

DOCUMENTOS

N.I.P.O.: 634-13-009-4

LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: ENTRE INDETERMINACIÓN, FLEXIBILIDAD E INCERTIDUMBRE

Autor: *Alejandro Araujo Barceló*
Universidad Carlos III de Madrid

DOC. n.º 4/2013



INSTITUTO DE
ESTUDIOS
FISCALES

N. B.: Las opiniones expresadas en este documento son de la exclusiva responsabilidad del autor, pudiendo no coincidir con las del Instituto de Estudios Fiscales.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

Parte Primera

UNA REFLEXIÓN CONCEPTUAL ACERCA DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

1. PERSPECTIVAS GENERALES
 - a) La CPP en el contexto socio-económico actual
 - b) La necesidad de una reflexión conceptual sobre la CPP
 - c) Definiciones y características de la “Colaboración Público-Privada”
2. LOS FUNDAMENTOS DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA
 - a) Una síntesis conceptual
 - b) Apuntes sobre su origen histórico-ideológico
 - c) Apuntes sobre su significación jurídico-pública
 - d) El redescubrimiento de la colaboración
 - e) ¿Entre la contratación pública tradicional y la privatización?
 - f) El delicado problema de la recepción del fenómeno de la CPP
3. LOS LÍMITES A LA IDEA FUERZA DE LA COLABORACIÓN PÚBLICA-PRIVADA
 - a) Equilibrio y tensión entre lo público y lo privado
 - b) Un ejemplo reciente: la *PPP* en los Proyectos de Redesarrollo en Estados Unidos
4. CONCLUSIONES

Parte Segunda

COLABORACIÓN Y FLEXIBILIDAD EN EL MARCO JURÍDICO-FINANCIERO DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

1. INTRODUCCIÓN: DE LA “HUIDA DEL DERECHO CONTABLE” A LA “ATIPICIDAD” CONTRACTUAL
2. LA DIMENSIÓN CONTABLE DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA
 - a) Estabilidad presupuestaria, inversión y CPP
 - b) Las dudas sobre el tratamiento contable de la CPP
 - c) El sistema Europeo de Cuentas (SEC-95) y del Manual de Eurostat
 - d) El análisis de la asignación, directa e indirecta, de los riesgos
 - e) Contratos de CPP con entidades públicas
 - f) Conclusiones
3. EL MARCO LEGISLATIVO DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN ESPAÑA
 - a) Introducción
 - b) El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado
 - c) Indeterminación, flexibilidad y atipicidad antes de la LCSP
 - d) Indeterminación, flexibilidad y atipicidad de la CPP tras la LCSP
4. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA INSTITUCIONALIZADA
 - a) Colaboración público-privada “puramente contractual” y colaboración público-privada “institucionalizada” en el ámbito europeo
 - b) ¿CPPI también como modalidad de ejecución de un contrato tradicional?
 - c) La indeterminación regulatoria de la CPPI
5. CONCLUSIONES FINALES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La Colaboración Público-Privada (en adelante “CPP”), como instrumento alternativo para la provisión de infraestructuras y servicios públicos, ha adquirido una notoria relevancia en el ámbito internacional durante la última década. Han sido muchos los países que, como el nuestro, han mostrado su interés sobre este fenómeno y han implementado nuevas fórmulas jurídicos-financieras con el propósito de conseguir una mayor implicación del sector privado en la construcción y gestión de bienes y equipamientos públicos, para poder atender así a las novedosas e ingentes necesidades de las sociedades desarrolladas de este nuevo siglo.

Se atribuyen importantes beneficios al desarrollo de estos nuevos modelos de integración entre el sector público y el sector privado. La captación de nuevos fondos para la inversión en grandes infraestructuras, o la mejora de la eficiencia y de la calidad en la provisión de bienes y servicios son sólo algunas de ellas. La base para su consecución residiría, esencialmente, en el ideal de la combinación de las virtudes y capacidades de los sectores público y privado, concretada mediante el establecimiento de marcos asociativos, generalmente duraderos, entre socios público-privados que se reparten los costes, los beneficios, y los riesgos asociados a la inversión y gestión de activos de interés general.

La Unión Europea ha apostado decididamente por la CPP. Durante los últimos años se han sucedido los esfuerzos institucionales para transmitir a los Estados miembros el potencial de estas nuevas fórmulas para contribuir en el desarrollo y crecimiento económico de la Unión, especialmente en el exigente escenario de la moderna y globalizada economía. También han sido notables sus aportaciones para promover un contexto jurídico-financiero claro y estable que propicie el florecimiento de estos nuevos instrumentos. El compromiso de las instituciones europeas con el desarrollo de las fórmulas de CPP ha sido reafirmado significativamente en el transcurso de la actual crisis financiera, atribuyéndole un importante papel en la recuperación económica y en el establecimiento de las bases para una economía europea más sostenible.

España no ha sido ajena al desarrollo de este fenómeno. En nuestro país han existido, desde hace ya varios años, múltiples fórmulas de CPP, siendo de los países en los que ésta ha adquirido un mayor grado de sofisticación¹. Sin embargo, la irrupción de este fenómeno en nuestro ordenamiento se evidenció con la introducción por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, cuyas determinaciones fueron modificadas significativamente por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante “Ley de Economía Sostenible”), demostrando el interés del legislador en el desarrollo de esta figura también en el delicado contexto actual.

La CPP se ha convertido así en una importante idea fuerza a nivel internacional, y en una realidad palpable en nuestro entorno. A pesar de que la crisis económica haya condicionado notablemente las inversiones amortizables a largo plazo, también ha acelerado el debate acerca de la sostenibilidad el modelo tradicional de Administración prestadora, y ha colocado los objetivos de eficiencia, de control del déficit y de reducción del gasto público entre las prioridades de los gobiernos. En este contexto, la CPP al ofrecer, además de las virtudes ya señaladas, la posibilidad de que los activos vinculados a sus proyectos no consoliden a efectos de déficit público, ha cobrado un importante protagonismo en este debate.

A pesar de toda esta atención e interés político e institucional, la CPP es todavía un mecanismo envuelto en un importante grado de indeterminación. Como trataremos de demostrar en este trabajo, cierto grado de indeterminación no sólo parece ser un elemento consustancial de las fórmulas de CPP, sino que resulta ser una característica necesaria para que la regulación legislativa y contractual de la colaboración garantice una relación público-privada eficiente y estable. La complejidad y la variada naturaleza de los proyectos que pueden acogerse a la CPP (transportes, sanidad, energía, urbanismo...) así lo exigen, toda vez que esta indeterminación entronca directamente con la necesidad de flexibilidad en las relaciones entre los socios con la que se pretende maximizar la capacidad innovadora e imaginativa de estas experiencias colaborativas.

¹ Así queda reflejado, por ejemplo, en la publicación de NACIONES UNIDAS: *Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships*, Suiza, 2008, pág. 8.

No obstante, este alto grado de indeterminación –jurídica y conceptual– ha derivado también en un alto grado de incertidumbre y de opacidad respecto de la propia naturaleza de este fenómeno, así como en relación con sus mecanismos de implantación. Si bien se han hecho esfuerzos institucionales y legislativos para crear un entorno jurídico-financiero que garantice la comprensión y la correcta puesta en marcha de este tipo de proyectos, lo cierto es que se sigue existiendo un preocupante grado de confusión acerca del propia delimitación de este fenómeno, así como acerca de los modos en que ésta debe configurarse y articularse. Este desconcierto no sólo impide afrontar los importantes esfuerzos que todavía se requieren para que, como herramienta a disposición de las autoridades públicas, pueda desplegar todas su potencial; sino que imposibilita cualquier reflexión responsable tanto sobre sus limitaciones, como sobre los riesgos contables y presupuestarios que su utilización comporta.

Parte de dicha confusión se explica en la propia complejidad de este fenómeno. En primer lugar, es bien conocido que los proyectos de CPP llevan aparejada –por la naturaleza de los activos y de las formas de interrelación que son necesarias–, un notable grado sofisticación en la técnica jurídico-financiera, lo que complica su análisis y comprensión. Por otra parte, también conlleva una gran dificultad discursiva el hecho de que la reflexión sobre la CPP entronque directamente con debates de gran envergadura de naturaleza ideológico-política acerca de la evolución del papel del Estado en la sociedad. La complejidad de estos instrumentos se debe también a que en su implementación confluyan, al mismo tiempo, consideraciones tanto de naturaleza jurídica como de naturaleza económico-financiera. Todas estas circunstancias tratarán de ser consideradas, en mayor o menor medida, en este trabajo, pretendiendo así –y aún a costa de cierta concreción–, un discurso claro y unitario sobre este fenómeno.

No obstante, la incertidumbre que caracteriza en la actualidad al fenómeno de la CPP proviene también, y a mi juicio, de dos elementos adicionales sobre los que merece la pena detenerse. Por una parte, creo que existe una falta de reflexión sobre el origen y delimitación de la figura de la CPP. A esta cuestión se dedica la Parte Primera de este trabajo, en la que se analizará el origen y evolución de esta figura, los debates ideológico-técnicos que en atención a ella se han abierto, así como los problemas que surgen de su adaptación a nuestra tradición jurídica sobre participación privada en los proyectos de infraestructuras públicas. En ausencia de un marco jurídico claro y de una mayor experiencia en este tipo de relaciones, un ejercicio de clarificación conceptual creo que es esencial para atender las necesidades de este fenómeno, así como para interpretar sus aspiraciones e inconveniencias.

El segundo gran foco de incertidumbre proviene, a mi juicio, de la propia interpretación del marco jurídico-financiero en que se enmarca el fenómeno de la CPP, especialmente en lo que se refiere, por una parte, a su dimensión contable; por otra, en lo que concierne a sus características como modelo contractual autónomo. Como elemento transversal a estos problemas, puede identificarse claramente una fuerte tensión entre indeterminación, flexibilidad y protección de las potestades públicas en la misma concepción de los instrumentos de CPP, así como en sus consecuencias jurídico-contables.

Por ello, en la Segunda Parte de este trabajo se analizan, en primer lugar, los principios en los que se asienta la normativa estadística de Eurostat sobre el tratamiento contable de los activos involucrados en proyectos de CPP. En segundo lugar, y desde un punto de vista puramente jurídico, se estudian los diferentes modelos de CPP que han existido en nuestro ordenamiento, así como a las particularidades que presenta la regulación del nuevo contrato administrativo de colaboración entre el sector privado y el sector público.

En mi opinión, la reflexión sobre la CPP, especialmente en la delicada situación económico-financiera en la que nos encontramos, resulta imprescindible para mantener, en la medida de lo posible, las garantías públicas –de calidad, consecución del interés público, y de eficiencia– en la gestión de los servicios públicos; para mantener un control responsable del impacto de los proyectos de CPP en la consecución del ansiado equilibrio presupuestario; y, en definitiva, para comprender las virtudes y conflictos que presenta la unión del sector público y privada en la provisión de infraestructuras y de servicios esenciales en nuestra sociedad.

Parte Primera

UNA REFLEXIÓN CONCEPTUAL ACERCA DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

1. PERSPECTIVAS GENERALES

a) La CPP en el contexto socio-económico actual

Las Administraciones Públicas se han encontrado tradicionalmente en una situación comprometida a la hora de hacer frente a sus responsabilidades en la provisión de bienes y servicios públicos, especialmente en materia de infraestructuras. Por una parte, se han visto en la imperiosa y constante necesidad de incrementar –cualitativa y cuantitativamente– las inversiones en este contexto, conscientes de que el nivel de desarrollo en infraestructuras de un país tiene un enorme impacto no sólo en el crecimiento de su economía y en su competitividad internacional, sino también en la calidad y esperanza de vida de sus ciudadanos². Por otra parte, los entes públicos han tenido importantes dificultades financieras a la hora de hacer frente a los enormes costes de construcción y mantenimiento que éstas llevan aparejados.

Esta disyuntiva entre las demandas públicas y las capacidades de financiación en materia de servicios e infraestructuras ha sido drásticamente acrecentada por la crisis económica en la que nos encontramos, adquiriendo nuevas dimensiones en el actual dilema entre las políticas de reducción del gasto público con las políticas de impulso y desarrollo económico. A día de hoy, y al igual que en la última década –y muy probablemente en la que sigue–, dicha problemática debe enmarcarse en las políticas de control de déficit público, una preocupación que se ha convertido en una cuestión estructural en el ámbito de la Unión Europea como consecuencia de la asunción del Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

De este modo, se ha abierto en Europa un importante debate sobre los medios a los que deben recurrir los entes públicos para atender a la necesidad de provisión de infraestructuras y servicios y, a su vez, para conseguir la adecuación de sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria. Es en este contexto en el que las fórmulas de CPP han tenido un papel preponderante, toda vez que presentan el valor añadido de que, en determinadas circunstancias, los activos involucrados en dichos proyectos no computan a efectos de déficit público.

Sin embargo, si bien es cierto que buena parte del auge que han vivido las fórmulas de CPP en Europa proviene de ese importante atractivo contable, es preciso dejar claro desde el principio que la CPP no surge ni puede explicarse como un mecanismo de “desconsolidación” de activos implicados en actuaciones de interés general. De otra forma no podría explicarse ni la expansión de dicho fenómeno mucho más allá de las fronteras más allá de la Unión Europea, ni el hecho de que se relacione, como veremos, a un fenómeno eminentemente colaborativo.

En cualquier caso, el fenómeno de la CPP sí debe relacionarse con la reflexión acerca de qué papel debe asumir el Estado en la necesidad –cada vez más acuciante y costosa– de provisión de servicios e infraestructuras en un contexto de restricción presupuestaria. La solución que ofrece la CPP a esta disyuntiva tiene que ver con la implicación del sector privado en la gestión de dichas infraestructuras, manteniendo, sin embargo, la consideración hacia las responsabilidades públicas en las acciones y actividades que se acometen en nombre del interés general.

b) La necesidad de una reflexión conceptual sobre la CPP

Coincido plenamente con Alfonso Fuertes³ cuando sostiene que la exploración teórica acerca de los caracteres y principios que informan los esquemas esenciales de CPP resulta capital de cara a su óptima comprensión. Uno de los grandes problemas que presenta la CPP como nuevo fenómeno

² Véase JEFFREY DELMON: *Public-Private Partnership Projects in Infrastructure. An Essential Guide for Policy Makers*, Cambridge University Press, 2011, pág. 1; y ADOLFO FUERTES FERNÁNDEZ: “Fundamentos de la Colaboración Público-Privada para dotación de infraestructuras y servicios” en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras*, núm. 29, 2007, págs. 66 y ss.

³ Véase ADOLFO FUERTES FERNÁNDEZ: “Fundamentos de la Colaboración Público-Privada para dotación de infraestructuras y servicios”, *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras*, núm. 29, 2007.

jurídico-político, como verdadera alternativa a los instrumentos tradicionales de provisión de bienes y servicios en nuestro país, es el de la carencia de reflexión y asimilación conceptual sobre el mismo. Además de otros elementos que se analizarán en este trabajo, creo que la falta de un sólido andamiaje conceptual tiene mucha responsabilidad en la situación de incertidumbre actual sobre éste fenómeno, situación que Alberto Ruiz Ojeda ha llegado a denominar, muy recientemente, como de “espiral del desconcierto”⁴. A mi juicio, pueden identificarse varios circunstancias y motivos que han influido en la falta de una adecuada atención teórica de este fenómeno.

En primer lugar, la reflexión sobre la CPP en Europa y en nuestro país ha sido deslumbrada por su dimensión contable. Si bien resulta imprescindible entender las implicaciones contables de la CPP para comprender su éxito en el ámbito de la Unión Europea –y para explicar las directrices que marcarán su implementación en el mayor de los casos–, ello ha desviado la atención de las implicaciones políticas y jurídicas de un fenómeno que aspira a crear un verdaderos partenariados entre el sector público y el sector privado, una nuevo tipo de relación que trastoca los esquemas tradicionales de división de responsabilidades entre el ámbito de lo público y de lo privado.

En segundo lugar, es probable que se haya llevado a cabo una traducción apresurada de los principios de la CPP a nuestros esquemas jurídicos, lo que puede responder, quizá, a un exceso de confianza en nuestra experiencia en la participación del sector privado en la provisión de infraestructuras públicas, en especial a través de la concesión de obra pública. Posiblemente sea cierto que la CPP, tal y como actualmente la concebimos, no supone un cambio radical en los esquemas o conceptos ya existentes en nuestro acervo jurídico, sin embargo, la idea fuerza del fenómeno colaborativo sí plantea una novedad respecto a los esquemas tradicionales de provisión de infraestructuras. En mi opinión, el problema conceptual que existe sobre este asunto se pone de manifiesto, precisamente, en las dificultades que existen a la hora de identificar la singularidad que la CPP comporta.

Finalmente, existe un tercer motivo que dificulta esta reflexión teórica sobre la CPP, y es el de la implicación ideológica y política que existe en sus orígenes y evolución histórica. Dichas implicaciones muchas veces se pasan por alto, o tratan de obviarse (por diversos motivos) insistiéndose únicamente en el marcado carácter técnico de estos instrumentos. No obstante, y a pesar de la dificultad que implica, especialmente para los juristas, entrar en disquisiciones de esta naturaleza y tratar conciliarlas con precisos y elaborados discursos jurídicos, creo que es importante hacer un esfuerzo expositivo en este sentido, pues tengo el convencimiento de que la CPP sólo puede comprenderse, tanto en su dimensión más global como en su dimensión más técnica, si se sitúa en el preciso contexto histórico-político del que procede.

Todas estas cuestiones han alejado las reflexiones acerca de la CPP de una cuestión básica que, a mi modo de ver, es la que verdaderamente representa el desafío de este nuevo fenómeno, y no es otro que el delicado y bien conocido problema de la compatibilidad y equilibrio entre los fines y responsabilidades públicas con los intereses e incentivos privados. La pregunta fundamental que debemos hacernos a este respecto es cómo se ha interpretado la dualidad público-privada en los esquemas colaborativos o asociativos que configuran la CPP, y cómo se han adaptado en ella los esquemas contractuales que tradicionalmente han configurado la participación privada en las provisiones de bienes y equipamientos públicos en nuestro ordenamiento.

c) Definiciones y características de la “Colaboración Público-Privada”

La expresión “Colaboración Público-Privada” proviene de la traducción de la expresión anglosajona *Public Private Partnership*⁵, aunque hay autores que prefieren referirse a este fenómeno como “Aso-

⁴ ALBERTO RUIZ OJEDA: “Últimas orientaciones en la Colaboración Público-Privada. (Apuntes desde la perspectiva de las normas contables para el cálculo del endeudamiento y el déficit público)”, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 325, 2012, pág. 120.

⁵ Debe señalarse que la misma expresión original no presenta un significado unívoco. Tal y como señala ADOLFO FUERTES en *op. cit.*, págs. 261 y ss., en la mayor parte de Europa y Australia la expresión *Public-private partnerships (PPP)* se identifica con los proyectos incluidos en la *Private Finance Initiative (PFI)* británica, mientras que en Reino Unido el concepto de *PPP* abarca, en principio, no sólo los modelos de *PFI*, sino también los esquemas propios de la privatización, como son la venta de activos públicos a sujetos privados o la introducción de capital privado mayoritario a en empresas de propiedad pública. En Estados Unidos, por su parte, el término abarca un amplio recorrido conceptual que incluye fórmulas muy cercanas al *outsourcing* o al *turnkey* como formas tradicionales de contratación de servicios y obras respectivamente y en algunos ámbitos doctrinales se identifica incluso con éstos.

ciación Público-Privada”, o, mediante la inclusión de un neologismo para que la expresión resulte más fiel al término original, como “Partenariado Público-Privado”⁶.

No existe en el ámbito internacional una definición estándar de la CPP. Ello no puede sorprendernos toda vez que no existe un concepto homogéneo de CPP en la Unión Europea, ni ha existido siquiera un modelo unitario de CPP en nuestro propio ordenamiento jurídico nacional. Por ello, suele señalarse que el concepto de CPP es un concepto controvertido, pues se refiere a fórmulas innovadoras (algunas aún en estudio, otras ya en plena implementación), que anuncian un vasto territorio de acción que merece ser investigado al tiempo que empiezan a transformar la tradicional percepción de las relaciones entre lo público y lo privado. Por ello suele partirse de la idea de que la CPP constituye un “género” o “familia” de mecanismos en constante evolución, que arrastra consigo una amplia gama de definiciones que se diferencian entre sí según el enfoque utilizado o la amplitud que se le concede. Me limito, por tanto, a continuación a transcribir algunas de las más relevantes en el ámbito internacional:

“Una *PPP* puede definirse generalmente como una forma de colaboración o esfuerzo común entre los sectores público y privado con el propósito de desarrollar, construir, explotar y financiar. Una *PPP* está consignada por una serie de acuerdos interrelacionados entre los agentes públicos y privados por los que se definen sus respectivos derechos y obligaciones según la configuración legal y política existente.” [Naciones Unidas-Comisión Económica para Europa (2000)⁷.]

“Asociación entre los sectores público y privado, que se fundamenta en la capacidad de cada parte para cumplir de la mejor manera posible ciertas necesidades públicas a través del adecuado reparto de recursos, riesgos y compensaciones.” [Canadian Council for Public-private partnerships⁸.]

“*Public Private Partnerships (PPPs)* son un medio de utilización de financiación y técnicas privadas para la ejecución de proyectos tradicionalmente realizados por el sector público. Estos incluyen proyectos intensivos en el uso de capital tales como colegios, hospitales, carreteras y equipamientos de agua. En lugar de que sea una entidad pública quien desarrolle activos fijos y posteriormente detente su propiedad, los gestione y regule, las *PPPs* generalmente implican que el sector privado sea su responsable y los gestione y la Administración Pública ‘adquiera’ el servicio al contratista durante un período de tiempo determinado.” [The Scottish Parliament (2001)⁹.]

Por su parte, y ya en el ámbito de la Unión Europea, en el *Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en Materia de Contratación Pública y de Concesiones*¹⁰, la Comisión Europea se refería a la CPP en los términos siguientes: “En general, se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio.” Que se caracterizan, a su vez y a grandes rasgos, por las siguientes notas:

- Duración relativamente larga de las relaciones entre el socio privado y el socio público.
- El modo de financiación del proyecto, en parte garantizado por el sector privado.
- El importante papel del socio privado, que participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación).
- El reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público.

⁶ No hay acuerdo en la doctrina sobre este punto. Véanse los brevísimos comentarios que sobre esta cuestión se han vertido sobre este asunto en BORJA COLÓN CARVAJAL: “Presente y futuro de la colaboración público-privada: aspectos determinantes de su importancia como instrumento eficaz para salir de la crisis”, en *Noticias de la Unión Europea*, 316, mayo 2011, pág. 25; en ANDRÉS REBOLLO: “Diagnóstico de la situación actual y recomendaciones revisadas. El nuevo marco práctico y legal para el desarrollo de infraestructuras mediante Asociaciones Público Privadas y medidas de intervención financiera”, *Infraestructure, Deloitte*; pág. 2; y LUIS MIGUEZ MACHO: “Las fórmulas de Colaboración Público-Privada en el Derecho Español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 175, 2008, pág. 158.

⁷ NACIONES UNIDAS-COMISIÓN ECONÓMICA PARA EUROPA: *Negotiation Platform for Public-private partnerships in Infrastructure Projects*, Nueva York, 2000, pág. 1.

⁸ Véanse las explicaciones en la página web del *Canadian Council for Public-Private Partnerships* en <http://www.pppcouncil.ca/resources/about-ppp/definitions.html> (última revisión en 19 de mayo de 2012).

⁹ THE SCOTTISH PARLIAMENT: *Public Private Partnerships and the Private Finance Initiative: A review of recent Literature (Research Note for the Finance Committee)*, 2001.

¹⁰ COM (2004) 327 final de 30 de abril de 2004, pág. 3.

De las definiciones señaladas, al igual que sucede con muchas otras definiciones que han aparecido a este respecto, resulta evidente que el fenómeno de la CPP no queda claramente delimitado. De acuerdo con Julio V. González García¹¹, ello es consecuencia del elemento de indeterminación que caracteriza el fenómeno de la CPP, una indeterminación que ha sido, por cierto, querida y buscada –al menos, inicialmente– por las autoridades públicas para que, de esta forma, se ampliaran las posibilidades de implicación del sector privado en estas actuaciones¹².

Por ello, y para trazar un escenario más preciso de lo que configura el objeto de este trabajo, es conveniente ahondar en algunas de las características que la doctrina viene identificando en los contratos que habitualmente catalogamos como de CPP.

Siguiendo de nuevo a Julio V. González García¹³, los contratos de CPP se caracterizan, en primer lugar, por ser complejos, tanto en lo que se refiere a las prestaciones que incorporan como a los sujetos participantes, públicos y privados, transformando la bilateralidad de las relaciones tradicionales entre Administración y contratista. Mientras que en los contratos tradicionales la Administración ejerce el protagonismo en muchos momentos del mismo (tanto en diseño como en su desarrollo) en los contratos de CPP la Administración y el contratista habrían de colaborar entre ellos para definir y delimitar con la mayor claridad posible todos los aspectos de su relación contractual. Según este autor podría hablarse en este sentido de un servicio integral o actuación global público-privada con la que se pretende incorporar los conocimientos y el dinamismo del sector privado en fases que eran antes asumidas únicamente por las Administraciones Públicas.

En segundo lugar, y tal y como identificaba la Comisión Europea en el Libro Verde, los proyectos de CPP exigen un reparto de riesgos entre el contratista y la Administración. Dicho reparto de riesgos no puede ser caprichoso u arbitrario, sino que debe responder a un principio de eficiencia muy concreto: los riesgos inherentes al proyecto de CPP debe asumírselos el socio que esté en mejor condición para evitarlos. La adecuada asignación de estos riesgos (distinguiendo entre los diferentes tipos de riesgos que existen) es el elemento clave con el que minimizar costes y aumentar la eficiencia de los proyectos, objetivos éstos que se encuentran entre las prioridades de la CPP. Este elemento, el de la repartición de riesgos entre socios, es un aspecto determinante en la configuración de los proyectos CPP no sólo porque permite distinguirlos de otras modalidades contractuales tradicionales, sino también porque es el elemento sustancial para determinar el tratamiento contable de los activos en ellos implicados según las normas estadísticas de Eurostat.

Un cuarto factor que permite caracterizar el fenómeno de los CPP en nuestro país y en los países de nuestro entorno estriba en la forma mediante la que el socio privado recupera la inversión realizada en la infraestructura. A pesar de que exista una amplia flexibilidad a este respecto (entre pagos por la Administración o por los usuarios, o por ambos), lo cierto es que los proyectos de CPP han fomentado la aparición de pagos por la Administración Pública que no se corresponden con una contraprestación por la construcción de las infraestructuras, sino por la efectiva utilización de las mismas. Es decir, la CPP ha puesto en boga los que habitualmente se denominaban pagos por disponibilidad, una figura similar a la del peaje en la sombra en el caso de las concesiones. En los pagos que habitualmente existen se encuentra tanto una corriente de pago derivada del uso que hace la Administración de la infraestructura, como otra que afecta a las cantidades por los servicios paralelos que presta el contratista de la Administración. Este elemento nos conduce a uno de los elementos característicos de la CPP: la incorporación de los niveles de calidad como factor de determinación de la cuantía con que se retribuye al contratista.

Finalmente, el quinto factor que caracteriza a los proyectos de CPP es el propósito de lograr un valor añadido complementario en la utilización del dinero público. Dicho valor añadido provendría de la

¹¹ JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA: *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 23.

¹² No es el único autor que denuncia una gestión interesada de la indeterminación conceptual de la CPP. Por ejemplo, en Reino Unido, varios autores han denunciado que la confusión existente entre *Private-Public Partnership* y *Project Finance Initiative* (la comúnmente denominada *PF*), ha sido deliberadamente creada para huir de la mala prensa que adquirió esa última expresión. Por otra, el autor KEITH FAULKNER (“Public-Private Partnerships”, en *Public-Private Partnerships. Policy and Experience*, Palgrave Macmillan, 2004, págs. 65 y ss.) ha denunciado la utilización de la expresión CPP sobre estructuras que no son propiamente “partenariados” con el único fin de beneficiarse del atractivo de esta expresión.

¹³ JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA: “Contrato de Colaboración Público-Privada”, *Revista de Administración Pública*, 170, Madrid, 2006, páginas 12 y ss.

aportación de conocimiento, capacidad de gestión y de innovación procedentes del sector privado, asunción ésta que, sin embargo, es necesario señalar que en ningún caso puede considerarse pacífica por la doctrina. Sin perjuicio de lo anterior, la idea a este respecto es que dado que las Administraciones acceden en mejores condiciones a los mercados financieros que los agentes privados (o así sucedía tradicionalmente) en encarecimiento que supone la introducción en las operaciones de capital privado exige incorporar en la fase de tramitación del procedimiento de contratación, por un lado, un examen del coste que tendría la realización de la misma prestación por parte del ente público, —a través de lo que se suele denominar *Public Sector Comparator*—; así como la necesidad, por otro lado, de realizar una memoria justificativa en la que se expongan los motivos que justifiquen la utilización de esta modalidad contractual y no de cualquier otra. Nótese, entonces, que ello presupone ya la existencia de una clara distinción entre éste y el resto de contratos.

Estos son, en términos generales, los elementos que configuran el fenómeno de la CPP tal y como se concibe en nuestro país. Son éstos extremos novedosos que, por separados o conjuntamente considerados, configuran gran parte de la complejidad y sofisticación de esta nueva forma de interacción entre los sectores públicos y privados. Son muchas e importantes las cuestiones que su a propósito se plantean, no obstante, es preciso dar ahora por suficientes dichas reseñas no sólo porque creo que cumplen con su cometido introductorio en esta primera parte del trabajo, sino porque comparto plenamente la opinión de Alfonso Fuertes¹⁴ cuando advierte que la profundización en la complejidad potencial de estas fórmulas nos aleja de la verdadera esencia de este fenómeno.

2. LOS FUNDAMENTOS DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

a) Una síntesis conceptual

Alfonso Fuertes¹⁵ ha señalado que la doctrina ha acostumbrado a centrar sus análisis de la CPP únicamente en sus formas más complejas, en aquellos proyectos de provisión de bienes y servicios públicos a gran escala, con significativas implicaciones financieras, y con una amplia repercusión social. El problema, según este autor, es que al obviarse así otras articulaciones de CPP más simples en sus pretensiones pero extremadamente delicadas en sus planteamientos jurídico-públicos, se pueden producir: “Posicionamientos teóricos confusos y simplistas, que despojen al concepto de sus rasgos identificativos primigenios. Surge así el riesgo de que la discusión sobre los nuevos PPP ignore la experiencia de aquellas relaciones público-privada de «bajo perfil» pero bien establecidas entre los gobiernos y las organizaciones sin ánimo de lucro.”¹⁶ De esta manera, y para centrar adecuadamente el marco de discusión que la CPP comporta, el análisis debería centrarse en la actividad pública prestacional de bienes y servicios, basadas en formas de colaboración entre entidades públicas que, reuniendo una serie de características comunes, se articulan sobre la base de la mutua confianza, y la actuación en términos de igualdad, en la compartición de decisiones y en la repartición de riesgos.

En esta síntesis conceptual, según este autor, es donde subyace la verdadera esencia de los CPP, el sustento fundamental que les da sentido como figura singular y delimita las fronteras con las formas contractuales o institucionales de provisión de bienes y servicios que tradicionalmente han protagonizado la función prestacional del sector público. La idea de colaboración, dice este autor: “Cristalizada en una relación a largo plazo de carácter contractual entre sujetos públicos y privados bajo la premisa de una acción conjunta, igualitaria y leal con participación en riesgos y decisiones debe presidir el análisis de los PPP como propuesta alternativa en el desarrollo de infraestructuras y servicios público, y bajo este prisma colaborativo y relacional debe abordarse cualquier aproximación, ya sea teórica, ya sea operativa, a la compleja realidad jurídico-económica subyacente en unas u otra manifestaciones de este fenómeno ya consolidado.”¹⁷

Con estas afirmaciones, Alfonso Fuertes nos advierte de una realidad que creo que podemos situar en la raíz de las dificultades que tenemos para concebir, valorar, e implementar el instrumento de la CPP

¹⁴ ALFONSO FUERTES, *op. cit.*

¹⁵ *Ibidem*, págs. 64-65.

¹⁶ *Ibidem*, pág. 65.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 65.

en este país. Es posible que, como apunta este autor, no se hayan hecho los esfuerzos suficientes para comprender la singularidad de la base conceptual de la CPP, para afrontar las consecuencias que la implantación de esta figura implica en nuestra forma de concebir el papel de las Administraciones en la provisión de bienes y servicios que queremos que sigan siendo considerados como públicos.

La CPP representa una nueva forma de interrelación entre el sector público y el sector privado, una forma diferente de concebir la participación del interés privado y, también, del ánimo de lucro en la consecución de intereses generales. Una fórmula novedosa que, sin embargo, y como han señalado muchos en la doctrina, no es milagrosa ni está exenta de controversia ni de influencias ideológicas. Se trata de un fenómeno sobre el que existen todavía serias dudas conceptuales, jurídicas y financieras, a pesar de ser ya una realidad en nuestro ordenamiento. Probablemente, las dudas que existen tengan mucho que ver con una falta de reflexión profunda sobre las limitaciones de esta figura, y de cómo adecuarla a las necesidades y exigencias de nuestro ordenamiento.

b) Apuntes sobre su origen histórico-ideológico

Una de las contradicciones más manifiestas que existe en la literatura acerca del fenómeno de la Colaboración Público-Privada se refiere a su singularidad. La CPP es un fenómeno eminentemente nuevo, y, a la vez, un mecanismo que ha existido en nuestra tradición jurídica desde tiempos inmemoriales¹⁸. Se produce, así, cierta confusión acerca de la novedad que este fenómeno, tanto desde el punto de vista histórico-político, como en relación con otras figuras jurídicas conexas como pueden ser la concesión de obra pública, o la propia noción de privatización. Como veremos, la inherente indeterminación del concepto de CPP impide que podamos ser conclusivos en uno y otro aspecto, pero creo que merece la pena atender a los esfuerzos doctrinales que se han hecho al respecto. Lógicamente, queda fuera del propósito de este trabajo el análisis riguroso sobre los orígenes y evolución histórica del fenómeno de la CPP, aunque creo importante destacar aquí algunos de sus hitos más recientes e incontrovertidos que ha aportado la doctrina sobre este asunto.

De acuerdo con el trabajo de Tony Bovaird¹⁹, el inicio de la historia moderna²⁰ de la CPP debe situarse en Estados Unidos. Uno de los principales antecedentes se encontraría en 1938 cuando el gobierno federal lanzó un paquete de programas de vivienda que se basaba en el “partenariado” entre el sector público y privado, anticipando así lo que iba a ser una importante implicación de esta fórmula en las políticas de “re-desarrollo urbano”. De acuerdo con los autores Alberto Dorrego de Carlos y Francisco Martínez Vázquez²¹, la tradicional desconfianza que ha existido en Estados Unidos frente al Estado²², la descentralización que provee el Estado federal y la firme creencia, confirmada con posterioridad por la teoría económica, de que el desarrollo socioeconómico sólo es posible si se da el correlativo desarrollo de las infraestructuras básicas, son elementos que ayudan a entender el florecimiento de este tipo de mecanismos en este país.

La utilización de las técnicas de CPP para la regeneración urbana se extendió durante las décadas de los 60 y de los 70. En esta época, el alto endeudamiento y el creciente déficit presupuestario pusieron en entredicho la capacidad de los Estados para hacer frente al desarrollo de unas políticas públicas

¹⁸ Por ejemplo, ULRICA MÖRTH en: “The market Turn in EU Governance-The Emergence of Public-Private Collaboration”, *Governance*, vol. 22, Issue 1, 2009 pág. 186, señala que: “Las PPP no son un nuevo fenómeno. En realidad, es difícil encontrar una época en la que no hubiera partenariados o otras formas de colaboración.”

¹⁹ TONY BOVAIRD: “Public-Private Partnerships in Western Europe and the US: New Groth from Old Roots” en *Public-Private Partnerships. Policy and Experience*, Palgrave Macmillan, 2004, págs. 222 y ss.

²⁰ Esta precisión (o precaución) se explica en que gran parte de la doctrina, impelida muy probablemente por la dificultad de deslindar la CPP de otras formas de implicación del sector en la provisión de bienes y obras públicas, se ve en la necesidad de hacer referencias a una evolución todavía anterior de este fenómeno, señalando que la participación del sector privado ha existido siempre, con un importante aumento a partir de los siglos XVIII y XIX a raíz de la evolución y extensión de las sociedades modernas y sus nuevas necesidades, especialmente a partir del desarrollo del ferrocarril, el abastecimiento de aguas así como de la energía eléctrica y de las redes de saneamiento.

²¹ ALBERTO DORREGO DE CARLOS y FRANCISCO MARTÍNEZ VÁZQUEZ: *La Colaboración Público-Privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, 2009, págs. 38 y ss.

²² Sobre este asunto, STEPHEN V. MONSMA en *Putting Faith in Partnerships*, The University of Michigan Press, 2004, pág. 1, destaca la aparente contradicción que existe en Estados Unidos sobre este punto, al comprobar que las encuestas demuestran que los estadounidenses creen que el gobierno debe tener un papel activo y positivo en la ayuda de los más favorecidos, a la vez que manifiestan una profunda desconfianza frente al gobierno. Esta tensión favorece, según los autores, la aparición de estructuras intermedias, fenómeno en que se incluirían los partenariados.

cada vez más exigentes. El colapso de lo público tras una época de grandes nacionalizaciones y de gran presencia de los Estados en la recuperación de las economías de posguerra justificó que se acudiera a la ayuda del sector privado en la producción de bienes públicos y en la prestación de servicios a los ciudadanos. Desde ese momento, las técnicas de CPP se extendieron a otros ámbitos en los que la financiación tradicional no era adecuada, como en la construcción de infraestructuras de transporte, abastecimiento de agua o el tratamiento de aguas residuales, siendo, en muchos casos, un primer paso hacia la privatización de dichos servicios.

Así, los esquemas de relación público-privada se desarrollaron, primero, en Estados Unidos, —fue la Administración Reagan la que acometió una profunda reforma para contener el gasto público a través de los recortes presupuestarios en un contexto de creciente presión social por el mantenimiento y mejora de los sistemas prestacionales—, para desarrollarse después, y paradigmáticamente, en Gran Bretaña con el gobierno de Thatcher, lo que evidencia que en la creación de estos instrumentos contribuyó, de forma relevante, el marco político-ideológico en el que se basaban los gobiernos conservadores²³.

Siguiendo en este punto el trabajo de Eva Nieto Garrido²⁴, a principios de la década de los 80 el gobierno conservador de Margaret Thatcher, ante la grave crisis económica que sufría Gran Bretaña, adoptó en sus políticas una nueva forma de entender la gestión de los asuntos públicos que es conocida como *New Public Management* (en adelante *NPM*). Regido por la máxima de las tres “Es” (economía, eficacia y eficiencia), impulsó la reducción del sector público en medios personales como en medios materiales, acometiendo la privatización de empresas públicas, así como reduciendo la inversión en infraestructuras.

El Reino Unido adquirió, así, protagonismo y liderazgo en el desarrollo de la CPP, especialmente en la construcción de colegios, en las Tecnologías de la Información y la Comunicación, y en las iniciativas para el empleo. Estas iniciativas tuvieron su influencia en otros países europeos, a la vez que el Reino Unido recibió influencias de los países vecinos en sectores como la construcción de hospitales, túneles, etc. Es en los años 80 cuando se llevaron a cabo proyectos de transporte de relevancia mundial en Europa, tales como el Túnel del Canal de la Mancha, *the Oresund Connection* entre Dinamarca y Suecia, así como varios proyectos ferroviarios transnacionales de alta velocidad.

En lo que a la ejecución de obra pública y a la prestación de servicios públicos se refiere, el NPM puso en práctica la utilización de diversas fórmulas con el propósito de obtener financiación privada y alcanzar la máxima eficacia en la gestión de los servicios. Siguiendo de nuevo a Alberto Dorrego de Carlos y Francisco Martínez Vázquez²⁵, la extensión del NPM se produjo mediante la actualización del tradicional recurso a la concesión administrativa, si bien posteriormente se introducen innovaciones sustentadas en un esquema financiero como es el contrato de *Project Finance* y las modalidades concesionales alrededor del contrato de *BOT (Build, Operate and Transfer)* en Estados Unidos. En Gran Bretaña, el gobierno de Thatcher puso en marcha la fórmula conocida como *Private Finance Initiative* (en adelante también *PFI*) que, perfeccionada por el Gobierno laborista de Tony Blair —lo que suaviza la polarización ideológica si no en la creación de esta figura, en la utilización de la misma, como demuestra la experiencia en otros países—²⁶, es actualmente la fórmula referente para la reali-

²³ Con este tipo de precisiones no se pretende politizar en el debate acerca de la utilización de la CPP. A pesar de que son muchos y de muy distinto signo los gobiernos que han adoptado mecanismos de CPP, hemos referido ya que la reflexión que es necesaria respecto de la utilización de la CPP no puede ser únicamente técnica. Tal y como han denunciado, de forma contundente ABBY GHOBADIAN; DAVID GALLEAR; NICHOLAS O'REGAN, y HOWARD VINEY: “PPP: The instrument for Transforming the Public Services” en *Public-Private Partnerships. Policy and Experience*, Palgrave Macmillan; pág. 32, citando a WHITFIELD D.: “Centrar la atención sobre la práctica, eficiencia y el VFM de los proyectos de PPP es una trampa. Los que abogan por la PFI/PPP quieren reducir el debate [...] para excluir la discusión sobre principios, ideología y creencias políticas. Quieren confinar el debate al «negocio» de cómo se proveen los servicios, despolitizando la provisión de servicios. Ello desplaza cuestiones cruciales como el control democrático, la limitación del gobierno mediante los contratos, necesidades sociales y calidad de servicios.”

²⁴ Véase EVA NIETO GARRIDO: “La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido”, *Revista de Administración Pública*, núm. 164, 2004, pág. 389 y ss.; en el que se encuentra una descripción detallada de la evolución histórica de la PFI en Gran Bretaña, págs. 391 y ss.

²⁵ ALBERTO DORREGO DE CARLOS y FRANCISCO MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 39 y ss.

²⁶ DAN CORRY, en su capítulo titulado “New Labour and PPPs”, en ABBY GHOBADIAN; DAVID GALLEAR; NICHOLAS O'REGAN, y HOWARD VINEY, *op. cit.*, explica la evolución de la percepción del laborismo inglés sobre la CPP. En él se explica que cuando los laboristas ganaron a los conservadores, revisaron, crearon nuevas instituciones y cambiaron ciertas reglas en relación con la aplicación de la CPP; pero no detuvieron la aplicación de la CPP en la provisión de servicios públicos. Ello pone de manifiesto que, a pesar de que haya evidentes tintes ideológicos en la concepción de esta figura, se trata de un instrumento al servicio de los poderes públicos, con una configuración modelable a las necesidades y exigencias de diferentes tipos de gobiernos.

zación de obras públicas de gran envergadura en el Reino Unido, y uno de los principales referentes para el desarrollo de la CPP en nuestro país y en los países de nuestro entorno. La novedad que se reconoce a la *PFI* frente a otros modelos tradicionales de participación del sector privado en la provisión de infraestructuras es el establecer un verdadero paradigma de corresponsabilidad público-privada en la asignación de los riesgos que lleguen a concretarse en el proyecto.

Es importante apuntar aquí que, a pesar del liderazgo anglosajón que hemos descrito, las fórmulas de CPP se han extendido en muchos países, adquiriendo modalidades dispares en los diferentes países, dependiendo de cómo se configura esa corresponsabilidad público-privada, de cómo se diseña la repartición eficiente de los riesgos; y, en definitiva, de cómo se concibe el necesario equilibrio entre la iniciativa privada y la imprescindible implicación del sector público en la provisión de los servicios e infraestructuras básicos, de los cuales, no lo olvidemos, es responsable último. Ello explica que no exista en Europa un modelo homogéneo de contrato de CPP.

Una vez realizadas estas breves pinceladas acerca del origen histórico-político de la CPP, y antes de proseguir el estudio acerca de cómo se produjo la integración del fenómeno de la CPP en nuestro ordenamiento, quisiera atender, también sucintamente, a las reflexiones acerca de la significación de la CPP en el debate acerca del papel del Estado en torno a las responsabilidades de provisión de infraestructuras públicas. Y es que, probablemente y desde una perspectiva jurídico-pública, las técnicas de CPP no representan meras fórmulas alternativas de financiación de infraestructuras, sino que su integración como modelo de actuación de las Administraciones Públicas significa un cambio de la concepción misma del Estado en su función prestacional como proveedor de servicios públicos, en tanto supone una redefinición del propio marco jurídico-público en el que ésta se asienta²⁷. Con ello no se quiere sino poner de manifiesto que la discusión sobre la CPP no es una discusión únicamente técnica, sino todo lo contrario, motivo por el cual la figura de la CPP resulta esencialmente controvertida.

c) Apuntes sobre su significación jurídico-pública

Desde un nivel distinto de análisis, puede afirmarse que una de las principales responsabilidades de las autoridades públicas ha sido siempre velar por la cobertura de estas necesidades colectivas básicas y por la preservación de los servicios de interés general. A pesar de la delicada situación en la que nos encontramos, esta responsabilidad sigue revistiendo en la actualidad una capital importancia. Lo que sí está cambiando, necesariamente, es la forma en que los poderes públicos cumplen con dichas obligaciones de cara a los ciudadanos.

En el devenir histórico, los gobiernos han tratado de establecer modelos de administración de los intereses públicos que armonizaran las convicciones ideológicas con los cambios económicos tecnológicos y sociales. Los diferentes esquemas que han resultado pueden situarse en un continuo – siempre teórico– en cuyos extremos podríamos ubicar, por un lado, los modelos basados en la intervención directa de los poderes públicos en la producción y provisión de bienes y servicios; mientras que, en el otro extremo, se situarían los esquemas sustentados por las formas de gestión privada, en los que el poder público mantiene únicamente, y en su caso, la capacidad de regular el marco jurídico en que se desenvuelven los actores privados.

En Europa, ciertos servicios públicos han sido prestados tradicionalmente por las autoridades públicas. Sin embargo, cada vez es más habitual que éstas confíen su prestación a empresas públicas o privadas o a consorcios mixtos entre los sectores público y privado limitándose, por su parte a definir los objetivos públicos, así como a supervisar, regular y, en su caso, financiar dichos servicios.

Así, un rasgo elemental que caracteriza la actual tendencia en la que nos encontramos inmersos es, sin duda, la creciente implicación del sector privado en la provisión de servicios públicos. De acuerdo con los autores Abby Ghobadian, David Gallear, Nicholas O'Regan and Howard Viney²⁸, entre los factores que explican este fenómeno se encuentran los siguientes: a) Mayor demanda sobre las fi-

²⁷ Así lo ha apuntado, por ejemplo, la Comisión Europea en el *Libro Verde sobre CPP*, pág. 3, al señalar que “el desarrollo de la CPP forma parte de la evolución más general del papel del Estado en el ámbito autonómico, al pasar de operador directo a organizador, regulador y controlador”.

²⁸ ABBY GHOBADIAN; DAVID GALLEAR; NICHOLAS O'REGAN, y HOWARD VINEY: “PPP: The instrument for Transforming the Public Services” en *Public-Private Partnerships. Policy and Experience*, Palgrave Macmillan, 2004, pág. 2.

nanzas públicas²⁹; b) fortalecimiento financiero del sector privado; c) la liberación del comercio; d) emergencia de una ideología neoliberal³⁰.

Esta circunstancia supone un lenta pero profunda transformación en los planteamientos sustanciales de la acción pública. Lejos de responder a tendencias coyunturales o esporádicas, dicha trayectoria encuentra su arraigo en sólidas arquitecturas doctrinales profundamente enraizadas, como hemos visto, en la tradición anglosajona.

Hemos señalado también que fue el supuesto colapso de las finanzas públicas lo que impulsó un cambio ideológico que se extendió por Europa durante las décadas de los 80 y los 90. A través de las reformas llevadas a cabo por el ya mencionado NPM, se introdujo un amplio abanico de instrumentos de gestión privada en el sector público cuya implantación paulatina en las estructuras político-administrativas de cada país ha ido delimitando, con diverso alcance e intensidad, un nuevo panorama en la acción pública prestacional claramente enfocado hacia un servicio más eficaz y eficiente a los ciudadanos. Como ha señalado Adolfo Fuertes³¹, este nuevo enfoque se basa en la introducción de mecanismos basados en la evaluación de objetivos y resultados, el aprovechamiento de las capacidades innovadoras del sector privado, y la descentralización competencial en aras de una mayor cercanía y eficacia.

Este proceso reformador pretende sustituir la tradicional Administración burocrática, presidida por el control de los *inputs* y la legalidad, por un nuevo modelo de gestión enfocado en los resultados u *outputs*, el incremento del valor de la acción prestacional y de la evaluación de la eficacia, eficiencia, e impacto social de los servicios públicos. Ello implica, por una parte, la modernización de la actuación de las Administraciones Públicas a través del principio inspirador de la flexibilidad, por otra, a través de la proliferación de nuevas entidades instrumentales como agencias, entidades de naturaleza privada o de economía mixta.

En el ámbito de lo público, quizá el cambio más importante se produce con la aparición de un concepto de *governance*, nacido también en el ámbito anglosajón, importado a nuestro entorno como “gobernanza” o “gobierno multinivel”. En este nuevo esquema, el Estado perdería definitivamente su condición de responsable único del desarrollo y funcionamiento de la sociedad y aparecería un novedoso espacio de corresponsabilidad en el que diferentes sujetos estarían llamados a colaborar para satisfacer el interés público.

Estas nuevas formas de gestión pública, asentadas sobre la concepción colaborativa y multilateral de las relaciones a largo plazo acuñada tiempo atrás en la práctica de Estados Unidos, pretenden un replanteamiento de las relaciones entre el sector público que deje atrás las clásicas separaciones de roles entre los diferentes actores que interactúan en la esfera pública y en el ámbito de lo social y de lo económico. Se constata así un fenómeno que ha llegado a ser definido como “metamorfosis del interés general”, que no afecta tanto a la identificación de las finalidades públicas sino a las técnicas de actuación de los actores implicados, que son cada vez más y de naturaleza más diversa. La dirección es clara: el impulso hacia la corresponsabilidad entre todos ellos. Dicha tendencia ha hecho aparecer lo que, en términos genéricos, se ha denominado como “ideología del partenariado”, que tiene, lógicamente, en la proliferación de los esquemas de CPP a uno de sus principales testimonios.

Nos encontramos, de este modo, ante una nueva forma de concebir la acción pública que sitúa a la Administración –al menos, en un plano teórico– lejos de las responsabilidades propias de gestión directa de bienes y servicios (y de muchas de las prerrogativas que amparaban el ejercicio de su autoridad); para otorgarle una posición de garante de los intereses públicos en la que –sin perjuicio de su capacidad legislativa– actúa en marcos de colaboración y confianza con los agentes sociales y económicos que aportan financiación, capacidades de innovación y eficacia en la gestión de recursos.

Tal y como se señala en el trabajo de Ulrika Mörth, “estamos viviendo una época en la que los fronteras entre las esferas públicas y privada están siendo re-evaluadas, transferidas, y están haciéndose

²⁹ Factores bien conocidos como el aumento de la esperanza de vida, los avances tecnológicos en medicina, o el mayor nivel de consumismo elevan la exigencia sobre los servicios públicos a la vez que suscitan el deseo de una menor presión fiscal. Es esta doble tendencia la que conlleva un aumento de demanda y de presión sobre las Administraciones Públicas.

³⁰ Sobre este elemento, los autores ponen de relieve la importancia de las críticas a las ineficiencias burocráticas en las décadas de los 70 y de los 80, que conllevaron un profundo y prolongado impacto en la percepción de los servicios y la concepción de lo público.

³¹ ALFONSO FUERTES, *op. cit.*, págs. 109 y ss.

más porosas³². En el análisis de los fundamentos teóricos de estas formas complejas de concebir las políticas públicas, como son la CPP, nos revela, en términos de Adolfo Fuentes, “un escenario aún por explorar que se extiende en el impreciso terreno que marca los límites entre lo público y lo privado, en lo que los parámetros tradicionales de distinción entre ambos dejan paso a una nueva dimensión híbrida en la que ambos conceptos se entremezclan y confunden”.³³

d) El redescubrimiento de la colaboración

Una vez ubicado el origen de la CPP en el continuo histórico, y en el amplio debate jurídico-político que necesariamente la envuelve, creo llegado el momento de abundar en la significación del fenómeno colaborativo en sí mismo. La colaboración, ahora sí, entendida en sentido estricto es un marco de relación público-privado complejo, cuyos instrumentos y pretensiones lo distinguen de otros modelos de actuación como la contratación pública tradicional o la privatización de servicios. Veremos que los esfuerzos por implementar el fenómeno de la CPP no se corresponden la mayor de las veces con el sentido intrínseco de la idea de partenariado, sino que quedan como un fenómeno colaborativo re-conducido a un contexto contractual³⁴.

Los autores Andrew Gray, Bill Jenkins y Franz Leeuw³⁵ sitúan la emergencia o el “redescubrimiento” de los mecanismos colaborativos en el contexto de la gobernanza y, más ampliamente, en el influjo del ya mencionado NPM. La irrupción que han constatado de dichos modelos colaborativos en Estados Unidos durante esta última década implica, según estos autores, la aparición de un nuevo modelo de gobernanza caracterizado un menor control federal, y una mayor colaboración intergubernamental en la que participan tanto las agencias estatales o locales, como las entidades privadas y voluntarias del llamado “tercer sector”.

Sin embargo, el resurgimiento de este fenómeno colaborativo en Estados Unidos no debe concebirse, según sugieren estos autores, como una evolución evidente y lineal de del fenómeno del NPM, sino más bien al contrario. Es decir, el restablecimiento de los modelos colaborativos de actuación pública ha sido percibido por muchos autores como una política opuesta al empuje de las reformas privatizadoras que, en contra de los tradicionales valores colectivistas de los servicios públicos, se extendieron tan intensamente durante el último cuarto del siglo veinte.

Así, según estos autores, y aunque el modelo colaborativo pudo ser incluso atractivo para los gobiernos social democráticos de los 60s y de los 70s; la colaboración fue profundamente cuestionada y puesta en riesgo durante la década de los 80 y de los 90 por los gobiernos que, de corte neoliberal, priorizaron la competencia, los objetivos y los contratos para promover una clara evaluación de los servicios y una mayor eficiencia en las actuaciones. Durante esta temporada las estrategias colaborativas eran percibidas como instrumentos de un ya colapsado Antiguo Régimen. Fueron, precisamente, los fracasos y excesos de la competencia, la excesiva confianza en los principios de mercado, el desencanto respecto de las doradas promesas de las privatizaciones lo que, según sugieren estos autores, llevaron a un buen número de gobiernos a contemplar la necesidad de restaurar o reinventar la naturaleza colaborativa de los proyectos públicos.

La colaboración y otros mecanismos de actuación en red están volviendo a ser un aspecto central de la cambiante gobernanza en muchos sistemas políticos. Así ha sido constatado por diferentes autores en la proliferación (paradigmáticamente en Estados Unidos) de un amplio universo de relaciones entre las instituciones gubernamentales y diferentes tipos de organizaciones (privadas, pero también y especialmente con organizaciones sin ánimo de lucro...), envolviendo sistemas complejos de relaciones horizontales y verticales que divergen de los modelos jerárquicos tradicionales y de los modelos de mercado. Las implicaciones de este nuevo fenómeno siguen todavía en estudio, pero de lo que no

³² ULRIKA MÖRTH, *op. cit.*, pág. 186, citando a DRACHE D. (ed.) (2001): *The market or the Public Domain, Global Governance & The Assymetry of Power*, London: Routledge.

³³ ALFONSO FUERTES, *op. cit.* págs. 114-115.

³⁴ Por ello me decanto por utilizar la expresión “Colaboración Público-Privada” en lugar de “Partenariado Público-Privado”.

³⁵ ANDREW GRAY; BILL JENKINS, y FRANS LEEUW: “Collaborative Government and Evaluation: The implicate of a New Policy Instrument” en ANDREW GRAY; BILL JENKINS; FRANS LEEUW, y JOHN MAYNE: *Collaboration in Public Services, Comparative Policy Analysis*, vol. X, 2003, págs. 3 y ss.

cabe duda es que el fenómeno de la CPP puede enmarcarse en este reflorcer de las fórmulas colaborativas entre las instancias gubernamentales y el variado y complejo entramado de organizaciones privadas, con o sin ánimo de lucro, ligadas o no a movimientos religiosos, que forma parte del sector privado. Toda la doctrina se cuida en demostrar que este tipo de formas de colaboración han existido constantemente en la historia, sin embargo, es en este nuevo impulso, en este nuevo equilibrio que se propone en el panorama actual de redefinición de los ámbitos de lo público y lo privado, donde adquiere su verdadera singularidad.

¿Cuáles son las ventajas de la colaboración para los participantes? Macintosh³⁶ identificó tres diferentes racionalidades para la colaboración: a) sinergia, donde la asociación añade valor mediante la combinación de intereses; b) la transformación, donde el objetivo de la asociación es la transformación de los diferentes puntos de vista en un consenso ideológico, y c) financiero, donde la maximización de los recursos provee de motivación para mantener la asociación. Creo que dichas características dan una perspectiva fundamental con la que interpretar todo el fenómeno de lo que se concibe como CPP, aún con las evidentes y necesarias modulaciones que dichos principios sufren en cada uno de los distintos ordenamientos jurídicos.

e) ¿Entre la contratación pública tradicional y la privatización?

Hay consenso en que la CPP debe distinguirse, conceptualmente, tanto de las privatizaciones como de la contratación que ha pasado a denominarse tradicional³⁷, por lo que varios autores la han identificado como la “tercera vía”³⁸. Es esta una cuestión importante y delicada sobre la que hay una extensa e interesantísima literatura. Aunque hay estudios de mayor profundidad y precisión, me decanto esta vez por apoyarme en la opinión de dos organismos internacionales como la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas o la OCDE, debido a su sincretismo y por el garantizado esfuerzo por que sus aseveraciones no estén contaminadas de un excesivo localismo. También es interesante notar la diferencia en el enfoque que usan una y otra.

Según la opinión de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas, las CPPs no pueden considerarse privatizaciones, toda vez que la *accountability* sobre la provisión de los servicios es retenida por el sector público, mientras que en el caso de privatización del servicio, la *accountability* se transfiere al sector privado (a pesar de que el sector público pueda retener alguna potestad regulatoria). Por otra parte, la CPP no se corresponde con la contratación tradicional debido a que éste se refiere a la compra, *leasing*, o arrendamiento de bienes y servicios por parte de las Administraciones Públicas. La contratación se elige por la simplicidad de los bienes y servicios requeridos, la posibilidad de elegir entre múltiples proveedores, y por la pretensión de retener costes. Las CPP suponen relaciones más complejas, con mayores exigencias financieras, y a largo plazo. En los modelos de CPP normalmente se concede al socio privado el derecho de gestionar la infraestructura por un largo período, explotarla, así como la obligación de asumir ciertas responsabilidades de diseño, construcción, mantenimiento, financieras, etc.

De acuerdo con la OCDE, esta distinción puede realizarse también a través del análisis de los riesgos. A través de la contratación pública tradicional, los gobiernos especifican la calidad y la cantidad del servicio requerido, y negocian el precio con los proveedores privados (a través normalmente de un proceso competitivo). A través de dicha modalidad contractual, el gobierno puede también especificar el diseño de los bienes que debe aportar el socio privado. Dichos bienes y servicios usualmente constituyen un *input* para la provisión de servicios por parte del gobierno, que podrá ofrecerlos directamente a los ciudadanos. En estos casos, el gobierno asume el riesgo que se corresponde con la

³⁶ Citado en ANDREW GRAY; BILL JENKINS, y FRANS LEEUW, en *op. cit.*, pág. 9.

³⁷ Nótese, por ejemplo, que en la última actualización del Manual sobre el SEC-95 de Eurostat de 2012 se introduce por primera vez dicha expresión.

³⁸ Véase ALBERTO DORREGO DE CARLOS y FRANCISCO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 43; y ABBY GHOBADIAN; DAVID GALLEAR; NICHOLAS O'REGAN, y HOWARD VINEY, *op. cit.*, pág. 8. Estos últimos autores señalan, sin embargo, que hay quien tilda a la CPP como una “privatización sigilosa”, que terminará por comprometer el *ethos* de los servicios públicos y el principio de equidad social. De ahí que autores como GRAEME A. HODGE y DIANA M. BOWMAN en el capítulo titulado “PPP Contractual Issues-Big Promises and Unfinished Business” de esta última publicación, hagan eco de la expresión de que si la privatización es una historia acerca de la provisión de servicios públicos durante los últimos siglos, la PPP es el último capítulo de dicho libro.

provisión del servicio. Por el contrario, en los casos de completa privatización –entendida ésta en sentido estricto, como liberalización de un servicio–, son los proveedores privados los que establecen la calidad y cantidad de servicios prestados –aunque tal provisión pueda estar regulada por el gobierno–, al mismo tiempo que especifican el diseño y el precio de los mismos –los que comúnmente se denomina un “precio de mercado”–. Los agentes privados asumen así el riesgo asociado a la prestación del servicio. En el caso de la CPP, teóricamente, el concepto de colaboración, tal y como hemos señalado, es una relación de co-partición de riesgos (bajo el lema de que los asume quien mejor puede gestionarlos), y de participación conjunta en el diseño del servicio. De acuerdo con el análisis de la OCDE, ello situaría a la CPP en un lugar intermedio entre la completa provisión del servicio por la Administración Pública, y la privatización o liberalización del servicio³⁹.

Sin embargo, y aunque estos esquemas sean, probablemente, muy representativos de lo que significa el fenómeno de la CPP en muchos Estados –entre ellos el nuestro– como una fórmula intermedia entre la contratación tradicional y la privatización, con una mayor participación del sector privado en etapas fundamentales del proceso de diseño e implantación de bienes e infraestructuras públicas, quizá esta catalogación no plasme la verdadera significación conceptual que depara la idea genuina de modelo colaborativo de prestación de servicios, la verdadera significación de crear un partenariado público-privado.

En una CPP ideal, la tradicional distinción entre lo público y lo privado se disuelve. Esta idea es, quizá, el verdadero desafío que presenta el fenómeno de la CPP, su verdadera revolución. Las CPP no son, como señalan los autores John Mayne, Tom Wileman y Frans Leeuw⁴⁰; un mero acuerdo financiero, pues lo que se pretende, en realidad, es que la aportación conjunta de recursos de los sectores público y privado conlleve a la asunción de responsabilidades conjuntas de los actores, creando así una forma relacional basada en la confianza y sobre el compromiso a largo plazo en el que la legitimidad y otros valores no comerciales adquirieren importancia. Son, así, instrumentos que invitan a una reflexión sobre una transformación más general entre las fronteras del mercado, el Estado y la sociedad civil.

Las palabras de Adolfo Fuertes son, a este respecto, muy ilustrativas: “La naturaleza de la CPP nos aproxima a un marco conceptual complejo y heterogéneo en el que las esferas pública y privada que conviven en la contratación pública tradicional ven alterados sus perfiles y pautas habituales de actuación dando paso a concepciones más cercanas al esquema convencional o de colaboración, si bien manteniendo estructuras formales de base contractual o institucional. Al hablar de CPP, aún considerándola una forma de contratación pública, debemos traspasar los parámetros conceptuales en que ésta se enmarca y adoptar una perspectiva distinta en su concepción misma asumiendo un enfoque más laxo del rol que los sectores público y privado desempeñan en la provisión de bienes y servicios públicos y las vías para el cumplimiento de sus objetivos. Asistimos así a un proceso de redefinición de lo público y lo privado en un contexto de actuación en el que las fronteras entre ambos se diluyen dando paso a un nuevo enfoque de los esquemas relacionales entre ambos sectores y, en particular, a la posición que el Estado debe adoptar, o solamente respecto de la contratación de bienes y servicios sino de su función socio-económica en el marco de las sociedades actuales trascendiendo del ámbito puramente administrativo para penetrar en consideraciones de índole política e ideológica y pudiéndose hablar ya de una necesidad de «reinención» del sector público.”⁴¹

f) El delicado problema de la recepción del fenómeno de la CPP

Hemos visto que la CPP nace y se generaliza en un contexto político y económico muy concreto y delicado, en un drástico giro político hacia una mayor implicación de los agentes privados en la provisión de servicios y recursos públicos. Pero la CPP se relaciona, también, a un fenómeno de redescubrimiento de modelos colaborativos entre los poderes públicos y los múltiples agentes privados cuyo ámbito de

³⁹ Véase OCDE: *Dedicated Public-Private Partnership Units: A survey of Institutional and Governance Structures*, OCDE publishing, 2010.

⁴⁰ JOHN MAYNE; TOM WILEMAN, y FRANS LEEUW: “Networks and Partnering Arrangements: New Challenges for Evaluation and Auditing” en ANDREW GRAY; BILL JENKINS; FRANS LEEUW, y JOHN MAYNE, *op. cit.*, pág. 29.

⁴¹ ALFONSO FUERTES FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 45.

actuación ha estado vinculado a la provisión de servicios comunes; un movimiento que, de alguna manera, se contrapone a los impulsos liberalizadores que caracterizaron el último cuarto del siglo pasado y que exige el replanteamiento entre los tradicionales contornos entre lo público y lo privado.

Han sido muchos los Estados que, con problemas y contextos políticos similares, han querido seguir esta pauta iniciada en Estados Unidos y Gran Bretaña, y han abrazado una idea que, aunque no es nueva, sigue resultando conceptualmente muy atractiva: la de aunar virtudes y recursos del sector y público privado *en pos* del interés general.

Siguiendo de nuevo a Alfonso Fuertes⁴², el proceso de adaptación de estas tendencias se produjo de forma natural en aquellos países con un sistema jurídico de tipo angloamericano presidido por el uso del *Common Law*, principalmente en Australia, Nueva Zelanda, Canadá y Sudáfrica, pudiéndose reproducir de manera fiel, no solamente la aplicación de los planteamientos y técnicas que fundamentan estos modelos a la práctica ejecución de los proyectos, sino también la articulación de un marco normativo que brindara cobertura adecuada a las necesidades de las distintas partes intervinientes, y que se concretara en reformas legales y administrativas, así como la estandarización de los contratos y la elaboración de guías de buenas prácticas. Caso distinto son los países de tradición jurídica romanista en los que se impone un derecho público codificado como ocurre en la Europa continental y América Latina, en los que el proceso de adopción de esquemas de corte colaborativo se antoja bastante más complejo.

De acuerdo con este autor, la estructura concesional, presente en la mayor parte de las modalidades de CPP, ha permitido su puesta en práctica de forma poco traumática teniendo en cuenta que la institución de la concesión ha sido utilizada de manera habitual por la Administración Pública en países como Francia o España para la provisión de infraestructuras y servicios públicos desde hace más de dos siglos. En nuestro país la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructuras y servicios públicos ha tenido ciertamente una presencia destacada en la práctica administrativa, y dicha experiencia ha suavizado la asimilación por las estructuras públicas y los agentes económicos y sociales de unas fórmulas contractuales que, aún incorporando significativas novedades en los mecanismos de relación entre las partes intervinientes, “han sido percibidas como proyección natural de los esquemas ya ampliamente consolidados en nuestro acervo”.⁴³

Sin embargo, las facilidades que ello ha comportado en la asunción e implementación de dichos proyectos ha tenido, por el contrario y según señala este autor, “un efecto inhibitorio sobre el necesario ejercicio de reflexión y discusión en el plano teórico y doctrinal acerca de las claves de fundamento precisas para el adecuado ajuste a nuestras estructuras legales y administrativas de estas formas”⁴⁴ que, según se ha explicado en los apartados anteriores, provienen de sistemas jurídicos muy distintos al nuestro. Es decir, el problema surge de situar a las concesiones como parte del sentido más amplio del fenómeno de la CPP, lo que ha producido que su integración en nuestro ordenamiento no haya conllevado la oportuna reflexión sobre la CPP como formas de colaboración *strictu sensu*; sino que se ha reconducido, inercialmente, como un modelo de participación o de gestión indirecta como los que ya existían en nuestro ordenamiento. De hecho, la CPP es en nuestro ordenamiento un contrato administrativo típico que comparte los rasgos característicos que informan la contratación pública general, con las particularidades que veremos en la Parte Segunda de este trabajo.

Quiero insistir en la idea de que es esta falta de contextualización de la CPP en un verdadero marco colaborativo la causa de mucha de la incertidumbre que se ha creado en relación con esta figura, no sólo conceptualmente sino también a nivel de implantación práctica. El caso que me parece paradigmático es el del *horror vacui* existente respecto de la articulación de la Colaboración Público-Privada Institucionalizada (en adelante “CPPI”), en el que contrasta la existencia, por un lado, de una vinculación contractual entre Administración contratista y la empresa de economía mixta, y una relación societaria entre el socio público y el socio privado, sin que haya consistencia ni perspectiva unitaria entre ambas relaciones público-privadas. Como referiré más adelante, en mi opinión, la CPPI es la oportunidad de concebir la relación público-privada como un verdadero marco colaborativo, lo que necesitaría, sin

⁴² ALFONSO FUERTES FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 41 y ss.

⁴³ *Ibidem*, pág. 42.

⁴⁴ *Idem*.

embargo, de ciertas modulaciones en el marco contractual para integrar esta nueva forma de interacción entre el sector público y el privado.

No quiero sugerir, sin embargo, que toda la problemática y toda la incertidumbre que presenta el fenómeno de la CPP en nuestro país sean fruto de nuestra incapacidad de comprender y de asumir la esencia del fenómeno asociativo en que se enmarca, ni mucho menos. La CPP en sí misma contiene sus propios problemas y sus propias contradicciones, y debía adaptarse, necesariamente, a las instituciones y garantías propias de nuestro ordenamiento.

Lo importante, a mi modo de ver, es que se lleve a cabo una reflexión real acerca de este fenómeno que nos permita adoptar una regulación coherente y realista entre los modelos de interacción público-privada que existen en nuestro ordenamiento, y las aspiraciones e inconveniencias que su misma instauración impone. Con ello, deberíamos conseguir una regulación más concisa y responsable de las garantías públicas que queremos que se mantengan en las fórmulas de CPP, y un marco interpretativo colaborativo (y, así, coherente), que presida los ámbitos donde la flexibilidad entre las relaciones entre socios (público-privados) sea necesaria. Sólo de esta manera podrá conseguirse que la indeterminación jurídica y la flexibilidad no se conviertan, sistemáticamente, en incertidumbre.

3. LOS LÍMITES A LA IDEA FUERZA DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

a) Equilibrio y tensión entre lo público y lo privado

La CPP no está exenta de controversia. Son muchos, y muy importantes, los puntos de desencuentro entre quienes abogan por la implantación de esta figura y los que se manifiestan en su contra. En muchos casos se cuestiona la supuesta superioridad técnica y de innovación del sector privado sobre el sector público, se duda de que el resultado sea una mayor eficiencia y una mayor calidad en los servicios prestados, se pone en entredicho el ahorro de gasto público así como un más alto nivel de diseño e implantación de bienes e servicios; se cuestiona, en definitiva, que el modelo revierta en una mejora de los mecanismos de provisión pública, y en una mayor beneficio para los ciudadanos.

Va más allá del propósito de este trabajo el tratar de analizar los fundamentos de las críticas y de los argumentos de los muchos defensores que también tiene este fenómeno. En realidad, muchas de las críticas tendrían una dimensión técnica o casuística, por lo que podrían analizarse desde el punto de vista de una deficiente implantación práctica de este modelo, ya sea a nivel regulatorio, ya sea en su aplicación a un determinado ámbito, infraestructura o servicio. Por otra parte, y como ha podido ya comprobarse, también se encuentra entremezclada entre las opiniones que ha suscitado esta figura cierto grado de politización, cierta ideologización que he querido dejar patente en este trabajo pero cuya valoración no puedo sino remitir al juicio del lector.

No obstante, no quisiera dejar pasar en este trabajo la oportunidad de atender a dos tipos de críticas que me parecen fundamentales para una mejor comprensión del fenómeno de la CPP en sí mismo, y es que ambos tipos de críticas tienen que ver con la desconfianza que existe frente a las verdaderas aspiraciones que puede atribuirse a la implementación de los mecanismos de CPP. La primera de ellas tiene que ver, simplemente, con el cuestionamiento de que pueda conseguirse una verdadera y sincera sinergia entre los sectores público-privados, que pueda conseguirse un alineamiento creíble entre ambos actores más allá del mantenimiento de un esquema conflictual, más o menos complejo, entre ellos. El estudio de las limitaciones a la aspiración de conseguir una asociación real de partneriado nos ayudarán a entender los motivos por los que el fenómeno de la CPP deba concebirse en la actualidad como una relación eminentemente contractual.

El segundo bloque de críticas, que deriva del primero y que será analizado en la Parte Segunda de este trabajo, tiene que ver con la desconfianza sobre el verdadero propósito que subsiste en la instauración de estos proyectos de CPP. Veremos que son muchas las voces que asocian a la CPP con el conocido fenómeno de la “Huída del Derecho Administrativo”, o, en su versión actualizada, en la “Huída del Derecho Contable”. Analizaremos en su momento el alcance de dichas críticas en el marco del ordenamiento español, así como en el contexto de las políticas de restricción del endeudamiento público marcadas por la Unión Europea.

Como nos recuerda Ulrika⁴⁵, la distinción entre lo público y lo privado tiene una larga trayectoria en el pensamiento occidental, y es una de las grandes dicotomías en las ciencias sociales. No hay acuerdo en donde situar las líneas entre las dos esferas, y puede que no llegue a haberlo nunca. Como hemos señalado, el interés y la problemática conceptual que alza el estudio de la CPP es, precisamente, la de pretender un replanteamiento de los contornos tradicionales para la creación de verdaderos partenariados entre los actores público privados, con la aspiración de que dichos contornos acaben desapareciendo. De acuerdo con Keith Faulkner⁴⁶, para que las asociaciones entre el sector público y el sector privado pueda considerarse estrictamente un partenariado, deben contener los siguientes elementos:

- Los socios están preocupados en compartir el riesgo, no en transferirlo.
- La relación tiende a confundir la delimitación de los actores más que a identificarlos.
- Los participantes están comprometidos en un beneficio mutuo.

Son muchos los autores que, no obstante, cuestionan que la tradicional división entre el dominio de lo público y de lo privado puedan llegar a difuminarse hasta tal punto, y desconfían de la estabilidad conceptual de las estructuras mixtas. Siguiendo el análisis que sobre este punto han realizado los autores Erik-Hans y Geert R. Teisman⁴⁷, existen importantes barreras al respecto debido a que se plantea la interconexión entre actores pertenecientes a redes distintas, con roles institucionales y conductas estratégicas muy diferentes. No obstante, una de las dificultades más evidentes que nos señalan estos autores para la construcción de genuinos partenariados publico-privados es la dicotomía entre los “sistemas de valores” que pueden atribuirse a uno y otro sector. Para explicar esta dicotomía, que creo merece la pena explicar aquí, los autores hacen referencia a los trabajos de Jane Jacobs (1992) y de Simon M. (1990).

Jacobs, por su parte, defendía que la división entre los dominios público y privado es imposible de disolver, toda vez que el dominio público y el dominio privado deberían concebirse como dos sistemas éticos que responden a diferentes “síndromes modales”, fácilmente diferenciables. El dominio público estaría caracterizado por el “síndrome del guardián”, al que atribuye valores tales como la tradición, la jerarquía, la disciplina o la aversión a los negocios. Por su parte, el dominio privado se vería representado en el denominado “síndrome comercial”, entre cuyos valores se encontrarían la competitividad, la apreciación de la iniciativa, la búsqueda de acuerdos de base voluntaria, la aversión a la violencia o, incluso, la honestidad. De acuerdo con este autor, –y de acuerdo con el sentir de mucha gente, no sólo de los estudiosos– cada uno de estos síndromes modales responde a patrones de supervivencia distintos (la protección por las tareas propias de los gobiernos uno; el comercio según las reglas de mercado, el otro), que resultan manifiestamente excluyentes entre ellos.

Otros autores, como Simon, han dudado de la supervivencia de las organizaciones y construcciones híbridas. Su análisis se fundamenta en la distinción entre lo que denomina organizaciones “de tarea” y organizaciones “de mercado”. De acuerdo con este autor, una organización “de tarea” recibe un encargo desde un principal a la vez que los medios para llevarla a cabo, inspirando su actuación en los valores de obediencia, ausencia del ánimo de lucro y la lealtad. En contraposición a éstas, las organizaciones “de mercado” no tienen un principal, pero sí que tiene clientes a los que satisfacer, orientando su actividad bajo los auspicios de valores como el respeto a los contratos, o a la iniciativa privada, entre otros. Como resulta evidente, se trata de un planteamiento muy similar al de Jacobs no obstante, interesa resaltar que Simon asume que las tipos mixtos entre organizaciones de tarea y comerciales no son, en sí mismas, organizaciones estables, por lo que tenderán a evolucionar para conseguir dicha estabilidad. Lo importante del análisis de Simon es que señala que una organización “de tarea” que, en contacto con otras, comience a generar sus propios ingresos y a buscar clientes, terminará convirtiéndose ella misma también, y muy probablemente, en una organización “de mercado”, desestabilizando así el equilibrio que en principio debería presumirse de dichas organizaciones híbridas.

⁴⁵ ULRIKA MÖRTH, *op. cit.*

⁴⁶ KEITH FAULKNER: “Public-Private Partnerships”, en *Public-Private Partnerships. Policy and Experience*, Palgrave Macmillan, 2004, pág. 65.

⁴⁷ ERIK-HANS y GEERT R. TEISMAN: “Public-Private Partnership: The right form at the wrong moment? An analysis of Institutional and Strategic Obstacles” en *Public-Private Partnerships. Policy and Experience*, Palgrave Macmillan, 2004, págs. 147 y ss.

Coincidió con Erik-Hans y Geert R. Teisman al señalar que, si bien las reflexiones de Jacobs y Simon son algo extremas, vienen a establecer una base interesante para la teorización de la CPP. Sin embargo, lo más importante que hay que resaltar a este respecto es que enfatizan la necesidad de coherencia entre las estructuras organizacionales que serán diseñadas en la creación de la CPP, y los esos valores motivacionales que hemos identificado en cada uno de los socios participantes. Dicha coherencia, como fácilmente puede comprenderse, es muy difícil de lograr, y es por ello que estos autores señalan, de forma muy ilustrativa, que es "la imposibilidad de crear nuevas formas de coherencia pueden explicar el motivo por el que las CPP son tan difíciles de llevar a cabo, y el motivo por el que los intentos de cooperación normalmente resultan en divisiones organizativas, mientras que los intentos de regulación resultan en procedimientos de contratación pública". Es esta una reflexión en la que me parece oportuno profundizar.

Como hemos señalado, la noción de CPP propone una reflexión acerca de los contornos tradicionales de las tareas que deben situarse en responsabilidad del Estado, y aquellas en que se deben implicar el sector privado (insisto en esta idea, pues creo que pasa mayormente inadvertida por lo abstracto de su formulación, sin prestar atención a sus verdaderas implicaciones). Pero igualmente importante es señalar que la reubicación de dicha delimitación debe aspirar, según los principios en que se basa este mecanismo, a su propia difusión, a consagrar un verdadero entrelazamiento que permita confundir los intereses y los beneficios obtenidos por los todos los participantes.

No obstante, hemos analizado también que este entrecruzamiento público-privado es —ya conceptualmente— difícil de conseguir, por lo que, en muchos casos, el ansiado equilibrio entre los dos sectores puede conseguirse tan sólo desestabilizando la balanza hacia alguno de sus vertientes (especialmente del lado del ámbito privado, aunque no necesariamente). Ante dichas dificultades, y ante la imposibilidad de encontrar nuevos mecanismos de coherencia entre las partes público-privadas, el fenómeno de la CPP, en toda su extensión, se ha asentado generalmente como un fenómeno eminentemente contractual.

Es ésta una cuestión importante, pues a pesar de que el modelo de la contratación pública nos ofrece un marco operativo manejable en el que articular incentivos y garantías para las partes contratantes, muchos autores han señalado que su misma instauración como base de los mecanismos de CPP cercena la posibilidad de que la se constituya, en su nombre, un verdadero partenariado entre las partes.

Es esta la opinión de Andrew Gray, Bill Jenkins y Franz Leeuw⁴⁸, que señalan que aunque la instauración de la CPP necesitara de una nueva gobernanza (mediante principios tales como la toma de decisiones conjunta, la repartición de riesgos y beneficios, un modelo de relación con actores independientes y en igualdad de condiciones) lo cierto es que el fenómeno se asienta, en la actualidad, en procedimientos tradicionales con clara vocación jerárquica, como son los procedimientos de contratación pública.

De este modo, y aunque en nuestro ordenamiento jurídico se asocia inevitablemente la CPP con los procedimientos de contratación del sector público, ello no es una consecución evidente de los postulados conceptuales en los que ésta se asienta, por el simple motivo de que el modelo contractual mantiene, en su misma concepción, la necesidad de una clara distinción entre las partes contratantes. Es más, tal y como veremos en la Parte Segunda de este trabajo, la perspectiva contable de Eurostat va a insistir, precisamente, en la clarificación de las responsabilidades entre las partes contratantes, distinguiendo obligaciones directas e indirectas. No debe extrañarnos, entonces, que algunos autores hayan señalado que se hace un uso inapropiado de la expresión *Public-private Partnerships* al vincularla con relaciones público-privadas en las que, en palabras de Keith Faulkner, los socios están simplemente en un "matrimonio de conveniencia" en lugar de tener objetivos y creencias genuinamente compartidas, relaciones que están así muy alejadas de un planteamiento coherente con la ideología del partenariado.

Es tal la asimilación de la CPP al fenómeno contractual en nuestro entorno jurídico público, que no puedo sino coincidir con la conclusión de los autores Erik-Hans y Geert R. Teisman de que, muy probablemente debemos asumir que: "Las CPPs son un lógico acuerdo que será necesario en una sociedad de redes donde el conocimiento y los recursos están distribuidos en varios actores. Dicha

⁴⁸ ANDREW GRAY; BILL JENKINS, y FRANS LEEUW, *op. cit.*, pág. 10.

sociedad, sin embargo, no ha sido todavía aceptada por los actuales esquemas de gestión pública. La *PPP* es simplemente un ejemplo de la propuesta adecuada en el momento inadecuado. Los partenariados no encajan (¿todavía?) en nuestras reglas institucionales, roles y hábitos basados en una división público-privada a inicios del siglo veintiuno.⁴⁹ No en vano se señala que el fenómeno de la CPP requiere un cambio cultural en el ámbito de lo político y de lo jurídico⁵⁰ que estamos muy lejos de conseguir, incluso de pretender.

En nuestro contexto, la preferencia por la perspectiva contractual es coherente incluso con las preferencias de los propios actores implicados. Los actores públicos, por su parte, pretenden minimizar las expectativas sobre este tipo de proyectos así como la inseguridad de implementación que supondría la adopción de un mecanismo alternativo, menos contrastado y, sobre todo, menos estipulado normativamente. A la vez, es también evidente que los actores públicos pretenden mantener el control político y jurídico sobre los proyectos de CPP (especialmente los de que implican grandes infraestructuras) conforme con el sentido paternalista del Estado (o conforme al "síndrome del guardián" según la terminología de Jacobs). Finalmente, el esquema contractual es igualmente beneficioso para las Administraciones Públicas en nuestro contexto político-jurídico, debido a la enorme expectación e interés que ha generado la posibilidad de que los proyectos de CPP no consoliden la deuda en términos de déficit público.

Los actores privados, por otra parte, buscan certezas y minimizar los riesgos políticos. Además, la experiencia contractual les es conocida, y les invita a participar en procedimientos concursionales cuyos costes y beneficios son fácilmente adaptables a sus ámbitos usuales de actividad, asumiendo los riesgos a los que están habituados. Así, serán los actores mismos los que ofrecerán resistencias a un cambio de paradigma que persiga la confusión de entidades y de responsabilidades.

Lo anteriormente referido podría hacer que nos cuestionáramos el alcance mismo de lo que algunos autores denominan "idea fuerza" de la CPP en nuestro concreto ámbito jurídico-político. Podría pensarse que, en ese proceso de adaptación que necesariamente debía pasar este fenómeno antes de integrarse en nuestro sistema jurídico, ha quedado tan sólo en nuevo modelo contractual caracterizado por su larga duración, por una diferente asignación de los riesgos asociados al proyecto, por la extensión de una forma de retribución del contratista por "disponibilidad", y diferenciada esencialmente de la concesión por ser mayoritario el pago con cargo a presupuestos.

En mi opinión, sin embargo, un análisis de esta naturaleza me parece que pecaría de cierta superficialidad. A mi juicio, la vinculación de la CPP a un fenómeno verdaderamente colaborativo nos permite entender y afrontar las dificultades que ofrece su propia concepción contractual –su "contradicción" interna entre dos sistemas de valores, y alto grado de desconfianza que ello genera–; la naturaleza de su regulación –basada en riesgos, responsabilidades, y garantías cruzadas–; las limitaciones propias de un modelo contractual –en el que debe incluirse una inusitada flexibilidad–; la novedosa implicación de las partes desde el inicio del proyecto –la llamada gestión integral–, y la continua búsqueda de nuevas formas de relación público-privada –según creo, paradigmáticamente representada en la extensión del fenómeno de la CPPI–. Es decir, creo que la base colaborativa de este fenómeno nos puede aportar una importante guía de interpretación de las dificultades y limitaciones del propio fenómeno, así como de los principios que deben regir su regulación, su implementación, y relación entre los socios durante toda la vigencia de los contratos. Bajo esta perspectiva, se analiza en la Parte Segunda de este trabajo cómo se ha "adaptado" este fenómeno a nuestro ordenamiento, atendiendo especialmente al grado de flexibilidad/indeterminación concedido, a las garantías públicas establecidas, así como a las implicaciones de la normativa de Eurostat en el desarrollo de este fenómeno.

b) Un ejemplo reciente: la *PPP* en los Proyectos de Redesarrollo en Estados Unidos

Quisiera, en este punto, traer a colación una conocida polémica surgida recientemente en Estados Unidos en el ámbito de los Proyectos de "Redesarrollo" a raíz de la sentencia *Kelo v. City of New London*, de 2005, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que creo resulta muy ilustrativa de la

⁴⁹ ERIK-HANS y GEERT R. TEISMAN, *op. cit.*, 2004, pág. 159.

⁵⁰ Véase, a este respecto, TONY BOVAIRD, *op. cit.* pág. 244. Sobre existen también menciones en MIGUEL ÁNGEL GONZÁLEZ IGLESIAS: "Los Contratos de Colaboración Público-Privada", en *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 79, 2008, pág. 43; y ANDREW GRAY; BILL JENKINS, y FRANS LEEUW, *op. cit.* pág. 5.

problemática que, de forma conceptual, se ha mostrado en los párrafos precedentes. Se trata de poner de manifiesto, –ahora de forma práctica y, quizá, de forma más explicativa–, la constante tensión existente, también en el panorama internacional, entre los intereses públicos y privados en el seno de los proyectos de CPP, que invita a una continua reflexión y a la revisión de los deslindes tradicionales entre lo público y lo privado. El ámbito de la renovación urbana me parece especialmente oportuno para realizar dichas consideraciones, toda vez que es un campo en el que se augura un especial protagonismo de la CPP en un futuro no muy lejano⁵¹. Además, el caso que propongo creo que es significativo no sólo porque surge en Estados Unidos, –un ordenamiento jurídico muy distinto al nuestro donde la cultura política y jurídica se ha demostrado especialmente propensa al desarrollo y aceptación de modelos colaborativos–, sino también porque éstos han tenido una experimentada e importante presencia en este concreto ámbito de la regeneración urbana, lo que hace más significativa la intensidad con que se ha vivido el debate durante estos últimos años.

En realidad, la polémica surgida alrededor de esta sentencia tiene que ver, en principio, con el alcance del requisito del “uso público” (contenido en la Quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos⁵²) en relación con la capacidad expropiatoria de los poderes públicos. En concreto, se cuestiona que los poderes públicos puedan ejercer sus potestades expropiatorias enmarcadas en un Proyecto de Redesarrollo Urbano, con el propósito de transferir las propiedades así obtenidas a sujetos privados (*taking and transfer*), justificando tal expropiación en la consecución del desarrollo económico, que es considerado así un propósito público válido a efectos constitucionales.

A pesar de que el debate surge a raíz de una consideración técnica, veremos que lo que se cuestiona en este caso son los límites a las prerrogativas públicas –expropiatorias– que se pueden atribuir a un proyecto urbanístico –articulado como una CPP– para la consecución de un interés general, como es el desarrollo económico de una región deprimida. El elemento fundamental a tener en cuenta es la participación del socio privado en este tipo de proyectos, siendo beneficiario de las expropiaciones que a este respecto se efectúan para realizar actividades económicas de carácter privado. Para entender la precisa significación de este debate será necesario atender, aún sucintamente, a la figura de los Proyectos de Redesarrollo, así como a los antecedentes de hecho del caso que dieron lugar este pronunciamiento.

Los Proyectos de Redesarrollo (articulados a través de las denominadas Agencias de Redesarrollo) han sido creados por la legislaciones de los Estados con el propósito fundamental de asistir a los gobiernos locales en la tarea de eliminar las zonas deprimidas, rehabilitándolas residencial, comercial y/o industrialmente. Para los gobiernos locales de muchos Estados los proyectos de redesarrollo son una de las principales herramientas para revitalizar áreas que se encuentran físicamente o económicamente arruinadas. Tal y como se contempla en la legislación de California a este respecto, el propósito de dicha herramienta es realizar mejoras en estas áreas arruinadas “*en interés de la salud, seguridad y bienestar general de la ciudadanía y del estado en general*”⁵³. De este modo, parece que existe ya en la naturaleza de estos instrumentos una justificación en el interés público, aunque sea éste formulado de la forma más amplia y diluida posible, y a pesar de que en dichos procedimientos se vean implicados sujetos privados.

El planteamiento de esta forma de CPP queda claramente planteada en los antecedentes de la sentencia *Kelo vs. City of New London*. Desde 1990, el Estado de Connecticut consideraba la ciudad de New London como una zona deprimida. En 1998 el gobierno federal cerró una base militar que daba trabajo a 1.500 personas de las 25.000 (su registro más bajo de 1920) que entonces residían en la ciudad, lo que terminó de hundir la economía de la región. Por ello, el Estado otorgó a la Corporación de Desarrollo

⁵¹ Véase la “Introducción” de REMO DALLA LONGA en *Urban models and Public-Private Partnership*, Heidelberg, New York, 2011.

⁵² La Quinta enmienda de la Constitución Americana de 1787 establece que “*nor shall private property be taken for public use, without just compensation*”. Así, existen dos requerimientos constitucionales para ejercer dicha potestad: que el uso que justifique la expropiación sea un uso público (lo que se conoce actualmente como la *Public Use Clause*, “Uso Público” o “Cláusula de Uso Público”), y que el propietario reciba una justa compensación por las propiedades que le son expropiadas. Estas restricciones fueron establecidas para evitar que el legislador pudiera ejercer con demasiada frecuencia e indulgencia un poder que se consideraba entonces como “despótico”. Debe señalarse que, a diferencia de la Constitución española de 1978, la Constitución federal americana no contiene cláusula alguna en la que se estatuya la función social de la propiedad tal y como la conocemos en nuestro país.

⁵³ Ejemplo traído del *Código de Salud y Seguridad de California*, Sección 3303.

llo de New London (*NLDC* en sus siglas en inglés), una entidad privada sin ánimo de lucro, autoridad y apoyo para implementar estrategias de desarrollo que incentivarán la economía de la ciudad. El Estado aprobó un Plan de Redesarrollo que incluía ochenta nuevas viviendas, un paseo peatonal que bordeaba el río, un parque estatal, un museo para los guardacostas, un hotel, infraestructuras para soportar todo el proyecto. Pero el plan incluía también la inversión de 300 millones de dólares para una instalación de investigación para la *Pfizer, Inc.*, una gran empresa farmacéutica, circunstancia en que se sitúa el origen del problema. La *NLDC* pretendía que el plan de desarrollo aumentara los ingresos tributarios, creara empleos, y mejorara las condiciones de la ciudad y la calidad de vida de sus ciudadanos. Sin embargo, sucedió que cuando fueron a adquirir las parcelas necesarias para llevar a cabo el proyecto, los propietarios de 15 propiedades necesarias para ello se negaron a venderlas, por lo que la *NLDC* inició un procedimiento de expropiación para adquirir dichas propiedades.

En diciembre de 2000, Susette Kelo, una de dichas propietarias y conjuntamente con otros propietarios igualmente implicados en el procedimiento de expropiación, iniciaron un procedimiento judicial ante la Corte Superior de New London, alegando que las expropiaciones violaban la exigencia constitucional del *public use* incluida en la mencionada Quinta Enmienda de la Constitución, pues la expropiaciones tenían como beneficiario a un entidad privada, la mencionada empresa privada *Pfizer*, por lo que en ningún caso podía considerarse, en su opinión, que las mismas se realizaran para un uso público. El caso llegó al Tribunal Supremo, y fue resuelto en 2005 por una ajustada mayoría (5-4), confirmando la legalidad de la expropiación.

La sentencia levantó una verdadera tormenta política y académica. “Todo el mundo odia Kelo”, afirman contundentemente los autores Abraham Bell y Gideon Parchomovsky⁵⁴. El caso, simplificada-mente, se interpretaba como un desposeimiento injusto de las viviendas de pequeños propietarios a favor de los intereses de la gigante farmacéutica *Pfizer*, considerándose así era una reproducción de la censurable sentencia *Poletown Neightborhood vs. City of Detroit*, de 1981, en la que la Corte Suprema de Michigan avaló la constitucionalidad de una expropiación de todo un barrio obrero para transferir el suelo a *General Motors*. Todo ello ha conllevado a importantes cambios legislativos en muchos Estados para evitar nuevos casos expropiatorios de la misma naturaleza.

El caso ha dado lugar a una extensa e interesantísima literatura acerca del ejercicio de las potestades expropiatorias, acerca de la naturaleza de los Proyectos de Redesarrollo, así como acerca de las exigencias constitucionales del “uso público” en relación con intereses generales que no exigen una propiedad pública de los bienes expropiados. Me interesa, sin embargo y en relación con el objeto de este trabajo, señalar la crítica que de la sentencia realiza Marc B. Mihaly⁵⁵, por cuanto basa sus críticas en la incorrecta utilización de conceptos y principios tradicionales que no pueden considerarse ya válidos en el contexto de una CPP, por cuanto ignoran que estos nuevos instrumentos han alterado “los roles de los actores públicos y privados, eliminando las fronteras tradicionales entre lo que es uso público y uso privado, entre lo que es propiedad pública y de lo que es poseído privadamente”⁵⁶.

Como hemos visto, la cuestión que se somete a debate es, esencialmente, si el uso privativo de unos terrenos por una empresa privada (cuya inversión resulta esencial para la consecución de los objetivos del Plan de Redesarrollo), cumplen con los requisitos constitucionales del “uso público” (noción extendida jurisprudencialmente a “propiedad pública” o “uso por el público”). El problema es, en primer lugar y de acuerdo con este autor, que el enjuiciamiento de los proyectos de desarrollo urbano (al menos en el ámbito del desarrollo urbano norteamericano), no permiten un análisis desde la perspectiva de la distinción entre la propiedad pública y el uso privado, o, incluso, desde la perspectiva de la propiedad público o privado de los terrenos. Y ello es debido a que, por un lado, las modernas formas de desarrollos urbanos se basan en el fomento de usos mixtos en las zonas urbanas, (suplantando así la tradicional concepción de los usos únicos sobre todo en las áreas urbanas); y, por otra parte, debido que las fórmulas de actuación de la CPP incluyen habitualmente complejas relaciones de *lea-*

⁵⁴ ABRAHAM BELL y GIDEON PARCHOMOVSKY: “The Useless of Public Use”, *Columbia Law Review*, vol. 106, núm. 6, octubre de 2006, pág. 1413.

⁵⁵ MARC B. MIHALY: “Public-Public Redevelopment Partnerships and the Supreme Court: *Kelo v. City of New London*” en *The Supreme Court and Takings: Four Essays*, Vermont Law School’s Land Use Institute & Vermont Journal of Environmental Law, 2006.

⁵⁶ *Ibidem*, pág. 42.

ing entre las Administraciones públicas (que son propietarias de los terrenos) y los contratistas y desarrolladores del proyecto, que arriendan esas parcelas para construir edificaciones y viviendas, gestionarlas, mantenerlas, etc.

Por otra parte, la confusión público-privada se ha trasladado también a la misma forma de implementación del proyecto. Durante las últimas décadas la creciente sofisticación que han adquirido las CPPs han conducido a una reflexión acerca de las diferentes capacidades que presentan los actores públicos y los privados en el ámbito del desarrollo urbano, examinando las diferentes fases de este proyecto para asignarle la responsabilidad al sector que se encuentra en mejores condiciones de afrontarlo, decidiendo qué parte debe dirigir las operaciones, cuál debe pagar por ella, y cuál gestionarla. Tras la exigencia de un proceso de selección público, el resultado de dichas negociaciones cristaliza en la formalización de un contrato en el que se clarifican las distintas responsabilidades cruzadas de los actores en la consecución del Plan de Redesarrollo, intercambiando las posibilidades legislativas, financieras, así como los derechos de uso y propiedad de los terrenos. De esta forma, la caracterización de los proyectos como públicos o como privados carece de sentido toda vez que la delimitación de los propósitos y responsabilidades entre ellos se encuentran estrechamente unidos.

Y, fundamentalmente, la distinción entre el propósito público/privado del proyecto tampoco puede resultar conclusivo pues son los poderes públicos los que perciben la necesidad de llevar a cabo un Plan de Redesarrollo en esa área concreta, buscando un inversor que esté dispuesto a cumplir con las exigencias de inversión, y cuya máxima aportación al desarrollo económico en la zona es que lleva a cabo su actividad privativa, generando actividad económica, empleo e ingresos tributarios.

Más allá de los concretos argumentos que ofrece la sentencia, así como los jueces disidentes, lo importante es que ha generado una renovada polémica acerca de los límites entre lo público y lo privado que, sin embargo, no puede ya resolverse (al menos de forma rigurosa), a través de la tradicional dicotomía entre público y privado, ya sea en el análisis de la propiedad, de los usos, de los modos de actuación o incluso de los propósitos de los proyectos. Ello es debido a la natural evolución de los diferentes sectores económicos, sino también por la aparición de las nuevas formas de CPP que pretenden, precisamente, aunar propósitos, recursos y beneficios, en pos del interés general.

Lo cierto, sin embargo, es que la incertidumbre que ello conlleva, así como la legítima preocupación por el secuestro de los intereses públicos en manos de intereses económicos, haya llevado a que la implementación de estos proyectos sea intensamente controvertida. La reacción judicial, doctrinal, política y popular frente a este tipo de actuaciones demuestra la dificultad de aceptar una forma de actuación asentada en una base híbrida público-privada.

4. CONCLUSIONES

En esta Parte Primera del trabajo se han analizado las bases conceptuales de la CPP. Hemos podido comprobar que este fenómeno se asienta en la actualidad en un amplio contexto de indeterminación que, a pesar de ser coherente con una unánime necesidad de flexibilidad a la hora de concebir e implementar este tipo de mecanismos, conlleva en el mayor de los casos a una alta sensación de incertidumbre respecto de los propósitos y ventajas de esta figura.

En mi opinión, la reflexión sobre los orígenes, el contexto, la significación de la CPP en el debate sobre las responsabilidades de las autoridades públicas en la provisión de servicios e infraestructuras es relevante para comprender tanto las aspiraciones de este fenómeno como sus limitaciones. La CPP, entendida en sentido amplio, no es un fenómeno nuevo en la historia, debiendo enmarcarse su origen en un contexto económico y político muy determinado que ha condicionado la posterior evolución y expansión del mecanismo en el contexto internacional. Ese contexto es el de la búsqueda (ideológica por una parte, fomentada por la coyuntura económica, por otra) de una mayor implicación del sector privado en la provisión de bienes y servicios públicos, en contraposición a su directa provisión por los poderes públicos.

De este modo, la CPP se enmarca inicialmente en un impulso privatizador y liberalizador, así como en una nueva forma de entender la gestión pública y las formas de relación de los gobiernos con los demás actores del panorama político y económico, iniciada en la década de los 70. Estas fuerzas, así

como la evolución propia de las sociedades modernas, han llevado a una evolución de la concepción del Estado desde un papel prestador a un rol eminentemente regulador, un debate al que la reflexión sobre la CPP evoca inevitablemente.

Sin embargo, creo que la CPP debe enmarcarse también en un fenómeno de redescubrimiento de la formas colaborativas en la prestación de servicios públicos, que se contraponen, de alguna modo, a los excesos que puede suponer la absoluta introducción de las fuerzas del mercado en el ejercicio y gestión de las potestades públicas, de ahí que haya sido considerada políticamente como una “tercera vía”. No obstante, la CPP no significa únicamente un punto intermedio entre un modelo público y un modelo privatizado. Su enmarcación en un contexto colaborativo plantea nuevos desafíos conceptuales y prácticos por cuanto plantea la superación de las tradicionales distinciones entre el ámbito de lo público y el ámbito de lo privado, pretendiendo un contexto en que dichos contornos sean difícilmente identificables.

Dicha pretensión, no obstante, revierte una ingente dificultad. Son muchos los autores que han señalado que la dificultad de conseguir una genuina alineación de objetivos entre dos sectores impelidos por fuerzas contrapuestas, y han advertido de que un eventual equilibrio entre los actores pasa, muy probablemente, por cierta entrega hacia los postulados mercantiles. En cualquier caso, hemos visto que la CPP ha evolucionado hacia un modelo eminentemente contractual que, si bien reproduce tradicionales esquemas de división y jerarquía, es el ámbito en el que a través de la complejidad, la flexibilidad, y cierta indeterminación han llevado a que los nuevos contratos de CPP sean más que coherentes con los esquemas y pretensiones fundamentales de ésta. Por ello, el análisis conceptual de este fenómeno sigue siendo importante para su comprensión como criterio de interpretación aún en sus formas más complejas.

No obstante, la superación de tradicionales roles de lo privado y lo público, así como la confusión de responsabilidades e intereses, sigue generando una lógica preocupación en los ámbitos doctrinales, políticos y sociales, tal y como se ha comprobado en el caso analizado de la CPP en las políticas de Redesarrollo urbano en los Estados Unidos. Ello invita a seguir reflexionando acerca del establecimiento de garantías regulatorias para proteger la consecución del interés general, así como acerca de los potenciales ámbitos en los que ésta puede desenvolverse sin que se resquebraje la delicada dicotomía público-privada en la que se asienta.

Parte Segunda
COLABORACIÓN Y FLEXIBILIDAD EN EL MARCO JURÍDICO-FINANCIERO DE LA
COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

1. INTRODUCCIÓN: DE LA “HUIDA DEL DERECHO CONTABLE” A LA “ATIPICIDAD” CONTRACTUAL

De acuerdo con Julio V. González, el contexto en el que surge la CPP y el modo de plantear las prestaciones que reciben las Administraciones Públicas se puede considerar como una manifestación típica del postmodernismo jurídico⁵⁷.

Una de las manifestaciones de la postmodernidad administrativa se refiere al modo en que el particular participa en las funciones públicas. Frente a los modos tradicionales del contrato administrativo, la postmodernidad hace que el socio privado se transforme en copartícipe en la determinación tanto de objetivos, como de prestaciones e incluso colabora a ajustar el marco jurídico financiero de la asociación. Al análisis de dicho aspecto hemos dedicado el análisis de la Parte Primera de este trabajo, en la que hemos comprobado que la CPP propone una nueva forma de asociación que va más allá de las tradicionales formas de distinción entre lo público y lo privado, pretendiendo una genuina confusión de intenciones e intereses a través del entrelazamiento de recursos, beneficios y responsabilidades, con las complejidades y dificultades que ello conlleva.

Al impulso de postmodernismo, explica este autor, se relaciona también a la desregulación jurídica, fenómeno del que la CPP se considera una de sus más evidentes manifestaciones. Como señala este autor, la postmodernidad tiene como una de sus manifestaciones más relevantes que está construida precisamente por un cambio en el funcionamiento administrativo en el que los mandatos jurídicos tradicionales ceden su puesto a técnicas más débiles, que reflejan una dirección jurídica no autoritaria de las conductas, un contexto en el que el Estado no pretende imponer su voluntad mediante la obligación; sino que crea espacios para el diálogo y la negociación en el que las partes influyen mutuamente tanto en el diseño de las actuaciones como en la implementación de las mismas.

Este contexto tiene una fuerte impronta en el fenómeno regulatorio de la CPP, también en nuestro ordenamiento jurídico. Ello es fácilmente reconocible en que, dada la escasa intensidad normativa que existe sobre ella, son la indeterminación jurídica y la flexibilidad en las relaciones entre las partes las que presiden los modos de implementación de los mecanismos de CPP aún cuando se ha incluido en nuestro ordenamiento la figura del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Ello sugiere adoptar, para el estudio de este fenómeno, una perspectiva de estudio que vaya más allá de las concretas disposiciones que, sobre este contrato, se contienen en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante “TRLCSF”).

En este trabajo, pretendo estudiar dos fenómenos que me parecen centrales para comprender la regulación jurídico-financiera de la CPP. En primer lugar, se atenderá al fenómeno a que podríamos denominar “huída del derecho contable”, lo que nos llevará a conocer las normas estadísticas de Eurostat sobre el déficit y deuda de los Estados, así como al fenómeno de la atipicidad que ha caracterizado y caracteriza a las fórmulas de CPP, lo que exigirá un examen de la configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado desde la perspectiva del grado de indeterminación y flexibilidad que introduce esta forma contractual (¿desregularizada?) dentro de nuestro ordenamiento.

En relación con el primero de estos elementos, debe señalarse que las Administraciones Públicas han mostrado siempre una particular tendencia a sustraerse de las rigideces que presenta la regulación de la contratación pública. Durante muchos años se ha buscado la utilización de mecanismos que permitieran una flexibilidad que la normativa pública de contratación no concedía. La aparición, por ejemplo, de entidades de naturaleza privada que, se decía, proporcionaban flexibilidad y rapidez en la contratación y mejores condiciones en la obtención de dinero en el mercado de capitales fueron

⁵⁷ JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA: *Colaboración Público-Privada e infraestructura...*, op. cit., págs. 42-43.

una de las claras manifestaciones de un popularísimo fenómeno conocido como la huida del Derecho Administrativo. Se acusaba así a las Administraciones Públicas de no querer someterse al control formal, de fines, de publicidad y de eficacia del derecho administrativo y, por ello, utilizaba técnicas del Derecho privado que les permiten gestionar los recursos públicos con escasos controles.

En la actualidad, la huida de la aplicación de la normativa de la contratación pública no constituye en nuestro ámbito, y en principio, un problema en lo que a la CPP se refiere. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido perfilando el concepto de poder adjudicador, eliminando todas aquellas situaciones en las que se limitaba o negaba la aplicación de las directivas comunitarias, tuvieran la forma que tuvieran. La problemática, recientemente, se ha centrado especialmente en las fórmulas institucionalizadas de CPP debido a las delicadas excepciones reconocidas a las relaciones *in-house*, así como por las particularidades de la formación de sociedades de economía mixta en relación con la adjudicación de contratos a concesiones a éstas.

Las limitaciones a las que se enfrentan las Administraciones Públicas son, en gran medida, de naturaleza presupuestaria. No se plantea, así, la cuestión como un problema de falta de recursos económicos ni siquiera en los delicados momentos en que se encuentran las arcas públicas en estos momentos, sino como una cuestión derivada de la limitación en la capacidad de endeudamiento de los entes públicos que resulta de la aplicación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, el cual ha encontrado reflejo normativo al máximo nivel comunitario y, ahora, también a nivel constitucional. Esta circunstancia introduce un importante elemento de tensión en la provisión de servicios e infraestructuras públicas, pues limita las capacidades de las Administraciones Públicas de acudir a los instrumentos habituales como el contrato de obras pues éste consolida el coste de la infraestructura a efectos del déficit público. De este modo, se concibe el advenimiento de los mecanismos de CPP como una variante moderna y sofisticada de esa huida del derecho administrativo, ahora huida del derecho contable, por cuanto se pretende con ellas mantener la inversión en infraestructuras públicas y, a la vez, que el gasto público asociado a dichas infraestructuras no compute en el déficit de las Administraciones Públicas.

Por este motivo, se vuelve especialmente relevante el estudio de los principios y reglas normativa estadística de Eurostat para que, en el ámbito de los contratos de CPP, el coste asociado a las infraestructuras no consolide a efectos de déficit público. Así, los principios y cada vez más precisas indicaciones de la normativa de Eurostat a estos efectos determinan importantemente la configuración de los concretos contratos de CPP que celebren las Administraciones Públicas, condicionando, en definitiva, el margen de flexibilidad en las negociaciones entre las partes y en la propia regulación. Finalmente, se intentará dar una significación a dicho entramado de normas de Eurostat en la consecución de una provisión de infraestructuras más eficiente.

La introducción de la atipicidad contractual, por su parte, en el funcionamiento de las Administraciones Públicas a través de los contratos de CPP es uno de los elementos que más afecta a esta imagen de ingeniería jurídico-financiera que suele entreverse en la CPP. Por ello se vuelve imprescindible el análisis del nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. A este respecto, será interesante determinar las novedades que dicha regulación presenta frente a la absoluta atipicidad que existía antes de su promulgación, así como a las concretas disposiciones que extienden, o que limitan, la flexibilidad entre las partes para darle contenido a esta nueva forma de interrelación público-privada.

2. LA DIMENSIÓN CONTABLE DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

a) Estabilidad presupuestaria, inversión y CPP

Debido a la estrecha interrelación entre las economías comunitarias que la introducción de la moneda única produjo en la Europa, y para evitar desequilibrios económicos en el conjunto de la Unión derivados de la situación de un determinado Estado, el Tratado constitutivo de la Unión Europea introdujo, como criterio básico de las normas en materia de política económica y monetaria, el principio del equilibrio presupuestario.

Difícilmente podrá expresarse el protagonismo que ha tomado dicho principio durante estos últimos años en la Unión Europea, y especialmente en nuestro país. La actual crisis económica ha llevado,

entre muchas otras cosas, a la necesidad de que los gobiernos mantengan unas finanzas públicas saneadas y eviten un déficit público excesivo para salvaguardar la estabilidad de la zona euro en su conjunto, así como al compromiso para avanzar en el proceso de integración económica, con la premisa de lograr una mayor coordinación y responsabilidad fiscal. La preocupación por establecer garantías en el cumplimiento de dicho objetivo ha conllevado a que en la actualidad admiremos una intensísima actividad legislativa a todos los niveles con el propósito de devolver la confianza en la solvencia de los Estados miembros, y en la viabilidad del propio proyecto europeo.

Escapa del propósito de este trabajo dar cuenta de la ingente cantidad de medidas que se están adoptando a todos los niveles para la consecución de este objetivo de la contención del déficit público. En nuestro país, la gravedad con que se ha acogido este objetivo ha quedado ilustrada con la constitucionalización de este principio con la histórica reforma del artículo 135, de 27 de septiembre de 2011, cuya exposición de motivos se expresa de esta forma: “La estabilidad presupuestaria adquiere un valor verdaderamente estructural y condicionante de la capacidad de actuación del Estado, del mantenimiento y desarrollo del Estado Social que proclama el artículo 1.1 de la propia Ley Fundamental y, en definitiva, de la prosperidad presente y futura de los ciudadanos. Un valor, pues, que justifica su consagración constitucional, con el efecto de limitar y orientar, con el mayor rango normativo, la actuación de los poderes públicos.” Estableciendo en su apartado primero el principio de que: “Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.”⁵⁸

En el ámbito de la Unión Europea, es ilustrativa de la rigurosa actualidad de este asunto la entrada en vigor a mediados de diciembre de 2011 de seis instrumentos legislativos que suponen una profunda reforma de la supervisión de la política económica de los Estados miembros de la UE⁵⁹, la iniciación de múltiples procedimientos por déficit excesivos contra países miembros, o la firma con fecha 2 de marzo de 2012, del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza.

Nos encontramos, es evidente, en un período convulso y de profunda reforma fiscal y presupuestaria, una revisión de las formas de financiación de con implicaciones en todos los niveles institucionales. Es muy complicado en la actual coyuntura de profunda discusión política —en la que las medidas en esta dirección se suceden con inusitada velocidad a raíz de los constantes problemas políticos y financieros que están aflorando en este continente—, hacerse una idea del marco normativo que resultará de toda este ejercicio de urgencia política y legislativa. No obstante, podemos estar seguros de que la estabilidad presupuestaria, el control del déficit y del endeudamiento de los Estados quedarán como principios estructurales principales en el funcionamiento de los poderes públicos y en la interrelación política y económica entre los países miembros de la Unión Europea.

La clave de toda la discusión, todavía a día de hoy, se encuentra en el artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que establece en su apartado primero que “los Estados evitarán déficit públicos excesivos”, estableciendo en su apartado segundo la obligación de la Comisión de supervisar la evolución de la situación presupuestaria y del nivel de endeudamiento público de los Estados miembros, en relación a su nivel déficit público y deuda pública, siempre en proporción a su Producto Interior Bruto. Los valores de referencia fueron establecidos en el Protocolo número 12 sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo (PDE), que prevé como valores de referencia el 3 por 100 en lo referente a la proporción del déficit público, y del 60 por 100 en lo referente a la deuda pública. Dicho procedimiento queda especificado en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

A pesar de la nueva dimensión que están adquiriendo dichos principios, así como los mecanismos dedicados a su prevención, corrección y sanción, lo cierto es que se trata de principios que no son nuevos en el contexto de las políticas económicas de los Estados. La incorporación de España a la Unión Europea implicó un cambio radical en la articulación de nuestra política económica, al perderse las competencias sobre política monetaria (con la creación del euro y atribuyendo competencias al Banco Central Europeo), pasando la política presupuestaria y financiera a convertirse en el principal

⁵⁸ La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril de 2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, ha procedido a desarrollar este artículo constitucional.

⁵⁹ Véase sobre este asunto el documento de la Subdirección General de Economía Internacional del Ministerio de Economía y Hacienda, “El *six pack* de la reforma del gobierno económico de la Unión Europea”, *Boletín Económico del ICE*, núm. 3022, del 1 al 31 de enero de 2012; y el artículo de CARLOS FRANCISCO MOLINA DEL POZO: “El impacto de la legislación de la Unión Europea en España en materia de control y estabilización financiera”, *Noticias de la Unión Europea*, 325, 2012.

instrumento de maniobrabilidad de la política económica en el marco de los principios de las directivas comunitarias. Fue el Tratado de Maastricht el que estableció las bases de la vigilancia fiscal multilateral que iba a ejercerse en la Unión Europea. Dicha vigilancia se basa en el mencionado procedimiento de déficit excesivo (*EDP* en sus siglas en inglés), definido por ese tratado y en vigor desde 1994, siendo la resolución sobre el Pacto de Estabilidad y Crecimiento de 16 de junio de 1997. En la articulación de dichas exigencias, como garante de la exactitud y homogeneidad de los datos y sistemas de medición, ha tenido siempre una enorme importancia la normativa estadística de la Unión Europea, conocido como Sistema Europeo de Cuentas Económicas Integradas (SEC-95).

De esta forma, en la consideración de los poderes públicos de nuestro país a la hora de afrontar la construcción y financiación de nuevas obras públicas, han intervenido, desde hace ya más de lo que ahora puede parecer, las limitaciones de endeudamiento que le han resultado de aplicación, pues ésta se convertía en una limitación directa en su capacidad de inversión, por ejemplo, a través del tradicional contrato de obra. Esta consideración ha devenido en los últimos años en una verdadera preocupación en los poderes públicos, alcanzando dimensiones dramáticas en la actualidad a raíz de la crisis de deuda de los Estados miembros. Las férreas políticas de reducción del déficit que se han impuesto como principal remedio para solventar los problemas de confianza en la solvencia de los Estados, entran en contracción con la puesta en marcha de las políticas públicas de estímulo económico que, también, se consideran imprescindibles para la recuperación del crecimiento económico. Todo ello va a obligar a las Administraciones Públicas a actuar de una manera muy distinta a la que venía siendo habitual hasta ahora.

Tal y como explicaba la Comisión en 2009⁶⁰, para hacer frente a la crisis económica y financiera la Unión Europea y sus Estados miembros están aplicando planes de recuperación ambiciosos destinados a estabilizar el sector financiero y a limitar los efectos de la recesión sobre los ciudadanos y la economía real. La inversión en proyectos de infraestructura es un medio importante para mantener la actividad económica durante la crisis y favorecer la vuelta a un crecimiento económico sostenido. En el contexto de estos esfuerzos de recuperación, la Comisión ha señalado que la CPP puede ofrecer fórmulas efectivas para llevar a cabo proyectos de infraestructuras, facilitar servicios públicos y, de manera más general, innovar. Al mismo tiempo, este tipo de colaboración se percibe por la Comisión como un vehículo interesante para el desarrollo estructural a largo plazo de infraestructuras y servicios, ya que aúna las ventajas características del sector público y del sector privado.

A este planteamiento general, la Comisión precisa la concreta aportación de la CPP en el particular contexto económico en el que nos encontramos, señalando lo siguiente: “Aunque su objetivo primordial debe ser promover la eficiencia de los servicios públicos a través de la distribución de riesgos y el aprovechamiento de los conocimientos y la experiencia del sector privado, también puede aliviar las presiones inmediatas sobre las finanzas públicas al ofrecer una fuente de capital adicional. A su vez, la participación del sector público en un proyecto puede ofrecer garantías importantes para los inversores privados, especialmente la estabilidad de los flujos de capital a largo plazo procedentes de las finanzas públicas, así como la incorporación de importantes ventajas sociales o medioambientales a un proyecto.”⁶¹

Aunque aparentemente sencillas, estas razones de la Comisión ilustran bien toda la complejidad que encierra la relación entre la CPP y la normativa contable, una complejidad que, como veremos, se traduce en cierta incertidumbre respecto de los verdaderos beneficios que pueden aportar estas figuras en este contexto, y a la postre, en cierta preocupación acerca de los riesgos fiscales que su utilización implica.

Y es que, hemos ya anticipado ya en este trabajo, uno de los factores que más ha contribuido a la extensión e, incluso, al auge de las fórmulas de CPP en nuestro país es la posibilidad de que el coste de construcción de las infraestructuras carezca de impacto en el déficit público aplicando las reglas del SEC-95. De este modo, a los beneficios propios de eficiencia y calidad que se le atribuyen –teóricamente– a la CPP, se unirían otros dos de apariencia casi milagrosa: por una parte, la capacidad de incrementar la

⁶⁰ COM (2009) 615 final, de 19 de noviembre de 2009, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las regiones, Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la Colaboración Público Privada (CPP), pág. 2.

⁶¹ *Idem*.

inversión en infraestructuras como base para la prestación de servicios públicos de gran calado social y económico, como en sanidad, educación, o transportes (garantizando, además, la gratuidad de los servicios al usuario) y, por otro lado, lograr unas finanzas públicas coherentes con las exigencias presupuestarias de la UE, esto es, con unas finanzas saneadas.

Es imprescindible, a mi juicio, comprender el preciso alcance de dicha dicotomía para entender el verdadero potencial y el verdadero impacto de dicho mecanismo, respecto del cual, sin embargo, existe unanimidad a la hora de señalar que es un instrumento delicado que requiere de una asimilación responsable de los poderes públicos para que su uso no termine dañando el sostenimiento de las finanzas públicas.

b) Las dudas sobre el tratamiento contable de la CPP

La CPP se concibe, hemos visto, como un fenómeno alternativo a la provisión tradicional de bienes y servicios —especialmente relevante en el ámbito de las grandes infraestructuras— al que, teóricamente, se le atribuyen beneficios de eficiencia y calidad derivados de la genuina sinergia entre los socios participantes. Sin embargo, y respecto de lo que aquí importa, y a pesar de la capacidad de emisión de deuda que se le concede a los poderes públicos, los socios privados son especialmente apreciados por su capacidad financiera debido, como hemos referido, al estricto contexto de restricción al endeudamiento público que existe y que ha existido en el ámbito de la Unión Europea.

No obstante, sucede que los contratos de CPP, y de acuerdo la propia normativa del SEC-95, se definen como un tipo de contrato —generalmente de larga duración— en el que el gobierno responde por todo —o por la mayoría— del precio convenido en el contrato, asumiendo así la mayor parte del coste total del servicio, incluyendo la amortización de los activos. Tal y como explica esta misma normativa, ello diferencia (a nivel europeo) a la CPP de las concesiones, tipo de contrato este último en el que los gobiernos no realizan pagos regulares al contratista, o, de existir pagos periódicos, éstos no constituyen la mayor parte del precio recibido por el contratista. Esta diferencia se justifica en que, en el ámbito de un contrato de CPP, los usuarios finales del servicio no pagan por él directamente, o pagan sólo una pequeña parte por el uso o beneficio del activo o del servicio.

De este modo, y como sucediera con el contrato de obras, las finanzas públicas pueden acabar asumiendo el coste total de la inversión de la infraestructura, por lo que puede cuestionarse el carácter aditivo de la aportación financiera del socio privado pues, tal y como señala Ruiz Ojeda, solo tiene como cometido reemplazar provisionalmente a la financiación pública. Y, sin embargo, dichas deudas (o lo que la Comisión, hemos visto, denomina “estabilidad de flujos”) de la Administración con el contratista, en determinadas condiciones, y cumpliendo rigurosamente las exigencias de la normativa del SEC-95, podrían no aparecer en el balance de las cuentas públicas.

A partir de aquí, surgen dos explicaciones para dar sentido a este fenómeno aparentemente contradictorio. Por un lado, tal y como señala Julio V. González⁶², hay quien analiza el fenómeno desde la perspectiva del truco, de la falsedad contable por parte de la Administración para lograr un gasto por encima de sus posibilidades. Se trata de una idea fomentada por la utilización de contratos complejos por parte de los entes públicos, con más de una entidad participante, con prestaciones cruzadas, no siempre fáciles de entender; lo que se interpreta como un manera de acudir a la ingeniería financiera para poder escapar de los controles que sobre la capacidad de endeudamiento se vienen estableciendo desde la Unión Europea.

Aceptar esta idea, y como señala este autor, tiene la paradoja de que la utilización de dicha ingeniería financiera, que estaría abriendo importantes grietas en el edificio de la estabilidad europea, constituye un ejercicio consentido y aún fomentado por las propias instituciones europeas. De esta forma nos encontraríamos con que la CPP se concibe como una forma de desnaturalización del sistema, que tiene el agravante de que está impulsada desde el centro del sistema de control que ha configurado el marco de la estabilidad presupuestaria, como es Eurostat.

Por otro lado, nos encontramos frente a la que se podría denominar como visión positiva de los efectos producidos por la introducción de las reglas de Eurostat. Conforme con esta visión, lo importante es

⁶² JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA: *Colaboración Público-Privada e infraestructuras...*, *op. cit.*, págs. 42-43.

señalar que Eurostat está fomentando (a través del “premio” con la desconsolidación contable) una determinada forma de acción pública, caracterizada por genuina implicación del socio privado en los proyectos de CPP (a través, como veremos, de su efectiva responsabilización de la mayoría de los riesgos asociados a los activos). Esta configuración de los contratos introduciría un importante componente de rigor en el funcionamiento administrativo de estos proyectos en un doble sentido: por un lado, obligará a ajustar mejor las prestaciones que va a abonar la Administración (asociadas a criterios de mercado), por otro, se introducirán criterios de eficiencia y eficacia en la gestión de recursos públicos⁶³.

Dada la contundencia de los argumentos esgrimidos en ambos sentidos, podría concluirse que las cosas no son, quizá de ninguna de las dos maneras, o bien que responden a estas dos realidades al mismo tiempo. La clave para entender esto reside en el análisis de las reglas del SEC-95, así como a su evolución y reciente actualización. Sólo entonces podrá concluirse alguna cosa respecto de la influencia de dichas normas en la configuración de los contratos de CPP, dotando así de mayor certidumbre y responsabilidad a nuestro modelo de provisión de bienes e infraestructuras.

c) El Sistema Europeo de Cuentas (SEC-95) y del Manual de Eurostat

Tal y como explica Eurostat, el Procedimiento para la determinación del Régimen Excesivo supuso un importante desafío para sus estadistas, pues debían garantizar una correcta aplicación del SEC-95 para conseguir datos estadísticos fiables y comparables sobre el estado de las finanzas públicas de los diferentes Estados miembros. Dicho sistema fue instaurado por el Reglamento (CE) 2223/1996⁶⁴, de 25 de junio, coherentemente con el Sistema de Contabilidad Nacional de Naciones Unidas.

Con la finalidad de ayudar en la implementación del Sistema, Eurostat publica un Manual sobre deuda y déficit de los gobiernos (en adelante “Manual” o “Manual de Eurostat”), en el que explica e interpreta sus normas, respondiendo a las cuestiones y problemas centrales que van surgiendo en relación con la aplicación de las mismas. El objeto sobre el que vamos a centrar nuestro análisis es, obviamente, la interpretación que en dicho Manual se realiza respecto del tratamiento contable de las operaciones de CPP, fenómeno al que ha dedicado una especial atención desde la introducción en agosto de 2004 de una “Parte IV” dedicada a los contratos de larga duración entre unidades de gobierno y socios privados.

La importancia de este fenómeno, así como la preocupación por asegurar su correcto tratamiento contable en el delicado contexto de crisis económica actual, se demuestra en que la sección dedicada a la CPP fue sustancialmente ampliada en 2010 (en la tercera edición del manual), y ha sido de nuevamente modificada en la edición publicada con fecha 19 de marzo de 2012. Por ello, además del análisis de los principios generales que explican el tratamiento contable de la CPP, es interesante analizar estas últimas modificaciones para entender su línea de evolución, que es representativa de las preocupaciones más recientes de Eurostat a este respecto. Para llevar a cabo este ejercicio me apoyaré, esencialmente, en las propias explicaciones del Manual de Eurostat⁶⁵ (pues considero que, especialmente desde las últimas ediciones, son en sí mismas muy ilustrativas), así como en la literatura existente sobre este asunto, especialmente en el trabajo de Alberto Ruiz Ojeda.

Eurostat comienza señalando en su Manual que la expresión *Public-Private Partnership* (que hemos traducido en este trabajo como “Colaboración Público-Privada”) se utiliza para diferentes tipos de contratos de larga duración entre Administraciones Públicas y compañías privadas para la provisión de infraestructuras públicas. Sin embargo, lo más importante para delimitar el ámbito de dichos contratos –respecto de otras figuras contractuales conexas– es comprender la naturaleza de la prestación característica de los mismos. En este tipo de relaciones, relata Eurostat, los gobiernos se comprometen a adquirir de una entidad privada, y por un largo periodo de tiempo, determinados servicios que resultan de un “activo dedicado” específico. De este modo, la entidad privada construye dicho activo –dedicado normalmente a la prestación de servicios públicos esenciales, como un hospi-

⁶³ Esta última referencia entronca con la polémica acerca de si los criterios de eficacia “de mercado” (esto es, el cálculo de inversión y de rendimiento económico de los activos) es adecuada para las actuaciones cuyo propósito es la consecución de intereses generales.

⁶⁴ Dicho Reglamento ha sido actualizado en diversas ocasiones, la última por el Reglamento (UE) 715/2010, de 10 de agosto.

⁶⁵ En concreto, debemos atender a la “Parte VI”, apartado 5, del *Manual sobre deuda y déficit de los gobiernos*, 4.ª ed.

tal, una universidad u una prisión—, por cuya utilización —por parte de las Administraciones Públicas— recibe las oportunas contraprestaciones.

De esta manera, los contratos de CPP se basan en un cambio en la prestación característica, que pasa de ser una operación de adquisición o renovación de bienes, —como sucede con el contrato de obra—, para convertirse en operaciones de gasto corriente, vinculadas a servicios que recibe la Administración contratante de un determinado activo construido con tal objeto por el contratista. Esta alteración de la naturaleza del contrato es lo que ha motivado un incremento en la dificultad de entendimiento de los mismos.

Ya hemos señalado que, sin perjuicio de este cambio en la prestación característica, la CPP se caracteriza también en que —tal y como establece claramente la nueva versión de 2012 del Manual— son los poderes públicos los que, a través de pagos periódicos, van a cubrir la totalidad o la mayor parte de los costes del servicio, es decir, incluyendo la amortización de la construcción de los activos, sin que los usuarios finales del servicio paguen nada por ello, o sólo una pequeña parte por su uso⁶⁶.

La cuestión esencial a nivel estadístico, (y, en definitiva, también a nivel político) es determinar la clasificación de los activos implicados por este tipo de contratos, bien como activos de las Administraciones Públicas (lo que influiría inmediatamente en el déficit y nivel de endeudamiento de las mismas) o bien del socio privado (con la consecuencia de que el impacto de los pagos realizados por la Administración en su balance se repartirían a lo largo de toda la duración del contrato de CPP). Dicha asignación, es importante subrayarlo, está por encima de las consideraciones formales establecidas en los contratos, por lo que resulta imprescindible entender las normas y principios que determinan, según Eurostat, a quién han de atribuirse dichos activos.

El principio central, a dicho respecto, es el siguiente: los activos pueden ser considerados como activos privados (es decir, sin que tengan impacto inmediato en el déficit y en el nivel de endeudamiento) tan sólo en el caso en que haya una fuerte evidencia de que el socio privado asume la mayor parte de los riesgos asociados al activo en el ámbito del contrato de CPP. Así, “y según una explicación muy simple pero no por eso menos verdadera”, como señala Alberto Ruiz Ojeda, se establece el principio de que el activo es de quien sustancialmente asume los riesgos a él asociados. Por tanto, el análisis de la asignación de riesgos entre el gobierno y el socio privado deviene el elemento medular del sistema⁶⁷.

Así, el cómputo de las operaciones de CPP a efectos de endeudamiento y déficit está en consonancia con las aplicadas a los contratos de arrendamiento:

- Si el socio privado no soporta la mayor parte de los riesgos —de acuerdo con las normas que veremos a continuación— la operación se asimila a los arrendamientos financieros y, por tanto, computa por su totalidad y desde el principio a efectos de deuda y déficit.
- Si, por el contrario, existen evidencias de que se ha producido dicha transferencia mayoritaria de riesgos, se asimila a los arrendamientos operativos, que sólo se reflejan ejercicio a ejercicio para el cálculo del endeudamiento y el déficit.

Ha de tenerse en cuenta, en este sentido, que en el sistema SEC-95 no resulta posible efectuar una división en dos contabilidades —la pública y la privada— de la operación en función del volumen de riesgos que asuma cada una de las partes contratantes; lo que hace que, de forma global, una operación —en su conjunto— sólo será posible clarificarla o bien dentro de las cuentas del ente público o bien en las de la unidad institucional de mercado.

Conviene, por otra parte, y tal y como ha señalado Julio, V. González García⁶⁸, recordar que la consolidación o desconsolidación de una obra en el déficit público a efectos de la estabilidad presupuestaria nada tiene que ver con el pago de la obra: consolide ésta o no en el déficit, las Administraciones van a asumir la mayor parte del coste de construcción de dichos activos a través de los mecanismos pre-

⁶⁶ Esta precisión ha sido incluida en la última actualización del Manual, 2012. Anteriormente se decía que la Administración cubre la mayor parte de pagos contemplados en el contrato, pero sin mencionar expresamente a los costes del servicio y a la amortización del activo, como tampoco mencionaba la gratuidad del servicio a los usuarios finales. Se trata así, de una precisión importante para delimitar este fenómeno.

⁶⁷ De nuevo, esa última precisión, que pone el acento en el análisis de la asignación de riesgos, es de la última edición de 2012.

⁶⁸ JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA: *Colaboración PúblicoPrivada e infraestructuras...*, op. cit., pág. 48.

supuestarios o extrapresupuestarios que haya previsto la Administración en el momento de su planificación. Es ésta la cuestión que plantea problemas sobre cómo se está utilizando la contabilidad para diseñar un determinado escenario de déficit público diferente de la situación real de las economías europeas.

Con lo referido creo quedan planteados los ingredientes y principios esenciales del tratamiento contable de las CPP. Se trata de atribuir la propiedad del activo que sirve de soporte a la prestación del servicio, junto con la deuda que se haya contraído, a una de las partes del contrato de CPP. Dicha asignación no se produce, no obstante, en atención a la propiedad de los activos o la titularidad de la deuda (esto es, de la “propiedad legal”), sino a través del análisis los efectos económicos que produce la concreta asignación de riesgos económicos del contrato (es decir, la “propiedad económica”). Alberto Ruiz Ojeda⁶⁹ ha puesto de manifiesto el poder explicativo de este planteamiento contable, toda vez que, a pesar de que implique un minucioso análisis jurídico-financiero de los contratos, permite identificar claramente las consecuencias que se siguen de la estructura de riesgos con una rigurosidad que, en su opinión, la dogmática jurídica es incapaz de proporcionar.

Conscientes de la importancia de la noción de riesgo en este contexto, ha procedido en esta última versión a delimitarla como concepto. De acuerdo con Eurostat, el riesgo se refiere al impacto (en términos de ingresos o beneficios) de acciones evidentes por una de las partes (en términos de construcción, operaciones de mantenimiento, provisiones de un servicio respecto del que se ha otorgado una clara responsabilidad) y/o el resultado del comportamiento de los agentes económicos por los que la actividad es llevada a cabo (como una disminución de la demanda del servicio). Asumir el riesgo significaría, por tanto, tener la potestad para llevar a cabo las acciones que puedan evitar y mitigar su impacto.

d) El análisis de la asignación, directa e indirecta, de los riesgos

Hemos referido que, de acuerdo con el Manual de Eurostat, para que los activos sean considerados ajenos a las Administraciones Públicas debe existir una fuerte evidencia de que es el socio privado el que soporta la mayor parte de los riesgos inherentes a la ejecución del contrato. En realidad, según explica Eurostat, las normas del SEC-95 exigen que “todos los riesgos” deben ser transferidos al socio privado para que se dé dicho resultado, y no sólo la mayor parte. Sin embargo, en atención a la propia naturaleza de los contratos de CPP —en la que, como hemos visto, los riesgos son habitualmente “compartidos” entre los socios—, Eurostat permite que las Administraciones Públicas asuman, al menos, una parte de dichos riesgos sin que ello implique que los activos deban revertir, necesariamente, en su balance.

De este modo, llegamos al punto crucial en el que se determina qué cantidad de riesgos puede adjudicarse al socio privado para que pueda considerarse que asume, al menos, “una mayor parte” de ellos. Para facilitar este ejercicio, Eurostat distingue entre tres tipos de riesgos: el riesgo de construcción, el riesgo de disponibilidad y el riesgo de demanda.

El “riesgo de construcción”, de acuerdo con la normativa de Eurostat, cubre los eventos relacionados con los activos hasta el inicio de la prestación. Se concreta en las siguientes circunstancias: i) retrasos en la entrega de las construcciones; ii) incumplimiento de los estándares establecidos en el contrato; iii) costes adicionales en la construcción; iv) problemas legales o medioambientales, o v) efectos “externos” negativos que impliquen pagos compensatorios a terceros. A este respecto, se considera como una evidencia de que dichos riesgos no han sido efectivamente transmitidos al socio privado el hecho de que se prevean en el contrato pagos sin tener en cuenta el verdadero estado de desarrollo de las obras. Dicho riesgo, precisa Eurostat, no debe ser confundido con lo apropiado del diseño de las obras.

Por su parte, el “riesgo de disponibilidad” cubre aquellos casos en los que, durante la gestión de los activos, puede exigirse la responsabilidad del socio privado debido: i) la no entrega del volumen de servicios convenido por parte del socio privado; ii) el incumplimiento de la normativa en materia de seguridad o de las certificaciones administrativas aplicables a servicios a usuarios finales y especificadas en el contrato, y iii) el incumplimiento de los estándares de calidad fijados contractualmente. Respecto de este tipo de riesgo, que resulta esencial para el caso de los contratos de CPP pues,

⁶⁹ ALBERTO RUIZ OJEDA: “Últimas orientaciones...”, *op. cit.*, pág. 123.

como hemos señalado, han sido éstos contratos los que han popularizado este tipo de pagos por disponibilidad. Eurostat ha puesto de manifiesto que en aquellos casos en los que la Administración Pública esté facultada para reducir de forma automática y significativa (como cualquier otro consumidor) sus pagos periódicos cuando se den las situaciones antes descritas, se entenderá que nos encontramos ante un riesgo que es asumido por el socio privado. Ello queda reflejado, normalmente, mediante la introducción en el contrato de indicadores que permitan contrastar el aceptable cumplimiento de las obligaciones por parte del socio privado. En principio, el socio está en condiciones de evitar el incumplimiento de dichos objetivos, aunque de forma restrictiva se acepta la inclusión de excepciones por causas ajenas al socio privado, como la fuerza mayor⁷⁰.

Finalmente, el “riesgo de demanda” cubriría la variabilidad de la demanda con independencia del comportamiento que desarrolle la sociedad, en relación por ejemplo: i) con el ciclo económico; ii) con las nuevas tendencias del mercado; iii) con la competencia, y iv) con el hecho de que la empresa opere con tecnología obsoleta. Así, en ningún caso debe considerarse como riesgo de demanda la variabilidad que responde a la deficiencia o baja calidad de los servicios prestados por la sociedad. A este efecto, Eurostat ha afirmado que se entiende que este riesgo lo asume la Administración en aquellos casos en que se asegura un nivel determinado de pagos al socio, independientemente del efectivo nivel de demanda expresado por los usuarios finales. Ahora bien, esto último no será de aplicación en aquellos casos en los que las fluctuaciones en la demanda se deban a decisiones adoptadas por las propias Administraciones Públicas. Por otra parte, para que los activos estén en el balance del sector privado debe comprobarse que, en el caso de que descendan sus ingresos, el socio privado tiene posibilidad de reacción a través de la promoción, rediseño, diversificación, del proyecto, es decir, debe poder gestionarlo de forma comercial.

Una vez realizada la distinción entre los diferentes tipos de riesgo, es momento de analizar el principio general sobre el que se asienta el tratamiento contable de la CPP, que ha cambiado significativamente tras la última modificación de 2012. De acuerdo con Eurostat, la regla básica para que los activos involucrados en la CPP sean considerados privados es la siguiente:

- El socio debe asumir los riesgos de construcción.
- Además, debe asumir o bien el riesgo de demanda, o bien el riesgo de disponibilidad, (y en algunos casos, los riesgos de demanda y disponibilidad conjuntamente).
- Deben tenerse en cuenta las cláusulas de financiación, las garantías y las cláusulas que regulan la finalización anticipada del contrato.

Es decir, de acuerdo con este principio, los activos involucrados en un contrato de CPP no constará en el balance del sector público sólo en el caso de que el socio privado asuma los riesgos de construcción de las infraestructuras, así como los riesgos de disponibilidad o de demanda (en los casos generales), y siempre que, tras el análisis de las cláusulas de apoyo público al contratista (financiación, garantías, finalización anticipada...) se concluya que las Administraciones no han re-asumido significativamente dichos riesgos.

Este principio, establecido en la última actualización del Manual de 2012 es sensiblemente distinto del existente hasta entonces. Hasta la versión anterior las reglas de Eurostat eran únicamente dos, y comprendían tan sólo la asunción por parte del socio privado de los riesgos de construcción en cualquier caso, y el riesgo de demanda o el riesgo de disponibilidad; sin contemplarse en esta formulación la posibilidad de que se exijan el riesgo de demanda y el disponibilidad conjuntamente. Por otra parte, la consideración de las garantías públicas, y de las cláusulas financieras y finalización anticipada de los contratos han estado siempre presentes en los análisis de Eurostat, pero tenían hasta ahora un papel secundario, únicamente relevante en aquellos casos en que, conforme a las dos reglas fundamentales, hubiera todavía dudas acerca de la transferencia mayoritaria de los riesgos al contratista. Creo que ambas modificaciones merecen un análisis adicional.

La primera de las modificaciones referidas tiene que ver con los casos en que se exige conjuntamente la transferencia del riesgo de demanda y el riesgo de disponibilidad. Tal y como explica Eurostat, dicha exigencia se prevé para aquellos contratos de CPP en los que se estipula que haya pagos regulares en

⁷⁰ El Manual se refiere a este fenómeno por primera vez con esta expresión en la edición de 2012.

concepto de disponibilidad de las infraestructuras, a la vez que existen pagos relacionados con el demanda de las mismas. Para aquellos casos en que los pagos de una u otra naturaleza no superen el 60 por 100, es decir, en aquellos casos en que los pagos no provengan mayoritariamente de alguno de dichos conceptos, el socio deberá haber asumido ambos tipos de riesgos para que los activos consten en su balance y no en el de las Administraciones Públicas. En aquellos casos en que haya un concepto mayoritario de los pagos sobre el otro (esto es, que suponga más del 60 por 100) el análisis deberá centrarse sobre ese tipo de riesgo en concreto, pero sin descuidar nunca el concepto minoritario.

Así, a través de esta precisión, Eurostat ha aumentado la rigurosidad de su escrutinio en aquellos casos en que existan pagos híbridos, que respondan tanto la disponibilidad como el uso de las infraestructuras. Se pretende así que, a través de una interpretación interesada de las normas anteriormente establecidas, el establecimiento de pagos mixtos evitara una transferencia mayoritaria de los riesgos al socio privado y, sin embargo, se concluyera que los activos debían constar en su balance, desvirtuando así el propósito de la norma.

La segunda de las modificaciones, a pesar de no contener, como decía, ninguna previsión novedosa, resulta, a mi juicio, incluso más significativa que la anterior. La problemática que suponen este tipo de cláusulas financieras, sobre garantías u indemnizaciones por finalización anticipada del contrato había sido ya identificada por Eurostat, pues suponen formas indirectas mediante las cuales el sector público acaba asumiendo, a través de una posición de “garante”, los riesgos inherentes al contrato, desvirtuando otras disposiciones más aparentes sobre la distribución de riesgos⁷¹.

Sobre este asunto Alberto Ruiz Ojeda⁷² señala que la importancia de dichas cláusulas ha cobrado mayor relevancia, si cabe, como consecuencia de la crisis económica, toda vez que la merma de liquidez de los mercados financieros ha afectado muy directamente al sector de la CPP, mediante el incremento de la percepción de riesgos y el consiguiente encarecimiento de la financiación. Esto ha acrecentado la disposición de los poderes públicos para ofrecer garantías y para aceptar cláusulas favorables a sus socios privados y a sus financiadores en los supuestos de resolución o terminación anticipada de la relación contractual. Debido al grado de sofisticación de estas medidas de apoyo, Eurostat ha tenido que perfilar su análisis para que tuviera en consideración las cláusulas de esta naturaleza, pues su impacto sobre el reparto real de riesgos podía vaciar de significados las conclusiones a las que se hubieran llegado con el sólo análisis de los riesgos directamente considerados. Por ello, dichas medidas se consideran ahora parte esencial del análisis de riesgos, al mismo nivel que las adquisiciones sobre la transmisión de los riesgos de construcción, disponibilidad o demanda⁷³.

Las medidas de soporte prestadas por las Administraciones Públicas son, esencialmente cuatro: asignación de los bienes una vez finalizada la relación contractual, cláusulas sobre terminación anticipada del proyecto y cambio de naturaleza del mismo, aportaciones financieras por parte del sector público, y garantías públicas. Realizaré una breve referencia a todas ellas, sin embargo, incidiré especialmente en las cláusulas de terminación anticipada y cambio de naturaleza del contrato al haber sido completamente reformadas con esta última modificación de la normativa contable de Eurostat.

En cuanto a las aportaciones financieras por el sector público, Eurostat explica que los gobiernos ayudan muchas veces a los contratistas financiando ellos mismos parte del proyecto, toda vez que, en circunstancias normales, las Administraciones Públicas tienen acceso al crédito en mejores condi-

⁷¹ ALBERTO RUIZ OJEDA: “Apuntes críticos sobre el proyecto de Ley Básica”, en *Revista de Obras Públicas*, extraordinario, octubre 2002, núm. 3. 425, realizaba un estudio similar en relación con los diferentes tipos de garantías públicas de rentabilidad en la configuración legal de las concesiones en nuestro país. A este respecto señalaba muy ilustrativamente que: “Con garantías públicas de tal guisa lo que se consigue es dar un largo rodeo, con un resultado injusto e ineficiente, y todo para camuflar lo que desde el principio era claro como la luz del día: que la Administración respondía íntegramente, o sea, el riesgo y ventura de la entidad pública concedente. Para este viaje no se necesitan tales alforjas.”

⁷² ALBERTO RUIZ OJEDA, “Últimas orientaciones...”, *op. cit.*, págs. 126 y ss.

⁷³ La última revisión del Manual en 2012, como he referido, ha aumentado el valor del análisis este tipo de cláusulas contractuales. Sin embargo, debe señalarse que esta última versión del Manual mantiene en su mayor parte la redacción existente en la versión anterior, añadiendo, sin embargo, puntualizaciones sobre ella, substituyendo sólo puntualmente en este ámbito frases y algunos párrafos. Por ello, y a pesar de la nueva importancia del análisis de estas formas de apoyo público a dichos proyectos, se denota en la redacción de estos instrumentos todavía su consideración como solos “indicios” de una redistribución de riesgos entre las partes. Sólo en algunos casos, como por ejemplo, en materia de asignación de activos en la finalización del contrato, se ha cambiado la redacción para darle mayor fuerza (nótese el cambio de redacción del párrafo 45) a las conclusiones que, sobre este punto, se extraigan sobre los riesgos asumidos.

ciones que el sector privado⁷⁴. En el caso de que dicha financiación cubra la mayor parte de los costes de construcción o de renovación de los activos, incluyendo los costes de financiación de los mismos, podrá considerarse que el gobierno mantiene la mayor parte de los riesgos (siempre que dichas ayudas no provengan de instituciones internacionales).

Por lo que respecta a las garantías financieras otorgadas por el sector público, y tal y como explica Alberto Ruiz Ojeda, en condiciones normales adquieren la consideración de pasivos contingentes de las entidades públicas, que no tienen la consideración de deuda hasta que no son hechas efectivas⁷⁵. Dichas garantías pretenden mejorar la calificación de las deudas del socio privado, que accederá así al crédito en condiciones más ventajosas para él y, en definitiva, también para las Administraciones debido al menor coste de la obra. Sin embargo, y como es evidente, el otorgamiento de dichas garantías (aún dependiendo siempre de su naturaleza o del instrumento financiero garantizado), puede resultar en una re-asignación de los riesgos, al recaer, en última instancia, en las Administraciones Públicas. Al tratarse de instrumentos complejos, será necesario analizar el detalle de dichas garantías, pero la regla general establecida por Eurostat sobre este punto establece que cuando tales garantías cubren la mayor parte de los costes de capital de un proyecto CPP se produce una asignación de riesgos mayoritaria al sector público, con los efectos que conocemos. Para el caso de que dichas garantías se hicieran efectivas, deberá reconsiderarse la clasificación de los activos (y de su valor remanente), especialmente cuando esta eventualidad tiene impacto en la asignación general de riesgos entre las partes contratantes (por ejemplo, cuando los pagos al socio privado dejan de realizarse en concepto de demanda o disponibilidad, para convertirse en pagos operacionales).

Respecto a la indemnización por resolución anticipada, este tipo de compensaciones suele justificarse en el principio jurídico general que prohíbe el enriquecimiento injusto. Eurostat acepta que tales indemnizaciones no influyan sobre la clasificación de los activos cuando obedezcan a una justa reparación del socio privado, pero esto no puede suponer nunca que el privado o sus acreedores recuperen sus inversiones en cualquier caso. Pues bien, si las compensaciones por terminación anticipada a cargo del socio público y por causa imputable al socio privado están calculadas en función del capital invertido o de los costes operativos en lugar del valor de mercado de los activos en el momento de la extinción del contrato, se entenderá que tales compensaciones tienen la consideración de una garantía. Esta misma consideración se otorga a cláusulas del contrato que obliguen a la Administración a pagar la totalidad o parte de la deuda que quede pendiente en el momento de la terminación anticipada del contrato.

El siguiente aspecto a tener en cuenta a este respecto es la asignación de los activos en el momento de la finalización del contrato. De acuerdo con Eurostat, el hecho de que los activos se mantengan en propiedad del socio privado una vez finalice el contrato otorga una fuerte evidencia de que los riesgos han sido efectivamente transferidos al socio privado. En los casos en que las Administraciones Públicas mantienen tan sólo una opción de compra sobre los activos, —y siempre que la compra se realice a precio de mercado— se considerará también que el socio privado ha asumido los riesgos asociados a los mismos. Sin embargo, la evidencia es en sentido contrario cuando las Administraciones Públicas se han comprometido a adquirir los activos a un precio determinado que no tenga referencia en el valor de mercado, o que esté por encima de éste, o que esté por debajo pero debido a que el coste de la infraestructura haya sido ya abonado por los pagos regulares durante el mantenimiento de la relación contractual. Un último elemento recién incorporado a este análisis es la falta de previsión en el contrato de una valoración de los activos por parte de un organismo independiente.

Finalmente, el último mecanismo a tener en cuenta, y sobre el que Eurostat ha demostrado su preocupación a través de su completa re-edición en esta última actualización es el que se refiere a las cláusulas de terminación y de cambio de naturaleza de los contratos de CPP. Dichas cláusulas se integran en los contratos de CPP para prever la situación en la que el socio privado no puede asumir sus responsabilidades contractuales, o persiste en incumplir sus obligaciones como contratista, siendo de principal interés éstas últimas, así como aquellas que generan la creación de nuevos contratos.

⁷⁴ Como ya hemos referido, estas diferencias entre las condiciones de acceso entre el mercado de capitales, si bien mitigadas en la actual coyuntura en la que los poderes públicos están colocando su deuda a intereses mucho más altos de lo que era habitual, sigue siendo uno de los principales factores que esgrimen para demostrar que la CPP es, habitualmente, más costosa que los instrumentos tradicionales de contratación.

⁷⁵ ALBERTO RUIZ OJEDA, "Últimas orientaciones...", *op. cit.*, pág. 126.

La problemática existe debido a que dichas cláusulas de terminación anticipada suelen estipular la adquisición por parte de las Administraciones Públicas de los activos, la asunción de parte o de la totalidad de la deuda en que hubiera incurrido el contratista, además del pago de una compensación al socio privado (salvo, lógicamente, que haya un inmediato cambio de contratista⁷⁶). Ello trae causa en que las construcciones que son objetos de los contratos de CPP (vías de transporte, hospitales, etc.) son activos diseñados y contruidos específicamente para desarrollar un cometido público muy específico, limitándose así la posibilidad de una reventa, y conllevando un evidente interés por parte de las Administraciones de continuar contando con dichas instalaciones. La preocupación a este respecto es que el socio privado, por las mencionadas circunstancias, se pueda desentender de los activos y de las deudas asumidas en relación a ellos, garantizándose a través de las compensaciones, el re-abono de las cantidades invertidas.

Por ello, en primer lugar, Eurostat considera que el socio privado ha asumido verdaderamente los riesgos relacionados con dichos activos cuando los contratos de CPP prevén penalidades significativas por el incumplimiento de las obligaciones del socio privado. Además, debe preverse que, en caso de existir compensaciones, éstas deben basarse en el valor de mercado de los activos. En caso contrario, se llegaría a la conclusión de que los riesgos mayoritarios han sido retenidos por la Administración.

Por otra parte, es también objeto de análisis la circunstancia en que se renegocien las condiciones del contrato o se celebre uno nuevo, pudiéndose considerar esta operación como una forma de terminación anticipada sin el establecimiento de penalidades. La cuestión por determinar es si dichos cambios producen una modificación significativa en la distribución de riesgos que deba reflejarse en un cambio del tratamiento contable de los activos. Especial interés suscitan las compensaciones aprobadas en atención al famoso equilibrio económico de los contratos⁷⁷. A este respecto, Eurostat señala que sólo son admisibles dicha compensaciones si tienen su origen en circunstancias ajenas a la responsabilidad del socio privado (por ejemplo, que tengan su origen en actuaciones de los agentes públicos, fenómeno generalmente conocido en la doctrina como *factum principis*), siempre que éstas persigan únicamente compensar los costes que dichos cambios han generado en los ingresos de éste.

e) Contratos de CPP con entidades públicas

Una última cuestión sobre la que es necesario incidir es la regulación del caso en que el contratista sea un ente o una sociedad pública. También en estos casos, Eurostat contempla la posibilidad de que la deuda de dichos entes o sociedades públicas no sea considerada a efectos de deuda y déficit público, siempre que cumplan con los principios de transferencia mayoritaria de riesgos anteriormente citada. Sin embargo, la naturaleza pública de estas entidades exige, para conseguir dicha desconsolidación, la comprobación de una serie de criterios adicionales que tienen como objetivo determinar que, sin perjuicio de ser controladas por entidades públicas, la situación de dichas entidades puede ser asimilada a la de los demás entidades del sector privado. Es ésta una cuestión compleja, de la que trataré de ofrecer aquí una visión simplificada de la misma (y suficiente para el propósito de este trabajo), apoyándome el estudio realizado por Juan Martínez Calvo, en su análisis del caso MINTRA⁷⁸.

El Manual contempla expresamente la posibilidad de que los contratos de CPP tengan como contrapartes a una Administración Pública por un parte, y un ente o sociedad pública por otra⁷⁹. Que la corporación

⁷⁶ A este respecto debemos llamar la atención sobre la cláusula incluida por el artículo 37.3 b) de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible que establece para el contrato de Colaboración Público-Privada la posibilidad de que en caso de que proceda la resolución del contrato, "el órgano de contratación, antes de acordar ésta, dará audiencia a los acreedores por si éstos ofrecen subrogarse en el cumplimiento del contrato, directamente o a través de una entidad participada, en condiciones que se consideren compatibles con su buen fin, siempre que reúnan los requisitos exigidos al adjudicatario".

⁷⁷ La tensión entre el principio de riesgo y ventura de los contratistas de la Administración con el principio de equilibrio económico-financiero es uno de los problemas más candentes en nuestro ordenamiento. Un buen análisis sobre la relación conflictual entre ambos puede encontrarse en el artículo de JOSÉ ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR: "Riesgo y ventura en la concesión de obra pública", en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2.º semestre 2004.

⁷⁸ JUAN MARTÍNEZ CALVO: "Hacia la construcción de un «derecho administrativo financiable» crónica del caso MINTRA" en *Revista de Administración Pública*, núm. 167, 2005.

⁷⁹ Coincido plenamente con JUAN MARTÍNEZ CALVO en *op. cit.*, pág. 383, nota al pie núm. 17, cuando señala que Eurostat es poco preciso a la hora de dar coherencia a ambos niveles de análisis. Al reconocer que en los contratos de CPP el contratista puede ser privado o público, debe entenderse que el análisis de la asignación de riesgos es aplicable para ambos casos. El

sea pública significa habitualmente que los gobiernos o una unidad pública determina la política corporativa general de esta unidad de mercado. A pesar de ello, y a los efectos que aquí nos interesan (los de la desconsolidación de los activos), dicha entidad debe poder considerarse una Unidad Institucional, es decir, que goza de autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal y, adicionalmente, o bien dispone de un conjunto completo de cuentas, o bien podría elaborarlo y resultaría pertinente, tanto económica como jurídicamente, si así se requiriera. La autonomía de decisión citada supone que dicha unidad debe: i) ser titular de bienes o activos con facultad de disposición sobre ellos; ii) tener capacidad para tomar decisiones económicas y realizar actividades económicas de las que es directamente responsable ante la ley, y iii) tener capacidad de contraer pasivos en nombre propio, aceptar otras obligaciones o compromisos futuros y suscribir contratos. De no poder considerarse una Unidad Institucional habrá de clasificarse en el sector institucional al que pertenece la unidad que lo controla.

De acuerdo con el Manual de Eurostat, en estas circunstancias la norma importante es que, para que dicha corporación pública sea considerada no-financiera (y así, desconsolidar los activos del balance público), deben cumplirse, esencialmente, dos condiciones:

- El ente o sociedad pública debe poder considerarse una entidad “de mercado”
- Que los pagos que reciba por parte de la Administración contratante sean considerados “ventas”.

Debe determinarse, por tanto, qué condiciones son necesarias para que pueda considerarse una entidad “de mercado”, así como las características de los pagos para que puedan ser consideradas “ventas”.

Respecto de la primera de las cuestiones debe señalarse que cuando la principal función de la institución es la redistribución de ingresos y riquezas no podrá considerarse una unidad de mercado. En otro caso⁸⁰, habrá que determinar si se trata de una Unidad Institucional “de mercado” lo que, según Eurostat, significa que se financia a través de la venta de bienes y servicios a “precios económicamente significativos” que, a su vez, significa que son precios que cubren al menos el 50 por 100 de los costes de producción. Así, tal y como explica Juan Martínez Calvo, ello se concreta de la manera que sigue:

- Las Unidades Institucionales Públicas financiadas principalmente por los hogares, los empleados y las empresas de seguro privadas son de mercado y deben clasificarse como Unidades Institucionales Públicas de Mercado, ya que sus ingresos son íntegramente *ventas*. Es decir, si se financian mediante ingresos de mercado (no de las Administraciones Públicas) son productores de mercado y deben tener sus activos contabilizados en el sector sociedades.
- Las Unidades Institucionales Públicas financiadas principalmente por las Administraciones Públicas, bien según sus costes, bien con arreglo a una negociación (presupuesto global) centrada en diversos factores (producción final, mantenimiento de edificios, inversiones en equipo técnico, remuneración de los asalariados, etc.), deben clasificarse en el sector Administraciones Públicas, ya que dicha financiación no corresponde a las ventas.

El problema que se plantea en la aplicación de estas reglas sobre financiación mayoritaria con cargo a ventas en el ámbito de los contratos de CPP es, como hemos referido, que el contratista (entidad pública) “vende” sus servicios a las Administraciones Públicas, lo que levanta ciertas dudas, —como creo que resulta muy comprensible—, acerca de si dichas ventas lo son a un precio de mercado, es decir si dichos precios son, verdaderamente, significativos económicamente.

De acuerdo con Eurostat, los pagos efectuados por Administraciones públicas deben considerarse “ventas” cuando los precios pagados por la Administración Pública (en relación con servicios efectivamente prestados) son los mismos que los que se pagan por los mismos servicios (misma calidad) proveídos por entidades privadas. En caso de que no hubiera servicios comparables proveídos por entidades privadas, los gobiernos deben pagar por servicios realmente prestados, es decir, el pago debe calcularse en relación con la cantidad y calidad de servicios y no en relación a los costes en los que se ha incurrido

caso de que la CPP se contrato con una entidad pública se considera una circunstancia especial en la que se señalan requisitos contenidos en la “Parte 1” del Manual. Sin embargo, el Manual no hace ningún esfuerzo para aclarar este doble nivel de análisis ni para darle alguna coherencia, por lo que la interpretación de ambos dista de ser clara.

⁸⁰ A excepción de los casos en que su principal función sea la intermediación financiera, en cuyo caso deberá asignarse contablemente sus activos al sector financiero.

por los mismos, de manera que se consiga una influencia significativa en la forma con que recibe esos servicios (creando incentivos reales para una mayor y mejor provisión de servicios).

En resumen, tal y como señala Juan Martínez Calvo, “si una unidad económica pública orienta su producción de bienes o servicios al mercado (esto es, los vende) según las reglas expuestas anteriormente, sus magnitudes económicas deben integrarse en el sector sociedades, y no en el sector Administraciones Públicas, y por ello la construcción de la infraestructura no supondrá incremento del endeudamiento en la Administración promotora, sino en el ente público que la construye”.

Finalmente, Eurostat hace especial hincapié en aquellos casos en que la Unidad Institucional Pública es 100 por 100 pública, debido a que con la total ausencia de presencia privada, la sociedad pierde esa influencia hacia el beneficio y la eficiencia. A este respecto, el Manual establece que: 1) la empresa pública debe demostrar clara competencia en el área de actividad cubierta por la asociación público-privada, y 2) el hecho de que un contrato con la Administración sea prácticamente la única fuente de los ingresos de esta sociedad no conllevaría su reclasificación como unidad administrativa si queda demostrado que los pagos que se realizan están orientados al mercado y la Administración sólo asume riesgos que normalmente no cabe esperar que asuman entidades mercantiles.

f) Conclusiones

En este apartado del trabajo hemos analizado lo que son las líneas maestras del tratamiento contable de las CPP bajo el Sistema de Cuentas Europeo, de acuerdo con el Manual sobre deuda y déficit público de Eurostat. Este análisis es imprescindible para entender el marco jurídico-financiero en que van a desenvolverse los contratos de CPP, debido al evidente interés que suscita en los poderes públicos la posibilidad de que –en perfecto cumplimiento de las normas de Eurostat– los activos relacionados con estos contratos se desconsoliden del balance de las Administraciones Públicas. Ello supone una atractiva solución a la disyuntiva entre las necesidades de inversión en infraestructuras públicas, y el cumplimiento de las exigencias derivadas de los principios de estabilidad presupuestaria.

Este interés condiciona, lógicamente, no sólo el marco legislativo que pueda aprobarse en relación con dicha figura, sino también, y especialmente, la configuración de los concretos contratos de CPP que vayan a celebrarse. Debemos de ser conscientes, por tanto y desde este momento, de que la infiltración de los principios y requerimientos de Eurostat en nuestra práctica jurídica exigirá un notable esfuerzo para conseguir su adecuada asimilación en nuestro ordenamiento jurídico.

Hemos visto como, desde el punto de vista contable, la CPP implica una prestación característica distinta de aquella que era habitual en los contratos de construcción y renovación de infraestructuras. En los contratos de CPP es el socio privado el que construye la infraestructura, pero son los usos o servicios asociados a dicha infraestructura –y no la infraestructura en sí misma– lo que es adquirido por parte de las Administraciones Públicas. Sin embargo, ello no impide que, mediante pagos regulares por dichos servicios, las Administraciones Públicas terminen asumiendo los costes derivados de la construcción de dicha infraestructura. Lo importante para el análisis contable de los costes asociados a estos activos es la identificación de la propiedad económica de los mismos, sin importar a este respecto su propiedad legal.

Eurostat asume el principio de que el activo es de quien asume los riesgos a él asociados. Sin embargo, este análisis presenta una gran complejidad en el concreto caso de la CPP, toda vez que hemos visto a lo largo de este trabajo que se trata de un fenómeno que, en sí mismo, tiende a la confusión entre los actores participantes, donde los riesgos y los beneficios suelen ser compartidos. Por tanto, Eurostat asume que haya repartición de riesgos, pero establece unos límites para considerar que los riesgos son mayoritariamente asumidos por el contratista privado (o público), distinguiendo entre diferentes tipos de riesgos, y atendiendo especialmente a las formas de apoyo público mediante las cuales, en su posición de garante, las Administraciones Públicas pueden acabar asumiendo los riesgos asociados a los activos. Dichos análisis adquieren mayor complejidad cuando el contratista es una entidad pública, en cuyo caso, para desvincular los costes de los activos del balance de las Administraciones Públicas, debe asegurarse su condición de operador de mercado (que se financia mediante precios, cuyo valor es un valor de mercado).

Una vez analizada, aún principalmente, dicha normativa nos encontramos en mejores condiciones para realizar una interpretación del llamado fenómeno de la “huida de la consolidación” y de los riesgos fiscales que suelen aparejarse a su utilización.

En primer lugar, coincido con la mayor parte de la doctrina en la imperiosa necesidad de subrayar que los contratos de CPP no son una solución milagrosa. Como hemos podido comprobar, el tratamiento contable de este tipo de fenómenos nada tiene que ver con el hecho de que la Administración Pública asuma, en virtud de estos tipos de contratos, unas obligaciones económicas de gran entidad, aunque éstas vayan a dosificarse durante un largo período de tiempo⁸¹.

Y, sin embargo, dichas obligaciones no aparecen en las cuentas públicas a efectos de deuda ni de déficit, lo que ha levantado legítimas suspicacias acerca un tratamiento contable que puede poner así en entredicho la confianza en la imagen fiel que, teóricamente, deberían reflejar los datos estadísticos de Eurostat sobre las finanzas públicas. Lo importante, a mi juicio, es interpretar el motivo y condiciones en que se produce la desconsolidación de dichos activos, y analizar sus consecuencias.

Creo que debe descartarse de plano la hipótesis de que Eurostat, al permitir que los activos relacionados con los contratos de CPP pudieran no consolidar en el balance de las Administraciones Públicas, estuviera estableciendo un mecanismo para falsear la situación financiera de los poderes públicos en la Unión Europea. Otra cosa es que Eurostat haya diseñado un sistema de normas que, al permitir que los contratos de CPP puedan asemejarse a los arrendamientos operativos, se haya fomentado una concreta configuración (mercantilizada) de los mismos. Y otra cosa también muy distinta también es que, abierta esta posibilidad, los poderes públicos, y a través de una compleja ingeniería financiera, hayan conseguido eludir los principios de Eurostat, falseando, ahora sí, sus cuentas públicas.

De este modo, son dos las preguntas pertinentes a este respecto. En primer lugar cuál es el efecto buscado por Eurostat en la configuración de las CPP para fomentar –o permitir– esa “huida” de la consolidación, y, en segundo lugar, si dichas reglas son lo suficientemente precisas para garantizar una fiscalización precisa y responsable de las estadísticas de los poderes públicos.

Respecto de la primera de las cuestiones, creo conveniente descartar también que Eurostat pretenda, a través de sus interpretaciones, fomentar la complejidad y la imaginación de las Administraciones Públicas como fines en sí mismos. La complejidad de las normas sobre la contabilidad de las CPPs, así como su constante evolución, se dirigen a establecer un modelo en el que se pueda afirmar que el socio privado es el responsable de los activos, de su construcción así como de su óptima disposición y rendimiento. Hemos visto a lo largo de este trabajo que la CPP tiende a la repartición de responsabilidades, y que las propias Administraciones se ven tentadas a ofrecer apoyos indirectos, y a asumir riesgos que van incluso más allá de los que podría considerarse una repartición eficiente de los mismos.

Sin embargo, para que dichos activos deban de constar en el balance del sector privado, el socio privado debe asumir, y de forma aislada, la mayor parte de los riesgos asociados a los activos. Dicho “aislamiento” del socio privado conlleva, lógicamente, la protección de las responsabilidades –esencialmente económicas– de las Administraciones Públicas, a cambio del ofrecimiento de ciertas libertades de gestión al socio privado –para poder prever y resarcirse de los riesgos que ahora asume con todas las consecuencias–. Es también evidente, no obstante, que dicho planteamiento puede entrar en colisión con potestades de control, dirección y garantía que las Administraciones Públicas han mantenido tradicionalmente en la prestación de dichos bienes y servicios a la ciudadanía, aún en las formas de gestión indirecta.

Por su parte, Juan Martínez Calvo ha señalado que lo que se exige a una Administración Pública a través de esta normativa es, simplemente, que la gestión de una infraestructura sea eficiente económicamente. Al contratista se le exige que asuma un riesgo suficiente de ganancia/pérdida económica, es decir, que el contrato pueda considerarse una explotación de mercado en la cual la Administración no asegure un resultado económico al socio privado, ni sea ella la que en última instancia deba de responder por el incumplimiento de los compromisos –legales y financieros– asumidos por éste. Además, si es

⁸¹ A esta característica de extensión temporal de las obligaciones relacionadas con la CPP se anudan virtudes y defectos. Por una parte, se defiende, con esta configuración, existe mayor justicia intergeneracional al repartirse el coste de las infraestructuras entre las distintas generaciones. Por otra parte, se señala que ello conlleva el defecto de que se, con estos contratos, se compromete seriamente la capacidad decisoria de los gobiernos sucesivos.

un ente o sociedad público quien construye-explota la infraestructura, lo que el SEC-95 exige es que se garantice que los precios que se cobren a la propia Administración por el uso de la infraestructura sean precios de mercado.

Lo relevante, según este autor, es que: “Cuando sea necesario, el pago que haga la Administración sea un pago competitivo porque el mercado no lo exigiría mayor ni más seguro. Si esto se consigue, la norma concede el «premio» de la no consolidación presupuestaria. En mi opinión y por la experiencia práctica, creo que puede afirmarse que no existe instrumento más poderoso para que las Administraciones reflexionen y planifiquen en profundidad la forma en la que van a gastar sus recursos.

Creo que si se observa la actual forma de proceder de muchas Administraciones Públicas para diseñar y construir sus infraestructuras se pone de manifiesto cómo el test SEC-95 está suponiendo, para todas ellas, la realización de una reflexión adicional sobre el sentido, utilidad y coste asumible de las nuevas infraestructuras que, hasta ahora, rara vez se producía con dicha intensidad.”

Dicha visión del impacto de las normas de Eurostat dista mucho de ser pacífica. Como contraste, me parece oportuno traer a colación las opiniones de Julio V. González al respecto por cuanto señala que “el principio de estabilidad presupuestaria, en cuanto que principio que limita el gasto público y el SEC 95, en cuanto mecanismo de contabilidad adaptado a este principio, tienen una orientación ideológica clara de signo neoliberal y que sirven a determinados intereses que se pueden exteriorizar en la privatización del Estado, de tal manera que sólo quedaría para cumplir aquellas necesidades no atractivas para los particulares, limitando los recursos en otros ámbitos, lo cual olvida cualquier tipo de redistribución de la riqueza. Al mismo tiempo hay un juicio, que sirve de coartada ideológico-técnica pero que resulta bastante discutible a la luz de la experiencia histórica de la gestión privada de infraestructuras, sobre la inidoneidad del sector público como consecuencia de su ineficiencia, de tal modo que resulta preferible que sea el sector privado el que participe en el proceso de construcción de infraestructuras, obteniendo una gestión eficiente del proceso”⁸².

Sea como fuere, lo que es evidente es que la normativa contable contempla la posibilidad de la desconsolidación de los activos relacionados en un contrato de CPP sólo en los casos en que éstos adquieren una muy determinada configuración. Como hemos señalado, la indeterminación del fenómeno de la CPP permite un amplio abanico de posibilidades en la repartición de las responsabilidades entre los socios, sin embargo, para que los activos no formen parte del balance de las Administraciones Públicas, el reparto de riesgos entre los socios debe situar la mayoría de éstos a manos del socio privado, es decir, se sigue el principio ya mencionado de que los activos se consideran de aquél que asume los riesgos a ellos asociados. Si se acepta este principio –que es sin duda más significativo que el criterio, por ejemplo, de la propiedad legal–, el principio contable de Eurostat para la CPP debe considerarse coherente, aún cuando permite que las Administraciones retengan una parte minoritaria de dichos riesgos –típicamente los riesgos de demanda–.

A partir de aquí, este atractivo contable tiene una fuerte influencia en los poderes públicos, lo que implicará que los contratos de CPP se adapten a dichas normas, fomentándose así una configuración de dichos contratos que tienda a aumentar las responsabilidades del socio privado, y así, una mayor implicación privada en dichas actuaciones. El problema, a mi juicio, es que el reparto de riesgos no responda así a las necesidades objetivas del proyecto sino solamente a la consecución de dicho beneficio contable.

Creo que puede defenderse que, en determinadas ocasiones, la implicación privada puede suponer una serie de beneficios en las actuaciones de las Administraciones Públicas. La introducción de criterios de eficiencia en la gestión, de innovaciones técnicas, así como un ejercicio de evaluación previa respecto de las necesidades –financieras, sociales– que comportan dichas actuaciones pueden ser positivas, en su caso, para una asignación eficiente de los recursos públicos. Además, que determinados riesgos se transfieran de forma efectiva al socio privado protegerá a las Administraciones de prácticas que las situaban en una delicada situación de garante que las responsabilizaban, a fin de cuentas, tanto de la viabilidad del proyecto como del incumplimiento de los compromisos financieros de los contratistas.

Ahora bien, el grado de implicación del sector privado debe depender, mayoritariamente, de las necesidades del sector en que se implican los proyectos de CPP, del análisis real de los riesgos que se

⁸² JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA, *La Colaboración Público-Privada e infraestructuras...*, op. cit., pág. 40.

considere oportuno que adquiera –en cada caso– uno y otro socio. Un otorgamiento indiscriminado de los riesgos al socio privado con el único propósito de conseguir el beneficio contable que ofrece Eurostat no sólo puede condicionar la eficiencia global del proyecto, sino que puede comprometer gravemente las garantías públicas de calidad en la provisión de determinados servicios públicos, especialmente en aquellos sectores en los que una presencia efectiva de lo público es esencial para la defensa de los intereses generales.

Dejando al margen de dichas reflexiones (cuya profundización se desviaría el objeto y pretensión de este trabajo), quisiera atender al segundo problema señalado, y es el debate sobre si dichas reglas son lo suficientemente precisas para garantizar una fiscalización exacta y responsable de las estadísticas de los poderes públicos. De nuevo, la acusación de suele basar en el grado de indeterminación de las normas contables de Eurostat.

Sobre este asunto, creo que Eurostat ha mostrado notable interés y empeño por desarrollar dicha normativa con el propósito de que sea cada vez más precisa y exacta, y así, cada vez menos susceptible a tergiversación o confusión interesada por parte de los poderes públicos. No obstante, dicha insistencia demuestra también una preocupación real sobre su capacidad para imponer sus principios contables a unos poderes públicos que, amparados en la multiplicidad de ordenamientos y en la constante evolución de los instrumentos financieros, tratan de relajar esa transferencia mayoritaria de los riesgos al socio privado. La reciente profundización sobre el análisis de los mecanismos de garantía pública me parece un elemento fundamental para garantizar la certidumbre en el análisis y calificación de los contratos. Ahora bien, el grado de precisión/indeterminación que pueda llegar a adquirir Eurostat, y por la propia naturaleza de su cometido internacional, ofrecerá siempre márgenes de interpretación a los poderes públicos de los Estados miembros, de los que se tendrá que esperar un nivel de rigor y de responsabilidad mayor que el demostrado hasta la fecha.

3. EL MARCO LEGISLATIVO DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN ESPAÑA

a) Introducción

En esta última sección del trabajo, quisiera atender al marco jurídico en el que se desenvuelve la CPP en nuestro ordenamiento. Es ésta una cuestión fundamental para acabar de entender la delimitación y configuración de este fenómeno en nuestro ordenamiento jurídico, especialmente debido a la escasa intensidad normativa que se le presume a este respecto. En particular, y siguiendo el enfoque que se ha adoptado a lo largo de este trabajo, voy a centrar mi atención en los elementos de “indeterminación” que condicionan el desarrollo de esta figura, lo que nos llevará a analizar la atipicidad y la relativa desregularización que caracterizan a este fenómeno aún tras la introducción de la figura del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Por otra parte, me parece oportuno dedicar algunas páginas a la figura de la CPP Institucionalizada, una forma de contratación cuyo ámbito de utilización ha sido significativamente extendido por la Ley de Economía Sostenible. Ello contrasta, no obstante, con el hecho de que no se hayan introducido nuevas provisiones en relación con su implementación, que queda así sin normativa específica, en una situación de completa indeterminación e incertidumbre.

b) El contrato de colaboración entre el sector Público y el sector privado

Con la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la figura del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado^{83 84}. En su redacción actual⁸⁵, el artículo 11 del TRLCSP establece que son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado:

⁸³ Ya en la Resolución de 1 de abril de 2005, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por lo que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 25 de febrero de 2005, por el que se adoptan los mandatos para poner en marcha medidas de impulso a la productividad, publicada en el *BOE* núm. 79, se establecía el mandato al Ministerio de Eco-

“Aquellos en que una Administración Pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas 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 alguna de las siguientes prestaciones:

- a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
- b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
- c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.
- d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.”

De este modo ha quedado definido el fenómeno de la CPP en su adaptación a nuestra legislación contractual, pasando a ser, tal y como consta en el artículo 5 del TRLCSP, un tipo contractual más de entre los distintos contratos administrativos que quedan regulados por esta legislación. Paralelamente a la introducción jurídica de este fenómeno, documentos gubernamentales publicados en la misma época, resaltaban la importancia que tienen las CPPs. En este sentido, podemos mencionar las alusiones a este fenómeno contenidas en el Plan Estratégico de Infraestructuras y Transporte 2005-2020, que se refería a la CPP como uno de los mecanismos básicos para alcanzar los objetivos que están planteados en el mismo. A este respecto, el documento explica que:

“Los Modelos de Financiación Público-Privada en Infraestructuras, no siendo absolutamente novedosos, han adquirido especial relevancia en las últimas décadas, tanto en el ámbito comunitario como en el no comunitario, unidos generalmente al denominador común de las restricciones presupuestarias y la necesidad creciente de disponer de más y mejores infraestructuras.

En el caso de España, el esquema de colaboración público-privada (*PPP*), ha pasado por igual proceso. En la última década se ha incrementado sustancialmente el volumen de infraestructuras cuya construcción ha sido financiada con aportación de recursos privados. Es en la construcción de autovías, autopistas y puertos donde más han encontrado eco las fórmulas *PPP* en España.

[...] las necesidades inversoras que se suscitan para hacer frente tanto a los distintos programas en actual fase de ejecución como a los futuros programas que resulten del desarrollo del PEIT requieren aprovechar adecuadamente la potencialidad de estos modelos de concertación público-privada.»⁸⁶

El interés del legislador por extender y desarrollar esta nueva figura contractual se ha visto reforzada a la vista de las reformas adoptadas por la Ley de Economía Sostenible. Así pues, debemos mencionar aquí el artículo 37 de la Ley de Economía Sostenible, denominado “Impulso a la eficiencia en la contratación pública y financiación de la colaboración público-privada”, cuyo contenido, más allá de ser una mera declaración de intenciones, es interesante reproducir aquí por su enorme valor simbólico: “Los entes, organismos y entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la innovación y la incorporación de alta tecnología como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la Ley 30/2007,

nomía y Hacienda para que incorporara en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público “una regulación de los contratos de colaboración entre el sector público y privado...”.

⁸⁴ Para una explicación más amplia de las novedades introducidas por esta norma en relación también, con la concesión de obra pública, véase el documento “Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada”, editado por el Consejo Económico y Social de Castilla y León, *Colección de Estudios*, 14, 2011, págs. 114 y ss. En él se relacionan los objetivos de la LCSP en liza con los instaurados ya en la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, y se explica también la necesidad de transponer la Directiva comunitaria 2004/18/CE, en particular, en relación con las novedades que ésta establece en relación con la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos.

⁸⁵ Redacción del artículo 11 tras la modificación de la Ley de Contratos del Sector Público, producida por la Disposición Final decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

⁸⁶ Plan Estratégico de Infraestructuras y transporte (PEIT) 2005-2020, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de julio de 2005, Capítulo 8: Marco económico y Financiero, pág. 165.

de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, modificada por la disposición final decimosexta de la presente Ley.”

De entre las modificaciones operadas por esta Ley, quisiera destacar ahora, y en primer lugar, la nueva redacción dada al artículo 11 de la antigua LCSP, ahora TRLCSP, mediante la que se ha extendido significativamente el ámbito subjetivo de los CPPs al permitirse, a raíz de dicho cambio, que las Entidades Públicas Empresariales ostenten la iniciativa de impulsar un contrato de este tipo.

Por otra parte, la extensión de la aplicación de la CPP, esta vez en su modalidad institucionalizada, es también muy notable, toda vez que, con anterioridad a dicha ley, dicha modalidad contractual estaba sólo contemplada en el ámbito del contrato de gestión de servicios público⁸⁷. Con la Ley de Economía Sostenible se añadía en la Disposición Final decimosexta, punto treinta y cuatro, una disposición adicional trigésima quinta a la LCSP (ahora disposición adicional vigésimo novena en el TRLCSP) con la siguiente redacción: “Los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concorra capital público y privado...”, con lo que se reconoce implícitamente la posibilidad de articular proyectos de CPPI mediante cualquier tipo de contrato público o concesión.

Todo lo antedicho pone de relieve, una vez más, que la CPP, tras su positivación en nuestro ordenamiento, está adquiriendo cada vez un espacio jurídico más amplio entre los distintos tipos de contratos administrativos. Pese a ello, no debemos olvidar, como ha señalado la Comisión Europea, que la CPP sigue siendo un fenómeno poco extendido, que representa (¿todavía?) una pequeña parte de la inversión total pública. Sin embargo, los referidos esfuerzos del legislador, la proliferación de las distintas formas de CPP (en ámbitos especialmente sensibles como el sector sanitario), así como las necesidades propias de la coyuntura actual auguran una creciente apuesta por dichos modelos de interacción público-privada en nuestro país.

c) Indeterminación, flexibilidad y atipicidad antes de la LCSP

He tratado de insistir en este trabajo en que la CPP se caracteriza, entre otras cosas, por su indeterminación jurídico-conceptual, y por la flexibilidad con que deben concebirse las interacciones entre los diferentes actores público-privados. Sólo de esta forma puede pretenderse una relación estable, duradera y eficiente entre ellos, independientemente del concreto espacio en que ésta quiera establecerse.

También hemos referido que dichos parámetros de flexibilidad e indeterminación pueden entrar en conflicto con las exigencias de nuestra legislación sobre contratación pública (en relación, por ejemplo, con el principio de seguridad jurídica, o con los principios de publicidad y concurrencia), así como con la misma concepción de estas relaciones público-privadas como relaciones contractuales semi-jerárquicas. A esta dificultad se aúna la preocupación de los poderes públicos de que la legislación permita adaptar los contratos de CPP a los principios de la normativa contable de Eurostat que hemos analizado en el apartado anterior.

Es desde este punto de vista, conflictual y condicionada por la normativa contable, desde el que quiero realizar este pequeño estudio sobre la regulación jurídica de la CPP en nuestro país, pues creo que es ésta la manera adecuada de comprender la existencia de la CPP antes de su positivación como contrato administrativo, la concreta configuración que ha adquirido éste como forma como contrato desregulado, la subsistencia de otras formas de CPP, así como el desafío irresoluto que supone la CPP Institucionalizada. En definitiva, creo que se trata comprender el concreto acomodo que se ha buscado y concedido a la flexibilidad en las distintas formas en que se ha manifestado la CPP en nuestro ordenamiento.

Creo que el autor Julio González García planteó en su momento muy claramente el debate sobre el que se asentaba (y sobre el que todavía se asienta) la problemática de “juridificación” de la CPP. Señalaba este autor, en atención a la indeterminación y la complejidad que comportan este tipo de proyectos, que: “Lo que tiene que proporcionar el ordenamiento jurídico es, por un lado, un marco habilitante para la concertación a través de esta modalidad y, por el otro, establecer las garantías básicas en defensa del interés general. La flexibilidad y el aporte de fórmulas imaginativas en la pres-

⁸⁷ Véase artículo 253 de la LCSP, en la versión anterior a la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible.

tación del servicio, que son unas de las características de los CPP, como incluso han reclamado las autoridades comunitarias, quedarían transformadas en agua de borrajas si el contrato está absolutamente estructurado en la legislación. Ésta, en consecuencia, es sólo un marco de actuación, una oferta al operador.”⁸⁸

Sin embargo, el fenómeno de la CPP ya existía en España antes de que la LCSP estableciera el marco habilitador que supuso la introducción del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. De este modo, es interesante dedicar algunas líneas al afloramiento de las formas de CPP antes de la entrada en vigor de la LCSP, lo que nos dará las claves para entender la significación de ésta, así como la concreta configuración del contrato de CPP que en ella se contiene.

En un trabajo posterior al citado, Julio V. González García⁸⁹ explica que las ideas, y el impulso europeo de la CPP se incorporaron a nuestro ordenamiento a través de diversas líneas de actuación. En su opinión, la primera de estas líneas de actuación fue la introducción del contrato típico de la concesión de obra pública, utilizada profusamente para la construcción de infraestructuras de transportes durante varios años. A este respecto, resulta de especial interés el análisis que realiza Francisco José Villar Rojas sobre la concesión como modalidad, u antecedente, de las CPPs, pues a pesar de que su investigación se circunscriba al sector sanitario, muestra una evolución muy significativa del fenómeno concesional en nuestro país en relación con la extensión de la CPP⁹⁰.

Explica el autor que la concesión era una forma de novedosa en el ámbito sanitario, toda vez que la introducción del ánimo de lucro parecía contravenir los mismos fundamentos del éxito de la gestión directa en la asistencia sanitaria pública. Tal y como hemos señalado en el capítulo anterior, son la creciente demanda social de servicios unida al nuevo marco de restricción presupuestaria las que llevaron, fundamentalmente, al descubrimiento de las formas concesionales.

No obstante, (y poniendo de manifiesto el grado de complejidad y confusión que conlleva este fenómeno), el autor señala que los modelos concesionales utilizados en el ámbito sanitario no son, diga lo que diga la legislación nacional, propiamente concesiones según la nomenclatura del Derecho Europeo⁹¹. Y no lo son, dice el autor, porque: “Ni en las de gestión de servicios hospitalarios (Alcira, Valdemoro), ni en las de explotación de obra pública sanitaria (Coslada, Son Dureta, Burgos), ni siquiera en aquellas que se articulan a través de sociedades públicas interpuestas, en ninguna de ellas el concesionario «explota» la obra o el servicio, puesto que no percibe tarifas de los usuarios.” Por el contrario, y según la normativa contable de Eurostat, dichos contratos deberían ser catalogados como CPPs a pesar de que se conozcan, según la doctrina como “concesiones gratuitas” o “concesiones impropias o desnaturalizadas” o, popularmente, como “peajes en la sombra”. Por ello, el autor concluye que: “Estas concesiones gratuitas tradicionales son equivalentes a los contratos PFI; cierto que los sectores de aplicación son distintos, pero no así la naturaleza y caracteres del negocio jurídico. El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado cuenta con este precedente.”⁹²

Y, sin embargo, no era la desnaturalización de las concesiones la única forma de CPP que ha identificado la doctrina. Tal y como señala de nuevo Julio V. González García:⁹³ “El debate que abrió la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa sobre la posibilidad de explotar o no determinadas modalidades de obra pública dio paso a otras formas de recurso a la CPP, más originales desde el punto de vista jurídico, y que recogían flecos de la legislación entonces en vigor, concretamente los principios de libertad de pactos y mecanismos derivados de contratos privados de la Administración.”

⁸⁸ JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA: “Contrato de Colaboración Público-Privada...”, *op. cit.*, pág. 21.

⁸⁹ JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA: *Colaboración público-privada e infraestructuras...*, *op. cit.*, pág. 20.

⁹⁰ FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS: “La concesión como modalidad de Colaboración privada en los servicios sanitarios sociales”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 172, 2007.

⁹¹ De acuerdo con el Derecho Europeo, la concesión es “un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de obras (o de servicios), con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de precio”.

⁹² Hemos señalado en la Parte Primera de este trabajo el problema que ha supuesto la consideración de la concesión como una forma de CPP en sentido amplio. Sin embargo, no podemos obviar la cercanía de dichas modalidades contractuales, así como las dificultades existentes todavía en la actualidad para deslindar uno y otro tipo contractual, especialmente en el ámbito europeo.

⁹³ JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA: *Colaboración público-privada e infraestructuras...*, *op. cit.*, pág. 20.

Ello llevó, según explica este autor, a una interesante práctica llevada a cabo bajo la antigua Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que describe de la siguiente forma: “En lugar de recurrir a un contrato conglomerado, como es el CPP, se recurría a la sucesión de pactos utilizando la habilitación contenida en el artículo 4 de la LCAP, que habilitaba a los entes públicos a «concretar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica a favor de aquélla». Este mismo planteamiento se complementaba con la posibilidad de suscribir contratos privados, recogida en el artículo 5, los cuales, mediante su combinación, posibilitan la realización de contratos que, aunque conduzcan a resultados similares a los contratos administrativos, tienen un fundamento diferente. Con ello nos encontramos ante la utilización de la ingeniería jurídico-financiera para la actividad contractual de los entes públicos.”⁹⁴

A través de dichas actividades se conseguía una nueva modalidad contractual, conocida como “arrendamiento financiero”. Tal y como explica Jorge Villarino Marzo⁹⁵ se trata de un contrato sin regulación jurídica específica (esto es, un contrato atípico), creado a través de la práctica, y que se puede definir como aquel contrato en virtud del cual una de las partes (arrendador) cede a la otra (arrendatario) el derecho a utilizar el activo durante un plazo determinado a cambio de recibir unas cuotas, manteniendo en todo momento los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad, siendo el arrendador una entidad privada y la Administración la arrendataria. Este autor explica que es ésta una fórmula, muy extendida en la práctica para proveer equipamientos o infraestructuras, en la que “no va a existir una relación directa por parte del gestor del equipamiento con los usuarios, sino que dicha relación la mantiene la administración”.

Por razones evidentes, no podré profundizar en los pormenores de esta figura contractual, pero sí quería resaltar aquí que su principal característica reside en que el arrendador (el socio privado) mantiene los beneficios inherentes a la propiedad del activo correspondiente. De esta forma, se cumplen, significativamente, con todos los requisitos contables aquí analizados respecto de lo que Eurostat considera que son contratos de CPP.

Tampoco así puede considerarse finalizado el elenco de las figuras que se han relacionado con la CPP en nuestro país, si bien las mencionadas me parecen las más relevantes no sólo por su significación práctica sino también por ser las más similares a las que hemos identificado con la figura de la CPP en su sentido más estricto. Sin embargo, y muy probablemente debido a los imprecisos contornos con que la Comisión Europea ha definido el fenómeno de la CPP (pues podría englobar cualquier forma de contratación tradicional), la doctrina ha relacionado con la CPP otras formas de contratación como las concesiones urbanísticas, las antiguas concesiones demaniales, el contrato de gestión de servicios públicos, o la propia concesión de obra, entre otras.

Éste era el contexto existente en materia de CPP antes de la introducción del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado por la LCSP, retratada muy ilustrativamente por Julio V. González García cuando señala que: “Se reviven figuras antiguas, como el censo; se alteran prestaciones que podrían ser usuales –como el pago contra certificación de obras–, o incluso sufren una transformación más aparente que real –como ha ocurrido con el peaje en la sombra, que, como ha señalado la doctrina, no es más que un contrato de obra con aplazamiento de pago–. Incluso se emplean combinaciones de figuras que han surgido de elementos diferentes para lograr ese efecto de la desconsolidación, como ocurre con la figura del arrendamiento operativo. De este modo se acaba configurando un entramado contractual, con prestaciones cruzadas entre los diversos actores; se produce una utilización imaginativa del ordenamiento jurídico con la finalidad de difuminar la relación principal en aras de desconsolidar.”⁹⁶

⁹⁴ Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

⁹⁵ Véase JORGE VILLARINO MARZO en “Técnicas Patrimoniales de Colaboración Público-Privada: las concesiones demaniales y el arrendamiento operativo” en ALBERTO DORREGO DE CARLOS y FRANCISCO MARTÍNEZ VÁZQUEZ, *op. cit.*, págs. 497 y ss., en las que el autor realiza un estudio muy minucioso de esta figura contractual. También en el trabajo de JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA: “Contrato de Colaboración Público-Privada...”, *op. cit.*, se realiza un análisis profundo del arrendamiento financiero en las páginas 11 y ss.

⁹⁶ JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA: “El contrato de colaboración...”, *op. cit.*, pág. 37.

A pesar del amplio grado de flexibilidad y de libertad jurídica que podía ofrecerles esta situación de atipicidad y de indeterminación jurídica que acabamos de describir, los poderes públicos convinieron en la necesidad de incorporar este fenómeno heterogéneo a la legislación española como una figura jurídica autónoma y diferenciada de los restantes contratos típicos que se recogían en la normativa contractual⁹⁷. La nueva figura contractual fue introducida, como hemos dicho, con la promulgación de la Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

d) Indeterminación, flexibilidad y atipicidad de la CPP tras la LCSP

Todo lo que se ha dicho ya sobre la CPP en este trabajo, acerca de su naturaleza indeterminada, la dificultad de su delimitación así como la flexibilidad que intrínsecamente parece exigir una adecuada aproximación a este fenómeno, debería anticipar al lector que la propia definición del contrato sería una cuestión delicada. Y así es, en efecto.

Ha sido muy criticada por la doctrina la definición que ofrece el artículo 11.1 del TRLCSP⁹⁸ de este contrato por su falta de claridad y precisión, así como por la inexistencia de prestación característica del mismo que lo distinga del resto de contratos. De esta definición, podemos extraer sin embargo, y aún en términos muy genéricos, las siguientes características:

- El objeto del contrato es el encargo por parte de una Administración Pública a un socio privado de lo que denomina una “actuación global e integrada”.
- Dicha encargo se dirige a la prestación de un servicio público o a una actuación de interés general.
- Al socio privado se le va a exigir, en todo caso, su participación en la financiación de las actuaciones.
- Adicionalmente a su aportación financiera, al socio privado se le exigirá su participación en la provisión del servicio público o en la actuación de interés general a través de alguna de las actuaciones enumeradas.

A pesar de que la redacción de dicho precepto dista mucho de ser un modelo de claridad y de sincretismo jurídico, creo necesario reconocer que la misma comprende todos los elementos fundamentales que configuran el fenómeno de CPP, al incluir la vocación integral de las actuaciones –esto es, una corresponsabilidad público-privada en sentido amplio–, el requisito de la finalidad pública de las actuaciones, la necesidad de la financiación privada del proyecto, así como el traslado de responsabilidades materiales –construcción, gestión, explotación, etc.–, al socio privado, que servirán de base para las contraprestaciones que reciba por sus servicios. Es cierto que dichos requisitos quedan formulados de forma muy genérica y abstracta, no obstante, creo que ello es coherente con el carácter transversal de este fenómeno y con el objetivo de flexibilidad que ello exige en la concepción y articulación de estos proyectos.

⁹⁷ Debe tenerse en cuenta, como se insistirá más adelante, que tampoco está regulada esta figura en el derecho europeo de contratación pública como figura autónoma, como puede comprobarse de la regulación contenida en la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación, de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Si regulará un elemento que va a resultar importante en la LCSP que es el diálogo competitivo como mecanismo de adjudicación, pero nada se estipula sobre la configuración del nuevo contrato.

⁹⁸ Aunque ya ha sido reproducido en este trabajo, presento de nuevo la redacción de este importante artículo para facilitar el desarrollo de las explicaciones. De acuerdo con el artículo 11.1 del TRLCSP, son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado: “Aquellos en que una Administración Pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas 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 alguna de las siguientes prestaciones:

- a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
- b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
- c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.
- d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.”

Con todo, resulta patente en dicha formulación que sigue existiendo un alto nivel de indeterminación en la configuración de este contrato y, en definitiva, en la concepción del mismo fenómeno de la CPP (que se traduce en una amplia libertad para las partes a la hora de determinar el objeto de las concretas actuaciones). Dudo mucho tanto que, en realidad, se pretendiera una mayor precisión jurídica (o, incluso, que fuese necesaria u adecuada). Coincido con Julio V. González García cuando señala que este contrato debe entenderse: “Como un mecanismo para incorporar a la práctica administrativa todos los mecanismos de relaciones atípicas que se están desarrollando en el mundo de las relaciones económicas entre particulares. De forma muy expresiva, Dipace ha señalado en Italia que con ello lo que se hace es «introducir el caballo de Troya de la atipicidad contractual en la ciudadela de la actividad contractual de los entes públicos».”

Este elemento de indeterminación se denota claramente de su régimen jurídico. El artículo 313 del TRLCSP establece que: “Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado se regirán por las normas generales contenidas en el Título I del presente Libro y por las especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal de aquél, identificada conforme a lo dispuesto en el artículo 136. a), en lo que no se opongan a su naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar conforme al artículo 11.” Es decir, el contrato de CPP esta caracterizado por ser como una verdadera fusión de los demás contratos típicos, otorgándole el régimen jurídico del contrato típico cuyo objeto coincida con la prestación principal del concreto proyecto de CPP que se lleve a cabo, preservando en cualquier caso las sutiles determinaciones que a su respecto dispone el TRLCSP, como veremos a continuación. Tal y como señala Borja Colón Carvajal ello invita a considerar en la CPP “no como un verdadero contrato administrativo, sino más bien como una técnica nueva de contratar, una fórmula contractual que permite aprovecharse de las ventajas de ser, nominativamente un contrato típico y, en la práctica, una combinación de todos los demás”⁹⁹.

Siguiendo de nuevo el análisis que realiza de este contrato Miguel Ángel González Iglesias, debe destacarse que el régimen de los contratos de CPP, aún remitiéndose de forma general a la regulación del resto de contratos típicos, permite exceptuar la aplicación de importantes principios tradicionales de la contratación. Entre ellos: a) La posibilidad de la asunción de parte del riesgo por la Administración frente al principio general de riesgo y ventura del empresario (art. 215 del TRLCSP), aspecto fundamental para comprender el fenómeno colaborativo de la CPP y que, sin embargo, se contrarresta por las excesiva preocupación en su tratamiento contable; b) la contraprestación en forma de precio diferido a lo largo de la ejecución del contrato vinculándola al rendimiento (art. 11.4 TRLCSP); c) la posibilidad de contratar con precios provisionales (art. 87.5 TRLCSP); d) la posibilidad del empresario de asumir la dirección de las obras (art. 11.3 TRLCSP)¹⁰⁰. Todas dichas menciones, añadidas a las propias del régimen general que por la prestación mayoritaria le corresponda, debería llevar a cuestionarnos la calificación de este contrato como desregulado.

Este notable aumento de la flexibilidad que permite el TRLCSP a las Administraciones a la hora de configurar el contrato de CPP conlleva un aumento en las exigencias procedimentales para evitar su uso abusivo. Entre este tipo de medidas, Miguel Ángel González Iglesias identifica las siguientes: a) El contrato está siempre sujeto a regulación armonizada, con independencia de su cuantía. b) Este tipo de contratos tiene un carácter excepcional o subsidiario frente a los restantes contratos tipificados en el TRLCSP. c) La realización del documento de evaluación previa que garantice que la elección por la realización de este contrato es la más adecuada de entre las diferentes opciones planteadas¹⁰¹. d) Su configuración como contratos administrativos. e) La aplicación del procedimiento de diálogo competitivo para su adjudicación. f) La previsión de un clausulado mínimo, adicional al previsto en el artículo 26 TRLCSP, comprensivo de la problemática general a estos contratos (art. 136 TRLCSP).

Con estas notas fundamentales acerca del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, además del bagaje conceptual que ha quedado expuesto en este trabajo, creo que es posible realizar una sumaria valoración de significación de la positividad de este contrato en nuestro ordenamiento.

⁹⁹ BORJA RAMÓN DE CARVAJAL FIBLA, *op. cit.*, págs. 27-28.

¹⁰⁰ MIGUEL ÁNGEL GONZÁLEZ IGLESIAS, *op. cit.*, págs. 58-59.

¹⁰¹ De acuerdo con el artículo 134 del TRLCSP, con carácter previo a la iniciación del expediente de contratación, será necesario realizar un análisis comparativo en relación con las formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero, la adopción de esta concreta fórmula de contratación.

En primer lugar, creo reseñable el esfuerzo que supone la tipificación de este contrato en nuestro ordenamiento. Creo haber insistido a lo largo de estas páginas en las dificultades intrínsecas (conceptuales y técnicas) que presenta la CPP para adecuarse no sólo a un modelo contractual tipificado, sino a un modelo contractual al que se le exijan idénticas garantías que a los contratos tradicionales en lo que se refiere, por ejemplo, a concreción jurídica, o en la distribución de responsabilidades privadas y prerrogativas públicas.

La CPP es una idea fuerza que presiona hacia una fórmula alternativa en la provisión de infraestructuras y servicios, entendida en sus términos más amplios (de ahí, precisamente, la potencialidad que habitualmente se le atribuye). Se confía en su adecuación a un amplio espectro de sectores, (tales como el sanitario, los transportes, las energías renovables) en cuyos proyectos el socio privado, además de participar en su financiación, deberá desarrollar actividades muy dispares (que, muy probablemente, incluya prestaciones que constituyan el objeto de otros contratos típicos). No puede resultarnos sorprendente que, en este contexto, el contrato de CPP sufra de cierto grado de indeterminación que necesita, si bien es cierto que la concreta formulación, por ejemplo, del artículo 11.1 TRLCSP no sea la más afortunada.

Nos podríamos cuestionar la novedad que supone la introducción de dicho contrato. Del análisis de los preceptos enunciados, podría llegarse a la conclusión de que esta juridificación de la CPP no aporta ningún elemento especial, típico o característico a la configuración que obtenía con arreglo a la situación de “atipicidad” que existía antes de la LCSP, dado que con el juego de los contratos mixtos y la utilización de la libertad de pactos y en la legislación patrimonial pública se podían obtener resultados equivalentes.

No obstante lo anterior, creo que, de nuevo, no debe menospreciarse tampoco el empeño por canalizar dichas prácticas (que se basaban, como ha insistido la doctrina, en la ingeniería o imaginación jurídico-financiera de los actores, modificando figuras jurídicas ya existentes, de derecho público o privado, y combinándolas sin referencia ni rigor) a través de un contrato administrativo unitario con un marco normativo y régimen jurídico delimitado. No puede obviarse, como señala Miguel Ángel González Iglesias, que el propósito de tipificar estos contratos como administrativos se debe también al propósito de la Administración contratante de no renunciar a sus potestades clásicas a la hora de interpretar y modificar los contratos administrativos, como contrapeso a la pérdida del control del que gozaba a través de las fórmulas de gestión directa¹⁰², lo cual resulta una preocupación legítima y coherente, que era necesario abordar legislativamente. De nuevo, se trata de reflexionar sobre la tensión que suscitan estas figuras entre el genuino (y paritario) entrelazamiento entre las partes de este contrato, y las potestades públicas que consideramos ineludibles para la consecución de unos objetivos que sigan configurándose como de interés general. Ello exigirá, en mi opinión, de una saludable revisión sobre la naturaleza y alcance de dichas potestades públicas que, en algún momento, pasarán también a considerarse tradicionales, con todo lo positivo y negativo que esta denominación implica.

Finalmente, el contrato trata de establecer un nuevo e interesante equilibrio entre lo que son las excepcionalidades que se le conceden respecto de su régimen jurídico, —que no pueden sino interpretarse como una apertura de la flexibilidad en la configuración de los contratos, de entre las cuales destaca la flexibilidad a la hora de realizar la repartición del riesgos entre las partes¹⁰³—, con unas nuevas y más rigurosas exigencias procedimentales que pretenden asegurar la adecuación de estas nuevas técnicas a los propósitos y necesidades sectoriales que en cada supuesto se plantean. Es de notable interés, en este ámbito, la necesaria evaluación previa sobre la idoneidad de este instrumento en cada proyecto¹⁰⁴.

¹⁰² MIGUEL ÁNGEL GONZÁLEZ IGLESIAS, *op. cit.*, pág. 57. A este respecto el autor añade, citando el trabajo VALDIVIESO CAÑAS (2006), que con la tipificación de dichas prácticas: “Se trataría de evitar que la aplicación del criterio de absorción por la prestación de mayor importancia económica (art. 12 de la LCSP) pudiera dar lugar en estos contratos —que presumiblemente van a estar configurados por prestaciones complejas— a que se les atribuya una naturaleza privada si incorporan prestaciones conceptual y legalmente admisibles a contratos privados: patrimoniales, servicios financieros, etc., cuya cuantía económica exceda la de la prestación que se pretenda obtener.”

¹⁰³ Así, se asegura la posibilidad de configurar los contratos según la normativa contable de Eurostat.

¹⁰⁴ Son muchas las voces que han alertado de una utilización indiscriminada de este mecanismo de contratación, alentada muchas veces por el único propósito de la desconsolidación contable de los activos, circunstancia que ha llevado, en muchos casos, al desastre. La planificación económica de estos proyectos (a lo que se vincula la idea de “sostenibilidad” de los mismos) no puede confiarse a la mera presencia del sector privado en ellos. El desarrollo de este tipo de evaluaciones previas supondrán una importante ayuda para discriminar los sectores y proyectos que no representen un entorno adecuado para una utilización responsable de la CPP.

El problema que puede surgir al respecto, y que ha sido ya señalado por la doctrina, es que no se consiga que dicho equilibrio sea estable, es decir, que dichas restricciones procedimentales señaladas (en especial, la imposición del procedimiento del diálogo competitivo para este tipo de contratos), no se vea compensado por la excepcionalidades que comporta este procedimiento tipificado, cuestionando así la viabilidad de dicho modelo de CPP positivizado. El riesgo que existe, entonces, es que el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado caiga en desuso, motivando así el reflorecimiento de figuras múltiples y heterogéneas que nos devuelva a la completa atipicidad del fenómeno a través del vaciamiento de la propia expresión de la CPP. Este debate, acerca de los requisitos procedimentales en contraposición a las excepciones reconocidas por el ordenamiento, será fundamental para un desarrollo responsable de este fenómeno que, asentado en la seguridad jurídica, garantice la preservación de los intereses generales a través de estos proyectos.

4. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA INSTITUCIONALIZADA

a) Colaboración Público-Privada “puramente contractual” y Colaboración Público-Privada “Institucionalizada” en el ámbito europeo

Este trabajo sobre la indeterminación y flexibilidad en el fenómeno de la CPP no podría cerrarse sin una mención, aún sucinta, a lo que, de acuerdo con la nomenclatura utilizada por la Comisión Europea se ha denominado la Colaboración Público-Privada Institucionalizada (en adelante también “CPPI”). Y es que es éste, en mi opinión, otro de los más importantes y evidentes focos de incertidumbre respecto de lo que viene concibiéndose como “Colaboración Público-Privada” en nuestro país.

Para analizar esta cuestión, creo oportuno realizar una pequeña introducción acerca de lo que debe entenderse, de acuerdo con la Comisión Europea, por CPPI.

La Unión Europea, como ya hemos referido en este trabajo, no fue ajena al auge que la sinergia entre el ámbito público y el privado adquirió a mediados de la pasada década. La publicación por parte de la Comisión del Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y de concesiones¹⁰⁵ en 2004 fue una importante declaración de intenciones al efecto. Con esta publicación, la Unión Europea se anunciaba y demostraba consciente de la importancia y de las posibilidades que ofrecía esta figura para el desarrollo de la economía de los Estados. Pero también, y muy especialmente, mostraba sus suspicacias respecto de los riesgos que ésta podía oponer respecto de las libertades europeas.

Esta preocupación por “garantizar el desarrollo de CPP en condiciones de competencia real y claridad jurídica” es un elemento que necesariamente debe tenerse presente en todo momento a la hora de analizar los documentos que la Comisión ha publicado sobre este asunto.

En el mencionado Libro Verde, y tras analizar las características de la Colaboración Público-Privada (como hemos visto, en términos muy laxos), la Comisión distinguía entre la CPP “puramente contractual” y la CPP “institucionalizada”.

La primera, la CPP puramente contractual, se referiría a aquellos casos en que la colaboración se basa únicamente en vínculos contractuales entre las diferentes partes. Ese vínculo único puede ser calificado, de acuerdo con la Comisión, como un “contrato público” o como una “concesión”. Debe aclararse aquí que la Unión Europea, a través de sus Directivas sobre contratación pública, no ha considerado la CPP como un contrato autónomo (a diferencia, como hemos visto, del legislador español). Así, se concibe la CPP como una serie de “combinaciones diversas” que atribuyen una o varias tareas, de mayor o menor importancia, al socio privado, “y que incluyen el proyecto, la financiación, la renovación o la explotación de una obra o de un servicio”.

Por el contrario, la Colaboración Público-Privada Institucionalizada (CPPI tal y como ya le hemos definido) se referiría a aquellos casos en que este vínculo creado entre el sector público y el privado implica, además del establecimiento de una relación contractual, la creación de una entidad en la que

¹⁰⁵ Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y de concesiones, COM (2004) 327 final de 30 de abril de 2004.

participan, de manera conjunta, un socio público y un socio privado. A esta entidad resultante se la denomina, indistintamente, como sociedad mixta, “sociedad de economía mixta” o “empresa mixta”. Es ésta entidad común la que tiene como misión garantizar la entrega de una obra o la prestación de un servicio de beneficio público.

De esta manera podría afirmarse que la CPPI implica algo más que una CPP puramente contractual. Ello significa, en primer lugar (aunque parezca una obviedad, tiene especial trascendencia), que la CPPI presupone la existencia de una relación contractual. En segundo lugar, y adicionalmente, la CPPI implica la creación de una entidad en la que un ente privado y un ente público se relacionan, no como contrapartes, sino como socios propiamente dichos.

Así, ya podemos ubicar la previsión de la Ley de Economía Sostenible, a la que ya hemos alusión en este trabajo, por la que disposición adicional trigésima quinta a la LCSP (ahora disposición adicional vigésimo novena en el TRLCSP) que, titulada “Fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado” establece, en su primer apartado, lo siguiente: “Los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurre capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y en su caso, las relativas al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, 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.”

El precepto merece alguna reflexión adicional. En primer lugar, hemos referido ya que, hasta la introducción de esta disposición, tanto en la LCSP como incluso en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la utilización de sociedades de economía mixta era una de las modalidades de contratación del contrato de gestión de servicios públicos. Ahora, con la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible y en la TRLCSP, la CPPI (o la constitución de una sociedad de economía mixta) es una modalidad de contratación de cualquier contrato público o concesión.

Ello debe llevarnos a plantearnos seriamente si la CPPI, así planteada, entronca con la idea fuerza que hemos venido estudiando a lo largo de este trabajo que denominamos, genéricamente, como Colaboración Público-Privada, toda vez que la constitución de una sociedad de economía mixta puede ser, así, una “modalidad contractual” de un contrato o concesión que no sean el propio contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, definido en el artículo 11 del TRLCSP.

Quiero llamar la atención sobre que esta consideración implicaría que la CPP en nuestro país quedaría así configurada, en su vertiente “puramente contractual” por el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (definido en el art. 11.1 del TRLCSP); mientras que la CPPI se correspondería con una modalidad contractual (mediante la creación de una sociedad de economía mixta) compatible con cualquier tipo de contrato o concesión, incluido el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Esta circunstancia puede llevar a cierta confusión, pues la CPPI, en principio una modalidad restringida de la CPP, se convertiría en un fenómeno mucho más amplio que ésta.

Una explicación adicional a este respecto creo que ayudará a concretar las circunstancias jurídicas en que se enmara la CPPI en nuestro ordenamiento, y a nivel europeo.

b) ¿CPPI también como modalidad de ejecución de un contrato tradicional?

En mi opinión, el origen de dicha confusión está en la propia tipología que ofrece la Comisión en relación con la Colaboración Público-Privada. La Comisión nos explica que el Derecho Europeo no prevé ningún régimen específico que englobe el fenómeno de la CPP. Su interés, sin embargo, es que se dichos contratos cumplan con “los principios y normas del Tratado, especialmente en lo que se refiere a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, y que engloban los principios de transparencia, igualdad de trato, proporcionalidad y reconocimiento mutuo”.

Por ello, la Comisión se ve en la necesidad de analizar las diferentes situaciones y regímenes jurídicos aplicables en los que se nos podemos encontrar dependiendo de si el contrato de CPP se califica como

un “contrato público”¹⁰⁶ o como una “concesión”¹⁰⁷, según quedan estas definidas en la Derecho derivado sobre contratos. Pero, insisto, este ejercicio es pertinente en la medida en que no hay un régimen específico para el fenómeno de la CPP, y en la medida en que preocupa que, por esta circunstancia, estos contratos no sean sometidos a los principios y normas del Derecho constitutivo y derivado.

El problema surge cuando la Comisión establece que las operaciones de CPP de tipo institucionalizado implican la creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, el socio público y el socio privado. Pero dicha entidad, queda claro, se constituye como una “modalidad de ejecución” de la misión que se ha confiado “en el marco de un contrato o de una concesión”. Pero, no debemos olvidar, en mi opinión, que la Comisión se está refiriendo a la CPPI como una modalidad de ejecución de contratos públicos y concesiones, en la medida en que éstos se consideren parte del fenómeno de la CPP, esto es, como un forma de colaboración con una serie de características sobre su duración, modo de financiación, implicación del socio privado en las diferente etapas del proyecto, y el reparto de riesgos entre el socio público y el privado¹⁰⁸. En principio, y por muy laxa que pueda ser la definición que ofrece la Comisión, no cualquier contrato público tradicional puede considerarse una CPP, de igual modo, que no cualquier contrato, por el mero hecho de que el contratista sea una sociedad de capital mixto, debería considerarse, en principio, como una CPPI.

En mi opinión, no puede descartarse la posibilidad de que la nueva previsión incluida por la Ley de Economía Sostenible haya llevado a cabo una transposición algo apresurada de dichos principios, y se refiera a la posibilidad de adjudicar “contratos públicos” y “concesiones” en los mismos términos en que lo hacía la Comisión a la hora de abordar todas las situaciones en que se puede canalizar un contrato de CPP en el marco europeo.

Dicha hipótesis se encuentra respaldada por el hecho de que el resto del artículo se dedica a evitar el problema que conlleva esta modalidad de CPPI en lo que se refiere a la doble licitación. El problema de la doble licitación en este contexto se refiere a la inoperancia que supone iniciar dos procesos de licitación: uno para seleccionar al socio privado de la CPPI, otro para la adjudicación del contrato de CPP, (independientemente de que se califique como contrato o como concesión), a la entidad de capital mixto.

Esta problemática ha sido identificada claramente por la Comisión en la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)¹⁰⁹. La solución aconsejada por la Comisión es, precisamente, la que recoge la citada disposición adicional vigésimo novena en el TRLCSP, que los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto.

Aunque existan dichas intuiciones acerca del origen de dicha norma, que creo nos sitúan en el contexto en el que se concibe la problemática de la CPPI en el ámbito europeo, no podemos obviar que este precepto a que las entidades de economía mixta se pueden crear, también, en el caso del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. De este modo, no hay duda de que la creación de sociedades de economía mixta son ahora modalidades contractuales de todos los contratos público y las concesiones, otra cuestión distinta será que cualquier contrato así configurado deba ser considerado, en todo caso, como un contrato de CPPI.

En este contexto, podría formularse la hipótesis de que la CPPI es, en sí misma, una nueva forma de contratación que, desvinculada de las nociones más estrictas de los contratos de CPP (por ejemplo, de la definición contable de Eurostat). De este modo, la CPPI podría vincularse a esa noción más amplia, pero no por ello menos genuina, sobre la CPP que hemos analizado en la primera parte de este trabajo, una nueva forma de imbricación público-privada que traslada al ámbito societario las relaciones entre los sectores público-privados, como una superación de las tradicionales relaciones

¹⁰⁶ Libro Verde, pág. 10.

¹⁰⁷ *Ídem*, pág. 11.

¹⁰⁸ *Ídem*, pág. 3.

¹⁰⁹ Comunicación 2008/C 91/02.

entre Administraciones Públicas y socios privados a partir del enfoque conflictual cristalizado en la normativa de la contratación pública. Inevitablemente, tendremos que esperar a ver cómo evoluciona dicho fenómeno en nuestro ordenamiento y la actuación de los poderes públicos para determinar el grado de innovación y las consecuencias de la implementación de estas figuras.

c) La indeterminación regulatoria de la CPPI

Sea como fuere, en el texto del TRPCSP no existe previsión alguna para el desarrollo de la CPPI, más allá de las previsiones que, en materia exclusivamente financiera¹¹⁰, se contienen en esta misma disposición adicional vigésimo novena del TRLCSP¹¹¹. Carece, por tanto, de regulación alguna la forma en que debe constituirse y, sobre todo, cómo deben configurarse los órganos de gobierno y el control de la sociedad, así como las prerrogativas que en el seno de la misma podría mantener la Administración Pública.

Desde diversas instancias europeas han atendido a la problemática y a la falta de seguridad jurídica que rodea a esta figura, pero únicamente en lo que se refiere a la protección de las antiguamente llamadas libertades comunitarias. Su preocupación sobre la CPPI se circunscribe a su consideración como un mecanismo efectivo para falsear las reglas de contratación establecidas en el Derecho derivado, tal y como resulta patente en la Comunicación de la Comisión sobre CPPI. Por ejemplo, podemos mencionar aquí la importante conflictividad que ha conllevado la aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante “TJUE”) sobre las relaciones *in-house*, en las que se exceptúan las exigencias sobre contratación pública¹¹². El TJUE ha resaltado, a este respecto, que debe excluirse la posibilidad de la adjudicación directa de contratos a sociedades de economía mixta (salvo en los caso estudiados de doble licitación)¹¹³.

Pese a lo dicho, nada nos dicen las instancias europeas acerca de cómo concebir las relaciones público-privadas en un marco societario, especialmente cuando este marco societario está asentado sobre una relación contractual. El *horror vacuís* que existe sobre este asunto se agrava al comprobar que gran parte de la doctrina ha evitado el análisis de este asunto más allá de la relacionada con las experiencias de sociedades mixtas en el ámbito de la gestión de servicios públicos locales¹¹⁴ o en determinados ámbitos autonómicos¹¹⁵.

Sin embargo, la habilitación legal introducida en el TRLCSP, la atención que está generando esta figura en otros países —especialmente en Francia—, así como la reciente configuración de grandes operaciones

¹¹⁰ En el apartado segundo de dicha disposición adicional vigésimo novena del TRLCSP se establece que: “Sin perjuicio de la posibilidad de utilizar medios de financiación tales como emisión de obligaciones, empréstitos o créditos participativos, las sociedades de economía mixta constituidas para la ejecución de un contrato público previstas en esta disposición adicional podrán:

a) 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.

b) 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.”

¹¹¹ MIGUEL ÁNGEL GONZÁLEZ IGLESIAS, *op. cit.*, pág. 65, ha señalado que ello puede deberse tanto al que hecho de que esta figura resulta ajena a la tradición legislativa española en materia contractual, como al propósito del legislador de evitar conflictos en un futuro entre los desarrollos que esta cuestión pueda tener en sede comunitaria y los de una posible regulación nacional.

¹¹² En este tipo de relaciones existe tan sólo una única voluntad decisoria (la de la administración matriz) que ordena la realización de una determinada actividad a un apéndice propio, mediante la adopción de un acto administrativo. Se trata, en realidad, de una forma organizativa de la administración que se concreta con la creación de una sociedad instrumental. Ello justifica que el Derecho europeo no obligue a las entidades adjudicadoras a respetar ni el procedimiento de licitación previsto por la normativa comunitaria de contratos, ni los principios de igualdad de trato y transparencia, lo que significa que puede proceder a una adjudicación directa de éstos.

¹¹³ De acuerdo con el TJUE, la participación de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata, aunque sea minoritaria o incluso potencial, excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

¹¹⁴ Véase sobre este asunto DIANA SANTIAGO IGLESIAS: *Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos*, Iustel, Madrid, 2010.

¹¹⁵ Sobre el régimen de la CPPI, véase JOSE ANTONIO MARTÍNEZ BELTRÁN: “Técnicas institucionales de colaboración público-privada: los consorcios y las sociedades de economía mixta”, en J. VILLARINO MARZO (coord.): *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009.

basadas en la creación de sociedades de economía mixta creo son signos evidentes de que, en mayor o menor medida, dicha figura va a terminar desarrollándose significativamente también en nuestro país.

En cualquier caso, tengo el convencimiento de que las reflexiones acerca de la expansión de la utilización de las sociedades de economía mixta deberán enmarcarse en el terreno de la CPP quizá en su sentido más amplio, pero también más genuino. La CPPI es, de nuevo, un fenómeno ajeno a nuestra tradición legislativa, que pretende una nueva forma de interacción entre los poderes públicos y los agentes privados. Supone una redefinición, ahora societaria, de las responsabilidades entre los sectores público-privados y responde, también, a una preocupación de los poderes públicos de mantener su presencia (a veces exagerada) en la provisión de los servicios y de las infraestructuras públicas aún en estos nuevos tiempos de auge de lo privado.

Probablemente la CPPI necesitará una nueva configuración más allá de la innecesaria, superposición de relaciones público-privadas (una contractual, y una societaria), para pasar a concebirse como una relación única, estable y flexible, entre socios del sector público y del sector privado en pos de un objetivo común, quizá inalcanzable por definición. Es decir, la CPPI nos brinda la oportunidad de convertir, de alguna manera, un esquema conflictual en esquema genuinamente colaborativo. Reflexionar hasta qué punto estamos dispuestos a concebir una nueva visión de las relaciones público-privadas, y hasta qué punto puede conseguirse de esta manera una vinculación estable sin que se resquebraje el delicado equilibrio en que se asienta, son ejercicios que resultan ya ineludibles.

5. CONCLUSIONES FINALES

Las crecientes presiones a las que se ven sometidos desde hace ya varias décadas los poderes públicos (sociales, políticas y económicas), han exigido la búsqueda de fórmulas alternativas de provisión de servicios e infraestructuras públicas que cumplan con los nuevos estándares de calidad y eficiencia, así como con las importantes limitaciones que se han ido imponiendo en relación con los niveles de endeudamiento de los Estados. En este contexto, los nuevos modelos de interrelación público-privada que plantea la CPP, basada en el propósito de aunar intereses, capacidades y, sobre todo, recursos financieros de los sectores público y privado en un nuevo contexto de corresponsabilidad, han generado un gran interés en el contexto internacional, en la Unión Europea, y en nuestro país.

Probablemente buena parte del éxito del que ha gozado este fenómeno sea debido a la esencial indeterminación que ha rodeado siempre a este fenómeno. La indeterminación ha permitido el surgimiento y desarrollo de nuevas fórmulas de interrelación público-privada en muchos y distintos ámbitos, y ha establecido, escudada en su complejidad, nuevos marcos de flexibilidad en la interrelación entre socios públicos-privados que han resultado imprescindibles para la estabilidad de los proyectos de CPP. Sin embargo, esta misma indeterminación ha sido también recibida por la doctrina y por los poderes públicos con confusión e incertidumbre respecto de la viabilidad y adecuación de estos proyectos, condicionando notablemente su impacto y desarrollo e impidiendo una reflexión responsable sobre ellos.

En este trabajo sobre el fenómeno de la CPP se han tratado los tres principales ámbitos en que la dicotomía indeterminación/incertidumbre se manifestaba con mayor intensidad. La Parte Primera de este trabajo se ha dedicado a la reflexión conceptual respecto de este fenómeno global y heterogéneo. Creo que es éste un ejercicio fundamental para interpretar el fenómeno de la CPP en toda su extensión, para poder asimilar sus propuestas y aspiraciones así como sus riesgos y debilidades. Ello es especialmente importante dada la inexistencia de una definición o modelo de referencia unitario.

Dicho análisis exige, en mi opinión, de un esfuerzo por tratar de ubicar el origen de este fenómeno, sus implicaciones político-ideológicas, así como su significación en los grandes debates sobre la evolución del Estado y sus responsabilidades en la prestación y/o garantía de los servicios y bienes públicos esenciales. Con ello creo que puede concluirse que la CPP forma parte de un conglomerado de instrumentos que ha tratado de implicar, en mayor o menor medida, al sector privado en la provisión de dichos bienes y servicios esenciales, si bien ha apostado por hacerlo desde un punto de vista colaborativo. Ello implica algo más que una mera vía intermedia entre la contratación tradicional y la privatización.

Hemos visto que el fundamento del fenómeno colaborativo, en el que creo que debe enmarcarse el fenómeno de la CPP, es la genuina imbricación entre el sector público y el sector privado, pretendiendo

una confusión de objetivos, recursos y responsabilidades. Esta formulación, en apariencia tan abstracta, creo que es útil para comprender las dificultades que encuentra la regulación contable para realizar un análisis veraz de la verdadera transferencia de riesgos entre los socios público y privado, y explica también, por ejemplo, el acento de todo planteamiento regulatorio sobre la CPP en hacer partícipe al socio privado desde los inicios de los proyectos, considerándolos así actuaciones integrales o globales. Ello se debe, insisto, a que la CPP comporta, en su concepción o en su consecución, una compleja e intrincada relación público-privada entre las partes. Ello comportará, muchas veces, que las antiguas formas de delimitación entre los roles de las Administraciones Públicas y los agentes privados queden obsoletas.

La sinergia público-privada comporta sus beneficios, pero también conlleva sus riesgos. Hemos visto que los modelos híbridos son figuras poco estables debido a diferencia en el sistema de valores que mueven a los actores aunados en ellos. La tensión entre estas motivaciones distintas y muchas veces contrapuestas, ha llevado a que el fenómeno de la CPP no se considere habitualmente un verdadero partenariado, sino como una relación conflictual que ha tenido que adaptarse, por ello, a un modelo colaborativo basado en estructuras semi-jerárquicas como los contratos públicos. Aún así, la complejidad y larga duración de dichos contratos genera un gran nivel de desconfianza sobre la naturaleza de dichas relaciones así como acerca de su verdadero compromiso con el interés general.

La incertidumbre sobre el verdadero propósito de estos modelos de relación público-privada adquiere una nueva significación desde el punto de vista presupuestario, especialmente en el delicado contexto de restricciones en la capacidad de endeudamiento y en nivel de déficit público en que se encuentran los Estados miembros. La desconfianza que existe sobre el impacto de dichas operaciones en el propósito de mantener una contabilidad pública creíble y responsable, tiene su origen en la posibilidad que ha ofrecido Eurostat de que, en las operaciones de CPP y cumpliendo determinadas condiciones, los activos involucrados no computen a efectos de deuda y déficit público.

Por este motivo, se ha generado una gran descrédito en relación con las CPP al ser consideradas como instrumento cuyo único propósito es el de falsear las cuentas públicas. Los poderes públicos, a través de lo que ha venido denominándose como ingeniería financiera, evitaban las imprecisas normas de Eurostat sobre la materia, minando así la confianza en la imagen que de las economías representan sus balances.

La única forma para tratar de comprender el motivo por el que Eurostat ha abierto dicha puerta de la desconsolidación de los activos involucrados en un contrato de CPP es mediante el estudio de sus normas. Hemos visto que Eurostat exige, para que se produzca el efecto de la desconsolidación de los activos, una transferencia de la mayoría de los riesgos del proyecto al socio privado, esto es, que haya una verdadera transmisión de la propiedad económica de dichos activos. A pesar de reconocer que pueda haber cierta compartición de los riesgos, su Manual interpretativo de las normas del SEC-95 se dirigen a establecer principios y herramientas con las que cerciorarse de que dicha transferencia de riesgos es efectiva. Aunque adolezcan de cierto grado de principalidad, la precisión y la rigurosidad de dichas reglas aumenta con cada actualización, dirigiéndose la reciente versión de 2012 a controlar los medios indirectos mediante los que los poderes públicos.

Lo importante, a este respecto, es cómo interpretar los efectos buscados por Eurostat en dicha transferencia de riesgos. Existe disparidad de opiniones de la doctrina sobre este punto, esencialmente sobre si con ello se asegura o no la eficiencia del proyecto, o si la sostenibilidad así entendida compromete la naturaleza de los bienes y servicios públicos. En cualquier caso, lo que parece evidente es que la preocupación de Eurostat por constatar una transferencia efectiva de la mayoría de riesgos al socio privado (y así, de la propiedad de los activos) producirá unos mayores incentivos para realizar una verdadera planificación inicial de los proyectos (requisito necesario pero no suficiente para que estos sean sostenibles), mejorará el control del cumplimiento de los compromisos por parte del contratista, y prevendrá las prácticas mediante las que los poderes públicos se erigían siempre como garantes últimos de cualquier deuda o incumplimiento del socio privado, así como de la asunción de cualquier riesgo asociado al proyecto. No obstante, cabe el riesgo de que dicho atractivo contable impida una repartición de riesgos adecuada —en término de eficiencia y de garantías públicas— en atención a las concretas necesidades del sector en el que se inserta, y del servicio público al que se dedican las actuaciones.

Finalmente, se han analizado en este trabajo las características del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como la extensión de la modalidad de la CPPI en nuestro orde-

namiento. Con ello, se ha tratado de analizar los problemas específicos relacionados con la complicada positivación de este fenómeno en nuestro ordenamiento.

Respecto del primero de dichos asuntos, y a pesar de las críticas que recibe esta regulación, creo que es importante poner en valor algunos de los elementos que han rodeado la introducción del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en el TRLCSP. En primer lugar, creo que debe reconocerse la valía del propósito de poner fin a la inseguridad e incertidumbre jurídica que existía en nuestro ordenamiento con anterioridad a su aprobación, así como para garantizar el mantenimiento de las prerrogativas públicas que ofrece a las Administraciones Públicas el TRLCSP. Por otra parte, y a pesar de su la dificultad que ello comportaba, la definición de este contrato del artículo 11.1 del TRLCSP contiene todos los elementos esenciales que han caracterizado al fenómeno de la CPP en nuestro entorno jurídico, incluso su connatural indeterminación. Finalmente, creo que es interesante y oportuna la decisión del legislador de otorgarle un régimen jurídico diferido al de los otros contratos típicos –lo que evita su desregulación–, garantizando, no obstante, los espacios de flexibilización necesarios para una adecuada configuración de las CPP. No obstante lo anterior, el éxito de dicha forma contractual dependerá de cómo se articulen los nuevos requisitos procedimentales exigidos para la utilización de dicha figura.

Finalmente, la ampliación de la habilitación legal para la utilización de la CPPI contrasta con la completa ausencia de especificación legal acerca de las implicaciones que necesariamente comporta la creación de una sociedad de economía mixta en el marco de una relación contractual para las relaciones (o única relación) público-privada, debería servir para justificar una nueva y profunda reflexión acerca de la singularidad de la CPP, y del encaje que queremos darle en nuestro modelo de provisión de bienes e infraestructuras públicas.

Creo haber demostrado que son necesarios redoblados esfuerzos por comprender e integrar adecuadamente este fenómeno entre nuestras instituciones jurídicas, aceptando el reto (conceptual, regulatorio y cultural) que comportaría poder considerarla como una alternativa fiable a los mecanismos tradicionales de provisión de bienes y servicios. En el delicado contexto económico que nos encontramos, creo que dichos esfuerzos deberían ser considerados un verdadero ejercicio de responsabilidad, toda vez que irían dirigidos a mejorar la eficiente asignación de los recursos que disponemos, a proteger la identificación y defensa de los intereses generales que queremos que subsistan como tales, y a contribuir en la sostenibilidad (económica y social) de las cuentas públicas.

BIBLIOGRAFÍA

- ACERETE GIL, JOSÉ BASILIO (2004): “Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones Público-Privadas”, (Tesis doctoral), Instituto de Estudios Fiscales, 2/04.
- ALLEN, GRAHAN (2003): “The Private Finance Initiative (PFI)”, *Research Paper* 03/79, House of Commons.
- BASSOLS COMA, MARTÍN (2012): “La crisis económica y sus repercusiones en el Derecho público económico; el Principio de Buena Regulación Económica, supresión de cargas administrativas y constitucionalización de la estabilidad presupuestaria”, *Noticias de la Unión Europea*, 325.
- BELL, ABRAHAM y PARCHOMOVSKY, GIDEON (2006): “The Useless of Public Use”, *Columbia Law Review*, vol. 106, número 6.
- BENITO LÓPEZ, BERNARDINO y MONTESINOS JULVE, VICENTE (2003): “Análisis de la financiación ¿privada? de infraestructuras”, *Revista valenciana de economía y hacienda*, 9.
- BENITO LÓPEZ, BERNARDINO; MONTESINOS JULVE, VICENTE, y BASTIDA ALBARADEJO FRANCISCO (2008): “An example of creative accounting in public sector: The private financing of infrastructures in Spain”, *Critical Perspectives on Accounting*, 19.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE CASTILLA Y LEÓN (2011): “Estado actual y perspectivas de la colaboración público privada”, *Colección de Estudios*, 14.
- DALLA LONGA, REMO (2011): *Urban models and Public-Private Partnership*, Heidelberg, New York.
- DELMON, JEFFREY (2011): *Public-Private Partnership Projects in Infrastructure. An Essential Guide for Policy Makers*, Cambridge University Press.
- DORREGO DE CARLOS, ALBERTO y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, FRANCISCO (2009): *La Colaboración Público-Privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley.
- EUROPEAN INVESTMENT BANK (2005): *Evaluation of PPP projects financed by the EIB*.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL (2008): *Public Investment and Public-Private Partnerships. Addressing Infrastructure Challenges and Managing fiscal Risks*, Palgrave Macmillan, Nueva York.
- FUENTETAJA PASTOR, JOSÉ ÁNGEL (2004): “Riesgo y ventura en la concesión de obra pública”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 7, 2.º semestre 2004.
- FUERTES FERNÁNDEZ, ADOLFO (2007): “Fundamentos de la Colaboración Público-Privada para dotación de infraestructuras y servicios”, *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras*, núm. 29.
- GARCÍA CAPDEPÓN, PEDRO MARÍA (2005): “Los Contratos de Colaboración Público-Privada”, *Revista Española de la Función Consultiva*, 3.
- GHOBIAN, ABBY; GALLEAR, DAVID; O’REGAN, NICHOLAS, y VINEY, HOWARD (2004): *Public-Private Partnerships. Policy and Experience*, Palgrave Macmillan.
- GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V. (2006): “Contrato de Colaboración Público-Privada”, *Revista de Administración Pública*, 170.
- (2010) *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, Marcial Pons, Madrid.
- GONZÁLEZ IGLESIAS, MIGUEL ÁNGEL (2008): “Los Contratos de Colaboración Público-Privada”, *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 79.
- GRAY, ANDREW; JENKINS, BILL; LEEUW, FRANS, y MAYNE, JOHN (2003): “Collaboration in Public Services”, *Comparative Policy Analysis*, volume X.
- JACOBSON, CHARLES D. y TARR, JOEL A. (1993): “Ownership and Financing of Infrastructure. Historical Perspectives”, *Policy Research Working*, 1466, Banco Mundial.

- LINDLER, STEPHEN H. (1999): "Coming to terms with the Public-Private Partnership: A grammar of multiples meanings", *American Behavioral Scientist*, 43: 35.
- MARTÍNEZ BELTRÁN, JOSÉ ANTONIO (2009): "Técnicas institucionales de colaboración público-privada: los consorcios y las sociedades de economía mixta", en J. VILLARINO MARZO (coord.): *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid.
- MARTÍNEZ CALVO, JUAN (2005): "Hacia la construcción de un «derecho administrativo financiable». Crónica del caso MINTRA", *Revista de Administración Pública*, 167.
- MICHAELS, JON D. (2010): "Privatization's pretensions", *The University of Chicago Law Review*, vol. 77:212.
- MIGUEZ MACHO, LUIS (2008): "Las fórmulas de Colaboración Público-Privada en el Derecho Español", *Revista de Administración Pública*, 175.
- MIHALY, MARC B. (2006): "Public-Public Redevelopment Partnerships and the Supreme Court: *Kelo v. City of New London*", en *The Supreme Court and Takings: Four Essays*, Vermont Law School's Land Use Institute & Vermont Journal of Environmental Law.
- MINOW, MARTHA (2003): "Public and Private Partnerships: accounting for new religion", *Harvard Law Review*, vol. 116.1229.
- MOLINA DEL POZO, CARLOS FRANCISCO (2012): "El impacto de la legislación de la Unión Europea en España en materia de control y estabilización financiera", *Noticias de la Unión Europea*, 325.
- MONSMA, STEPHEN V. (2004): "Putting Faith in Partnerships", *The University of Michigan Press*.
- MÖRTH, ULRIKA (2009): "The market Turn in EU Governance-The Emergence of Public-Private Collaboration", en *Governance*, vol. 22, Issue 1.
- NACIONES UNIDAS, COMISIÓN ECONÓMICA PARA EUROPA (2000): *Negotiation Platform for Public-private partnerships in Infrastructure Projects*.
- NIETO GARRIDO, EVA (2004): "La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido", *Revista de Administración Pública*, 164.
- OCDE (2010): *Dedicated Public-Private Partnership Units: A survey of Institutional and Governance Structures*, OCDE publishing.
- RAMÓN DE CARVAJAL FIBLA, BORJA (2011): "Presente y futuro de la colaboración público-privada a nivel europeo: aspectos determinantes de su importancia como instrumento eficaz para salir de la crisis", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 316.
- REBOLLO, ANDRÉS: "Diagnóstico de la situación actual y recomendaciones revisadas. El nuevo marco práctico y legal para el desarrollo de infraestructuras mediante Asociaciones Público Privadas y medidas de intervención financiera", *Infrastructure*, Deloitte.
- RUIZ OJEDA, ALBERTO (2002): "Apuntes críticos sobre el proyecto de Ley Básica", *Revista de Obras Públicas/Extraordinario*, octubre 2002, núm. 3.425.
- (2012) "Últimas orientaciones en la Colaboración Público-Privada. (Apuntes desde la perspectiva de las normas contables para el cálculo del endeudamiento y el déficit público)", *Noticias de la Unión Europea*, 325.
- SANTIAGO IGLESIAS, DIANA (2010): *Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos*, Iustel, Madrid.
- SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ECONOMÍA INTERNACIONAL DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA (2012): "El *six pack* de la reforma del gobierno económico de la Unión Europea", *Boletín Económico del ICE*, 3022, enero de 2012.
- TORRES PRADAS, LOURDES y PINA MARTÍNEZ, VICENTE (2004): "La financiación privada de infraestructuras públicas: el peaje en la sombra", *Revista española de financiación y contabilidad*, 123.
- UCHICA, KANSAI (2008): *Public-Private Partnerships for highway finance*, University of California, Los Ángeles.
- VILLAR ROJAS, FRANCISCO JOSÉ (2007): "La concesión como modalidad de Colaboración privada en los servicios sanitarios sociales", *Revista de Administración Pública*, 172.