes modelos:

A) Modelo concesional.-

Este modelo resulta de gran tradición en nuestro Derecho y con múltiples ventajas desde el punto de vista del cumplimiento de las restricciones presupuestarias puesto que no genera ni déficit ni deuda puesto que la obra se financia por el concesionario y este obtiene la correspondiente retribución mediante tarifas.

Sin embargo el termino concesión, en el ordenamiento jurídico español no resulta unívoco. En este sentido modalidades que participan de su misma naturaleza jurídica pueden citarse las siguientes:

1.- La concesión administrativa.-

Auténtico paradigma de los modelos de financiación y gestión privada de servicios públicos.

En nuestro Derecho se encuentra regulada en la vigente Ley de Contratos del Sector Público como una modalidad del denominado contrato de gestión de servicios públicos, por medio del cual se transfiere a una persona física o jurídica la gestión de un servicio público, asumiendo esta el riesgo económico de la actividad.

Desde el punto de vista comunitario es reseñable el hecho de que se excluye del ámbito de aplicación de la directiva 92/50/CEE del Consejo de 18 de junio de 1992 sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios puesto que estos conllevan el abono de contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora a

la empresa prestadora de servicios a diferencia de la concesión en que la retribución del prestador de servicios no procede de la autoridad pública.

2.- La concesión de obra pública.-

Resulta una modalidad de colaboración pública y privada destinada en exclusiva para la construcción y explotación de infraestructuras públicas.

Al margen de la actual regulación este contrato se introdujo, en su concepción actual en el ordenamiento jurídico español e independientemente de “ensayos” anteriores a la luz de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, como consecuencia de la Ley 13/2003 y actualmente se perfila como un contrato administrativo típico cuyo objeto es la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones del artículo 6, 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.

En cualquier caso la nota característica de este contrato es la explotación de la obra lo cual atribuye a este contrato el requisito esencial para el mismo de la explotación de la obra al comportar indefectiblemente la necesidad de que el empresario adjudicatario perciba algún tipo de ingreso proveniente, bien de terceros, bien de la propia Administración por el uso que ésta haga del inmueble.

Esto último permite distinguir un subtipo dentro de la concesión de obra pública y así, si el régimen jurídico del contrato administrativo típico está en el Capítulo II del Título II del Libro IV de la L.C.S.P., esta categoría denominada comúnmente “peaje en sombra” se prevé en el ordenamiento jurídico nacional a través del contenido del artículo 238 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Resulta claro, por tanto, que en aquellos supuestos en los que el inmueble no sea susceptible de explotación económica, no podemos hablar de contrato de concesión de obra pública.

3.- La denominada concesión demanial o de dominio público.-

Como derecho real administrativo consistente en la facultad de aprovechamiento o uso exclusivo privativo o anormal de un bien de dominio público.

4.- Especialidades previstas en la legislación sectorial

- Este es el caso del contrato de concesión de obras hidráulicas regulado mediante el real Decreto legislativo 1/2001 de 20 de julio el cual se remite a la regulación del contrato de concesión de obra pública con determinadas especialidades que tienen que ver fundamentalmente con su vigencia.
- El contrato de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión con el régimen previsto, aquel que pueda resultar vigente después de las modificaciones operadas por la Ley reguladora del Contrato de concesión de obra pública y mas tarde incorporada la misma al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, contenido en la Ley 8/1972 de 10 de mayo de construcción, conservación y explotación de las autopistas en régimen de concesión

B) Operaciones de colaboración público-privada de tipo institucionalizado a través de la creación de sociedades mercantiles.

Si bien normalmente el tipo de relaciones interadministrativas se venía desarrollando a través de los tradicionales convenios de colaboración, la nueva Ley de Contratos del Sector Público así como ya el derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas venía permitiendo intuir y ahora otorga carta de naturaleza a la circunstancia de que determinadas de estas relaciones puedan encauzarse a través de negocios jurídicos contractuales sometidos al derecho administrativo.

No obstante dentro de esta modalidad de entes hemos de distinguir los casos en que el socio exclusivo para los mismos es la Administración, de aquellos otros en que las sociedades públicas están abiertas a la presencia de capital privado.

En este sentido puede distinguirse:

- A) Los denominados contratos “in house”. En estos casos el único accionista de la sociedad instrumental es la Administración y las relaciones entre los mismos se instrumentan a través de convenios o “encargos” y por lo tanto al margen de la regulación de contratos.

- B) Creación de entes instrumentales con participación de capital privado. Aquí la cuestión que se trataría de dilucidar es la posibilidad de aplicación a tales supuestos de la doctrina “in house”. A esto la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 11 de enero de 2005) opone que cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a interés privados y persigue objetivos distintos y de otro lado que la aplicación de esta doctrina “in house” evita la aplicación a entidades de capital privado de los mas elementales principios de igualdad y libre competencia.

3.- CONCLUSIONES

Todo lo anteriormente sostenido, además ha de contemplarse desde una perspectiva reformadora de la actuación de las administraciones públicas, inspirada no solamente por marcos generales de actuación común (Gobernanza) sino también por políticas modernizadoras en su concepción (New Public Management) y de este modo poder señalar objetivos reformadores que pretenden sustituir la tradicional Administración burocrática presidida por el control de legalidad para conducirnos a una administración “de resultados”, incrementando el valor de la acción prestacional así como la evaluación de la eficiencia, eficacia, economía e impacto social en la gestión de los Servicios Públicos.

Estas ideas transformadoras van a permitir la consolidación de modelos de colaboración público-privada que no obstante demandan profundas alteraciones del marco normativo vigente del Estado en su conjunto.

En este sentido la esencia de este proceso de reforma de las políticas prestacionales de las Administraciones públicas vehiculado fundamentalmente a través de los instrumentos de colaboración público-privado, demanda una articulación normativa compleja y a la vez flexible que permita contar no solamente con instrumentos jurídicos que pudieran partir en cualquier

caso de la figura concesional, sino, ante todo, de instrumentos financieros adecuados para la acción en régimen de mercado de esta actuación administrativa.

Basado en estas consideraciones y soportado en la ya dilatada experiencia colaboradora de otros países, fundamentalmente anglosajones, la tendencia actual pretende, a través de novedosos instrumentos, crear un nuevo marco relacional que permita objetivos de eficiencia en la gestión.

Finalmente, se trata en definitiva de un nuevo modelo de acción pública alejada de las estrecheces de la gestión y, por el contrario también, despojada de características propias del “imperium” de la Administración.

Llevado a las últimas consecuencias se trata de que la Administración abandone su tradicional rol en orden a la construcción de activos o infraestructuras para centrarse en una actividad reguladora tendente al aseguramiento del interés público y la protección de los usuarios y beneficiarios del mismo.