

JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA
Profesor Titular de Derecho administrativo
Universidad Complutense de Madrid

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

III PREMIO CEDIT-RURALCAJA



Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2010

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
CAPÍTULO I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA	13
I. PLANTEAMIENTO GENERAL SOBRE LOS CPP EN EL MARCO DE LAS INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE.....	13
II. UN BREVE APUNTE SOBRE EL NACIMIENTO Y ESTRUCTURACIÓN DE LOS CPP	15
1. El impulso inicial en el Reino Unido	15
2. La recepción de la colaboración público privada en el Derecho comunitario.....	17
3. La recepción de la colaboración público privada en España. Entre el PEIT y la Ley de Contratos del Sector Público	20
III. GÉNERO Y ESPECIE EN LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA...	23
IV. RAZONES PARA RECURRIR A LOS PROCEDIMIENTOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.....	26
V. CARACTERES GENERALES DE LAS FÓRMULAS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.....	28
VI. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA CON ANTERIORIDAD A LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO	33
1. Problemática general	33
2. Desregulación, privatización y desapoderamiento administrativo en el periodo anterior a la LCSP.....	35
VII. DE LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A LA HUIDA DE LA CONSOLIDACIÓN CONTABLE EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.....	36
VIII. INGENIERÍA JURÍDICO-FINANCIERA, CONTABILIDAD DE DISEÑO Y TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA EN LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA	40
IX. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA COMO MANIFESTACIÓN DEL POSTMODERNISMO JURÍDICO.....	42

	<u>Pág.</u>
CAPÍTULO II. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL CONTEXTO DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA: SUS IMPLICACIONES EN EL RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO DEL CONTRATO...	45
I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL IMPACTO DEL DÉFICIT PÚBLICO EN LA CONSTRUCCIÓN DE INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE	45
II. FLUJOS ECONÓMICOS Y TRANSFERENCIA DE RIESGOS EN LA CONSTRUCCIÓN DE INFRAESTRUCTURAS.	47
III. LA TRANSFERENCIA DE RIESGOS AL CONTRATISTA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	50
IV. TRANSFERENCIA DE RIESGOS DE CONSTRUCCIÓN DE INFRAESTRUCTURAS	54
V. RIESGOS DE DISPONIBILIDAD DE LA INFRAESTRUCTURA	56
VI. RIESGOS DE DEMANDA DE LAS INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE Y SU TRASLADO AL CONTRATISTA.....	59
VII. LA FINANCIACIÓN DEL CONTRATISTA: EL APOYO PÚBLICO Y LA CONSOLIDACIÓN EN EL DÉFICIT PÚBLICO.....	61
 CAPÍTULO III. SOSTENIBILIDAD Y COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.....	 65
I. PLANTEAMIENTO GENERAL	65
II. LA IDEA DE SOSTENIBILIDAD Y SU PROYECCIÓN A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	67
III. LAS CLÁUSULAS SOCIALES Y DE SOSTENIBILIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	69
1. El contratista y el cumplimiento de las exigencias de sostenibilidad en la contratación.	70
2. La preparación del contrato y los criterios de sostenibilidad.....	72
3. Sostenibilidad y procedimientos de adjudicación de contratos.....	75
IV. CAMBIO DEL SISTEMA PRODUCTIVO Y PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS	77
V. CONDICIONES DE SOSTENIBILIDAD EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO	78
VI. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA CLÁUSULA DE SOSTENIBILIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	80
VII. LA INCORPORACIÓN EN LEGISLACIÓN ESPECIAL DE ELEMENTOS DE SOSTENIBILIDAD SOCIAL: EL CASO DE LA CLÁUSULA DE GÉNERO Y SU IMPACTO EN LAS INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE	81
VIII. ÁMBITOS TRADICIONALES DE LA SOSTENIBILIDAD: RELEVANCIA AMBIENTAL DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS	82

	<u>Pág.</u>
CAPÍTULO IV. RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO	87
I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO	87
II. EL CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO COMO UN CONTRATO DESREGULADO Y PRIVATIZADO.....	88
III. EL CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO COMO UN CONTRATO ADMINISTRATIVO: DELIMITACIÓN DE PODERES ADJUDICADORES	91
IV. EL CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO COMO UN CONTRATO SOMETIDO, EN TODO CASO, A REGULACIÓN ARMONIZADA.	93
V. EL CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO COMO CONTRATO RESIDUAL.....	94
VI. EL CONTRATISTA COMO UNA ENTIDAD DEL SECTOR PRIVADO...	95
VII. EL AISLAMIENTO DE UN ELEMENTO CARACTERÍSTICO DEL CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO	96
1. El impreciso objeto del contrato, tal como lo define el art. 11 LCSP...	96
2. La modalidad de pago del contratista como supuesta peculiaridad del contrato	100
3. Peculiaridades autonómicas en cuanto al objeto del contrato.....	102
VIII. EL RETO DE LA CALIDAD Y DEL VALOR AÑADIDO DE LAS INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE QUE SE HA DE CONSEGUIR A TRAVÉS DE LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO	103
IX. CONTENIDO ESPECÍFICO DEL CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO	106
X. EN PARTICULAR LAS PRESTACIONES QUE RECIBIRÁ EL CONTRATISTA	111
1. La estructuración de los denominados pagos por disponibilidad.....	111
2. Un apunte general sobre la política de tarificación de las infraestructuras de transporte	114
XI. EL CONTROL DE LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE EJECUCIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO.....	115
XII. DURACIÓN DE LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO	116
XIII. RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO	117

	<u>Pág.</u>
XIV. COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA, INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE Y PROTECCIÓN DE LA CULTURA: LA APLICABILIDAD DEL 1 POR 100 CULTURAL.....	118
CAPÍTULO V. PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN DE LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO: EL DIÁLOGO COMPETITIVO	121
I. INTRODUCCIÓN	121
II. FASE PREVIA: EVALUACIÓN PREVIA DE LA CONVENIENCIA DEL CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO.....	122
1. Forma general de actuación.....	122
2. Evaluación previa en supuestos de urgencia.....	125
3. Órgano para la evaluación previa.....	126
III. CONTENIDO DE LA EVALUACIÓN PREVIA DE LA CONVENIENCIA DEL RECURSO A ESTA MODALIDAD CONTRACTUAL.....	127
IV. PROGRAMA FUNCIONAL	130
V. DESARROLLO DEL DIÁLOGO COMPETITIVO.....	131
VI. ANÁLISIS DEL EFECTO SOBRE EL DÉFICIT PÚBLICO	135
CAPÍTULO VI. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA COMO MANIFESTACIÓN DE LA GESTIÓN PATRIMONIAL: EL ARRENDAMIENTO OPERATIVO COMO MODELO.....	135
I. PLANTEAMIENTO GENERAL Y APLICABILIDAD A LAS INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE	135
II. EXCLUSIÓN EN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y NORMATIVA DE APLICACIÓN.....	137
III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GESTIÓN PATRIMONIAL PÚBLICA Y APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LIBERTAD DE PACTOS DE LA LEY DE PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.....	139
IV. PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PATRIMONIALES	140
V. ARRENDAMIENTO, ENAJENACIÓN Y ADQUISICIÓN DE BIENES EN UN CONTEXTO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA	143
VI. FÓRMULAS DE PROPIEDAD DIVIDIDA	144
VII. EL MODELO DEL ARRENDAMIENTO OPERATIVO	145
1. Caracteres generales.....	145
2. La obligación del arrendador de construcción del inmueble.....	146
3. El arrendamiento del bien a la Administración como prestación característica del contrato.....	150

	<u>Pág.</u>
4. El bien objeto del arrendamiento operativo es propiedad del arrendador.....	152
VIII. MARCO JURÍDICO DEL ARRENDAMIENTO OPERATIVO	156
XIX. EL ARRENDAMIENTO OPERATIVO CON UNA SOCIEDAD MERCANTIL PÚBLICA.	157
BIBLIOGRAFÍA	161

CAPÍTULO I

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

I. PLANTEAMIENTO GENERAL SOBRE LOS CPP EN EL MARCO DE LAS INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE

Las sociedades europeas contemporáneas se mueven en una difícil coyuntura en materia de infraestructuras, y particularmente en relación con las de transporte: hay cada vez más exigencias por parte de la ciudadanía y de los sectores económicos para disponer de un número superior y de mejor calidad para mejorar su competitividad y hay dificultades financieras importantes por parte de los entes públicos para asumirlas, por el ingente coste que lleva su construcción y su mantenimiento.

Sin duda, no constituye un problema novedoso, pero en la actualidad alcanza contornos distintos debido, por un lado, a la crisis económica —que se supone que es coyuntural— y, por el otro, a los problemas de control de déficit público, elemento éste que sí se ha transformado en una cuestión estructural en el ámbito de la Unión Europea, como consecuencia de la asunción del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, que limita el volumen del déficit en función de un conjunto de variables. A estos elementos se han añadido nuevas exigencias en cuando a los derechos sociales por parte de los ciudadanos —cuya satisfacción recae preferentemente en las entidades locales— y un planteamiento más activo de la protección del medio ambiente y en general todas las vertientes de la sostenibilidad que se está proyectando sobre todos los ámbitos de la actividad pública y, entre ellos, la provisión de infraestructuras, especialmente las de transporte.

Por último, conviene recordar un dato que incrementa la presión sobre las Administraciones públicas, consistente en que el contexto actual ha hecho, además, especialmente palpable la vinculación que existe entre la competitividad económica y la cantidad y calidad de las infraestructuras que disponen los ciudadanos y las empresas; lo cual ha hecho crecer la actividad pública —que en

multitud de ocasiones corresponde a las entidades locales— para su ejecución, en aras de ganar posiciones en el marco de la actividad global ¹.

Fruto de la coyuntura que se ha expuesto, la respuesta ha consistido en la diversificación de las formas de provisión ² de las infraestructuras de transporte por parte de las Administraciones públicas, en un proceso que ha combinado innovación y recuperación de formas tradicionales; con el rasgo común de que se han fortalecido aquellos en que participan entidades de naturaleza privada, ya sean con participación y aporte de recursos públicos —en la mayor parte de las ocasiones— o totalmente privada. En particular, de la experiencia acumulada parecía que resultaba conveniente que se configuraran procedimientos novedosos que pudieran dar una respuesta flexible a la compleja coyuntura descrita, sobre todo, con la finalidad de atraer a las empresas en estas operaciones, que son especialmente costosas. Dentro de ellos, el procedimiento que más predicamento está tomando en los últimos tiempos es un concepto genérico que se acostumbra a agrupar bajo la fórmula de la colaboración público-privada —CPP—, las cuales se acostumbran a reseñar asimismo con el acrónimo anglosajón, PPP, ya que es éste el origen de la técnica y han sido desde entidades provenientes de estos países desde donde se ha impulsado más su implantación. Concepto genérico en el que en el ámbito comunitario se agrupan figuras que de forma autónoma ya tenían existencia autónoma, como son las concesiones de obra pública o incluso los mecanismos de gestión institucionalizada. Se puede decir que más que «algo nuevo bajo el sol», con las CPP nos encontramos ante *revivals* de figuras que venían existiendo en el ordenamiento a las que se ha proporcionado una imagen de novedad.

Fuera del ámbito de las infraestructuras de transporte, al que ahora me referiré, la colaboración público-privada ha sido especialmente importante para las entidades locales ³. En efecto, la ampliación de los servicios públicos que tienen que prestar a la ciudadanía se ha traducido en una dificultad intrínseca de abor-

¹ En el *Libro Blanco sobre Crecimiento, Competitividad y Empleo* se señala con nitidez el problema de las infraestructuras: «La cuestión no puede ser más obvia: los embotellamientos no sólo nos irritan a todos, sino que, además, suponen un gran coste para la productividad europea. Infraestructuras con cuellos de botella y en las que faltan eslabones; deficiencias de interoperabilidad entre modos y sistemas. Las redes son las arterias del gran mercado. Sus fallos se traducen en una falta de oxígeno para la competitividad, en ocasiones desaprovechadas de crear nuevos mercados y en una creación de empleo inferior a nuestro potencial».

² Así, *vid.* la obra colectiva coordinada por A. RUIZ OJEDA, *La financiación privada de obras públicas. Marco institucional y técnicas aplicativas*, coedición de la Fundación Diálogos y la Editorial Civitas, Madrid (1997), o la obra también colectiva dirigida por F. J. ROMERO ÁLVAREZ, *Nuevas formas de financiación de proyectos públicos*, coedición de la Cámara de Cuentas de Andalucía y la Editorial Civitas, Madrid (1999), y la de Ariño & Almoguera, Abogados (eds.), *Nuevo Derecho de las infraestructuras*, coedición de la REDETI y la Editorial Montecorvo, Madrid (2001); P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, *Ejecución y financiación de obra pública. Estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa*, Civitas (2006), y P. HERRANZ EMBID, «Régimen general de las obras públicas», en la obra colectiva dirigida por J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch (2009), pp. 213 y ss., y, más sucintamente, «Construcción, gestión y financiación de infraestructuras de interés general», en la obra colectiva dirigida por J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Diccionario de Derecho de obras públicas y bienes públicos*, Iustel, Madrid (2007).

³ Un recordatorio de algunos supuestos de colaboración público-privada en el ámbito local se puede ver en E. ARIMANY LAMOGLIA, «La colaboración público-privada en la provisión de infraestructura y equipamiento local», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 11 (2006), pp. 23 y ss.

darlos sin afectar al déficit público⁴, lo cual resulta complejo teniendo en cuenta el estado de la hacienda local y las dificultades que en todos los países presentan para la ejecución de los proyectos⁵. A ello se añade que ha permitido impulsar actuaciones de forma privada, sin tener que instaurar un aparato organizativo adecuado para su ejecución, algo que algunas entidades pequeñas no han estado en condiciones de hacerlo adecuadamente o en un tiempo sustancialmente reducido. No obstante, conviene tener presente desde el comienzo de este estudio que en la mayor parte de las actuaciones ejecutadas a través de CPP las entidades locales han recurrido a formas atípicas, básicamente que se pueden englobar como modalidades de gestión patrimonial.

Si analizamos con un poco de detenimiento las figuras que se agrupan dentro de este macroconcepto de la CPP, vemos que realmente no nos encontramos ante un concepto preciso y detallado, sino ante un género, una técnica de realización de actividades públicas, en el cual se agrupan otras figuras tradicionales y mecanismos novedosos de plantear las relaciones jurídicas y económicas en las que participa la Administración, con la funcionalidad de encontrar un acomodo presupuestario adecuado y que permite, asimismo, una flexibilización en el régimen jurídico. Técnica que se ha de ver necesariamente como un modo de privatización de la actividad pública en la medida en que la determinación de objetivos y mecanismos es efectuada básicamente por el socio privado de la Administración, cuyos papeles son más limitados que en los restantes contratos típicos. Las fórmulas atípicas, que siguen siendo válidas, ponen a los entes públicos en una situación aún peor, por el hecho de encontrarnos ante contratos privados y que son enjuiciados, en consecuencia ante la jurisdicción civil.

Fruto de todo ello, es la indeterminación que rodea a las CPP. De hecho, como veremos con posterioridad, la propia definición que se ha propuesto desde las autoridades comunitarias de las fórmulas de colaboración público-privada es esencialmente indeterminada, seguramente que para dar una respuesta flexible a las necesidades de las Administraciones públicas, teniendo en cuenta que carecen de una regulación unitaria —más allá de lo que dispone la Ley de Contratos del Sector Público, que no es mucho, como veremos más adelante— y, sobre todo, porque tienen un importante activo, consistente en que si están correctamente articulados no computan a los efectos del déficit público.

II. UN BREVE APUNTE SOBRE EL NACIMIENTO Y ESTRUCTURACIÓN DE LOS CPP

1. El impulso inicial en el Reino Unido

Las fórmulas de colaboración público-privada y su desarrollo actual tienen su origen en el Derecho anglosajón, como respuesta jurídica al programa de refor-

⁴ *Vid.* lo ocurrido con el caso del Auditorio de Girona, en donde se señala la inoperancia del contrato de obras para diferir pagos y eludir el cómputo del déficit público. El caso lo resolvió la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de diciembre de 2004.

⁵ *Vid.* el Informe 72/05 de la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa, de 11 de marzo de 2005, en relación con la construcción de un edificio para usos sociales y culturales promovido por el Ayuntamiento de Santa Margalida, en las Islas Baleares.

mas que inició el Gobierno conservador de John Major en 1992, en un contexto que presentaba algunas similitudes con el actual, por la emergencia de una situación económica complicada por la crisis monetaria que hubo en aquel momento. No obstante, no es baladí señalar que modelos de colaboración público-privada ha habido desde el siglo XV en toda Europa Occidental, que han dado como resultado elementos muy variados, algunos de naturaleza estructural y otros operaciones concretas que han dado lugar a actuaciones tan conocidas como la torre Eiffel en París⁶. Si desde un punto de vista de la naturaleza poco nuevo hay bajo el sol, en cuanto a su contenido e impulso, hay razones diferentes, vinculadas al peso de la contabilidad en el ejercicio público actual, así como de su flexibilidad, tal como aparecerá repetidamente a lo largo de estas páginas. Y, desde luego, en una perspectiva ideológica los procedimientos de colaboración público-privada constituyen una manifestación de los tiempos actuales, en donde las ideologías liberales tienen un peso preponderante.

En todo caso, cuando se produce la *reinención* de los modelos de CPP, en 1992, el Gobierno británico lo configuró como un instrumento dentro programa de reformas administrativas del cual el *Public Private Partnership* constituía una mera técnica dentro de un contexto más amplio, que se encuadró bajo el rótulo de PFI (*Private Finance Initiative*), que partía de un presupuesto de necesidad —la mejora de las infraestructuras públicas para adecuarlas a las necesidades del momento— desde un presupuesto que políticamente se sitúa en el neoliberalismo económico y que, por ello, busca el recurso al capital privado para la ejecución de las actuaciones públicas, ya sea total o parcialmente⁷. El PFI suponía una modalidad más del denominado *New Public Management*⁸, que pretendía un modo diferente de plantear la acción pública, que imitara el comportamiento de las empresas privadas en aras de ganar mayor eficacia y competitividad y que,

⁶ Como curiosidad, se puede recordar que la Torre Eiffel fue el objeto de un convenio tripartito entre el Ministro de Comercio e Industria, en su condición de Comisario de la Exposición Universal, el Ayuntamiento de París y Gustavo Eiffel, ingeniero constructor. La concesión «como precio por estos trabajos, tal como se evalúan en el Anexo, se acuerda en pago al Sr. Eiffel una suma de 15.100 francos franceses de los créditos otorgados a la Exposición Universal y el disfrute de la explotación de la Torre durante el año de la Exposición y los veinte años siguientes, a contar a partir del 1 de enero de 1890».

⁷ Concretamente, a través de este programa se obligaba a que «los distintos Departamentos tomarán en consideración las opciones de financiación privada para sus proyectos de inversión siempre que sea posible transferir al sector privado el control del proyecto y los riesgos asociados, a condición de que esto no suponga un coste desproporcionado. Muchos proyectos del Gobierno pasarán esta prueba y, en consecuencia, se formularán invitaciones para la presentación de propuestas de financiación privada. Cuando sean recibidas estas propuestas serán tratadas como cualquier otra forma de obtención de financiación y valoradas con arreglo al criterio *value for money*, teniendo en cuenta los costes y beneficios de transferir los riesgos y la responsabilidad de la gestión al sector privado». Tomo la traducción del estudio de J. GOH, «Avances en la colaboración de los sectores público y privado para la provisión de dotaciones y servicios en el Reino Unido: el “Private Finance Initiative” y su régimen jurídico», dentro de A. RUIZ OJEDA, G. MARCOU y J. GOH, *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España*, coedición del Instituto de Estudios Económicos y la Editorial Civitas, Madrid (2000), p. 1000. Una exposición de estas figuras en el Derecho británico se puede también ver en E. NIETO GARRIDO, «La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido (*De Private Finance Initiative a Public Private Partnerships*)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 164 (mayo-agosto 2004), pp. 389 y ss.

⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* E. NIETO GARRIDO, «El *New Public Management* y el gobierno a través de contratos en el Reino Unido», en *Revista de Administración Pública*, núm. 162 (septiembre-diciembre 2003), pp. 391 y ss.

al mismo tiempo, permitiera una mayor participación de los particulares en las acciones públicas, a través de la privatización de empresas y de la externalización de actividades públicas, lo que se conoce con terminología anglosajona como *outsourcing*. Como se puede observar es una técnica que surge en un contexto ideológico determinado y cuyo desarrollo ulterior también ha de encuadrarse en las técnicas de la misma política económica que han venido aplicándose en Europa occidental de forma mayoritaria en los últimos años.

En el momento de la llegada de los laboristas al poder, encabezados por Tony Blair, la respuesta no fue la eliminación del programa, sino precisamente la potenciación, con ciertos cambios en el modo de ejecutar los procedimientos de este modo de proveer infraestructuras y servicios a la ciudadanía. En este contexto lo que hicieron fue una mejora de la formulación que habían adoptado los conservadores, a través de una revisión de las cláusulas particulares de los contratos, una mejora en los procedimientos de licitación para ganar eficacia y una adecuación mejor de la transferencia de los riesgos al socio privado. En todo caso, en este periodo aparecieron dos ideas clave del proceso de los PPP: el denominado *value for money*, esto es, una adecuada relación entre coste y calidad, y el *risk transfer*, la transferencia efectiva de riesgos al contratista que están en todos los modelos de colaboración público-privada e incluso es un factor esencial en las concesiones administrativas.

Era, justo es señalarlo, una formulación que la flexibilidad del ordenamiento británico favoreció —de hecho, la base jurídica para los primeros pasos era bastante limitada— y que se extendió por toda Europa fruto del impulso que recibió de las autoridades comunitarias, sobre todo por el hecho de que podía servir para eludir las exigencias de limitación del déficit público, gracias a que, en multitud de ocasiones, modificaba la perspectiva de las operaciones públicas que se iban a desarrollar, pasando de adquirirse bienes a proveerse servicios, cuyo efecto contable era muy diferente para los entes públicos.

2. La recepción de la colaboración público-privada en el Derecho comunitario

En este contexto, se produjo su recepción en el Derecho comunitario europeo a través de dos documentos de la Comisión europea, concretamente los que llevaron el nombre de dos comisarios: el Informe Kinnock —que recordemos que fue candidato del Partido laborista a la Presidencia del Gobierno británico— y el Informe van Miert⁹. Primeros pasos que permitieron proporcionar un impulso importantísimo a las formas de colaboración público-privada en el Consejo

⁹ El llamado Informe Kinnock es, en realidad, el Informe del Grupo de Alto Nivel presidido por el antiguo político laborista británico, a la sazón Comisario de Transportes, titulado «La financiación de proyectos de la red transeuropea de transporte mediante asociaciones público-privado», cuyas conclusiones hizo suyas la Comisión europea en la Comunicación relativa a «las asociaciones entre los sectores público y privado en los proyectos de la red transeuropea de transporte» —COM (97) 453—. A ella hay que añadir la Comunicación relativa al «Desarrollo de la Red Transeuropea de Transporte: financiación innovadoras e interoperabilidad del telepeaje» —COM (2003) 132—, en la que se asumen las conclusiones de Grupo de Alto Nivel presidido por el Comisario europeo de Transportes van Miert.

Europeo celebrado en Lisboa de marzo de 2000¹⁰. En las conclusiones de esta reunión del Consejo europeo se reafirma el papel que van a tener en el comienzo del siglo XXI los CPP, en la medida en que se vincula a la consecución de los objetivos de la denominada estrategia de Lisboa, idea que va a estar también en la recepción española de las figuras¹¹. Sin duda, a ello contribuyó el gran impulso que le ha proporcionado la actuación de los gabinetes privados de consultoría que proporcionaron una base relativamente uniforme a todas las Administraciones públicas europeas en el desarrollo de estas figuras atípicas.

En el año 2004 tiene lugar un hecho capital en la evolución de los CPP, que consiste en la aprobación por parte de la Comisión europea del *Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, que vio la luz el 30 de abril de 2004. Su finalidad consiste en «iniciar un debate en torno a la mejor manera de garantizar que las operaciones de CPP puedan desarrollarse en un ambiente de competencia real y claridad jurídica». Más concretamente, se marca el objetivo de «detectar posibles incertidumbres y analizar si el marco comunitario es adecuado para los retos y características específicos de las operaciones de CPP».

Un año después, en las conclusiones del Consejo Europeo desarrollado en Bruselas en marzo de 2005, se podía leer, en una dirección similar, que «de forma general, las inversiones en infraestructuras favorecerán el crecimiento e implicarán una mayor convergencia en los planos económico, social y medioambiental. En el marco de la iniciativa de crecimiento y los programas de puesta en práctica inmediata, el Consejo Europeo destaca la importancia de la realización de los proyectos prioritarios en materia de redes de transporte y de energía e invita a la Unión y a los Estados miembros a que prosigan sus esfuerzos de inversión y fomenten asociaciones entre los sectores público y privado».

En esta evolución de los CPP en el ámbito europeo ha tenido un peso importantísimo —a la par que indirecto— Eurostat, la Oficina Estadística de la Comisión Europea. En efecto, desde la firma del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, uno de los elementos más relevantes para la política de infraestructuras ha sido precisamente el del cumplimiento de los niveles de déficit público. La mejora de la red de infraestructuras de transporte, por su alto coste en muchos casos, ha sido posiblemente la que más haya visto cómo sus modalidades de construcción han oscilado más en función del impacto sobre el déficit. En este contexto, la decisión de Eurostat de 2004 sobre los efectos para el déficit público de una operación del Gobierno federal austriaco por la que se atribuye la gestión y, especialmente, la remodelación de los edificios públicos a una entidad propia BIG, que será objeto de estudio en el capítulo segundo de esta obra, ha impulsado

¹⁰ En esta época también el Comité Económico y Social había emitido el Dictamen «El refuerzo del derecho de concesiones y de contratos de asociación entre los sectores público y privado (APP)», publicado en el *DOCE*, 19.10.2000.

¹¹ Planteamiento que también se encuentra en el documento aprobado por el Consejo de Ministros español el 13 de octubre de 2005, *Convergencia y Empleo. Programa Nacional de Reformas*, en el que las CPP se consideran un instrumento básico tanto para la dotación de infraestructuras y provisión de servicios públicos como para la consecución de la sociedad del conocimiento a través de la inversión en I+D+i. El citado documento se puede encontrar en la web: <http://www.la-moncloa.es>.

el recurso a los CPP para construir infraestructuras, ya que ha permitido que a través de estas figuras complejas se construyan sin que tengan impacto negativo sobre el déficit público.

Como se ha podido apreciar, no hay mención a ellas en las últimas Directivas comunitarias¹², que no las regulan, ya que han pretendido dejar el protagonismo a los Estados, tal como se reconoce en 2008 por la propia Comisión europea. Sí son importantes, sin embargo, por el hecho de que el procedimiento usual de tramitación, el que permite obtener más funcionalidad de los CPP y el que permite más flexibilidad, el denominado *diálogo competitivo*, ha sido una innovación de la Directiva de 2004.

De la somera descripción anterior sobre la evolución en el ámbito comunitario de la colaboración público-privada¹³ se puede percibir que el recurso a las fórmulas genéricas de colaboración público-privada ha estado en la base de la política europea de infraestructuras en los últimos años y de hecho en el concepto se han utilizado tanto las denominadas fórmulas contractuales como las que se denominan «institucionalizadas» —que tienen por objeto la creación de entidades mixtas entre el sector público y el sector privado, que recientemente han sido objeto de una Comunicación de la Comisión—¹⁴. En todo caso, estas figuras institucionalizadas no van a constituir el objeto de estas páginas, en la medida en que tienen un régimen diferenciado, que se separa de las modalidades estrictamente contractuales.

Aunque se haga énfasis en proponer su utilización, las autoridades públicas no desconocen los riesgos que planea el recurso a las CPP. Se sea más favorable o más remiso a las fórmulas CPP, lo que sí conviene es quitarle la apariencia de solución milagrosa que pueden proporcionar y que desde ciertos ámbitos se fomenta. La propia Comisión europea ha insistido en ello cuando, incluso en un contexto favorable a la utilización de este tipo de mecanismos, ha indicado que «las APP son un instrumento atractivo, en pleno auge en muchos sectores, pero cuyo éxito depende de la presencia de ciertos factores o condiciones: proyectos de dimensión reducida, proyectos cuya remuneración y riesgos son fáciles de calcular, autopistas, puentes o aeropuertos. Pueden resultar igualmente útiles cuando la aportación privada permita maximizar los resultados y controlar mejor los costes en comparación con un proyecto similar gestionado por el sector público. Ahora bien, esta solución suele tener repercusiones en el terreno de los costes, que a menudo suelen ser superiores a los de una financiación íntegramente pública, a causa del coste de las transacciones —en particular los costes ligados a la determinación, distribución y cobertura de los riesgos— y de los capitales, mayor

¹² Especialmente significativa es la ausencia de mención en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios; Directiva que, por su parte, sí regula sucintamente la concesión de obra pública, especie dentro del género de las CPP.

¹³ Del resto de los actos comunitarios referidos a la colaboración público-privada conviene hacer mención a la Resolución Legislativa del Parlamento europeo sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de 2006.

¹⁴ *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), de fecha 05.02.2008, C (2007) 6661.

para los inversores privados. Está claro que el recurso a las APP no se puede presentar como una solución milagro para el sector público, agobiado por las presiones presupuestarias. Nuestra experiencia demuestra que una APP mal preparada puede dar lugar a costes muy elevados para el sector público»¹⁵. Las dificultades que plantean los CPP pasan precisamente por cómo se articulan, cómo se transforman en un instrumento que cumpla mejor con los principios de gasto público; en definitiva, que se potencien los aspectos positivos y haya capacidad de limitar los elementos negativos que, sin duda, poseen.

3. La recepción de la colaboración público-privada en España. Entre el PEIT y la Ley de Contratos del Sector Público

Una corriente tan intensa como la que se estaba desarrollando en Europa de impulso a la colaboración público-privada, con un impacto tan relevante sobre el déficit público, había de llegar a nuestro país, que incorporó a través de diversas líneas de actuación las ideas de la colaboración público-privada. De entrada, la legislación de contratos incluyó como contrato típico a una de las vertientes de la colaboración público-privada, la concesión de obra pública, la cual fue profusamente utilizada para la construcción de infraestructuras de transportes en los Gobiernos del Partido Popular, con resultado bastante pobre, tanto en cuanto a utilización como a resultados en clave de gestión pública de dichos procesos, ya que su mala planificación hace que muchas de ellas se encuentren en una situación claramente deficitaria. A partir de ahí, 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 colaboración público-privada, más originales desde un 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.

En efecto, la práctica de las Administraciones públicas ha venido conociendo en los últimos años modalidades de colaboración público-privada; de este modo, hospitales, juzgados, comisarías de policía, centros de enseñanza o establecimientos penitenciarios se han licitado de este modo precisamente para eludir las exigencias del déficit público que estaba condicionando el modo de ejecutar sus políticas públicas. Incluso, en un exceso de ingeniería jurídica, se ha recurrido a estos procedimientos con sociedades mercantiles de la propia administración, lo que no deja de resultar paradójico cuando precisamente la externalidad es un elemento consustancial a las operaciones de CPP. De hecho, el fracaso jurídico más sonado de las CPP ha sido precisamente una operación de construcción de infraestructuras de transporte a través de una entidad pública empresarial de la Comunidad de Madrid, MINTRA, en el momento de la ejecución del Metrosur, fracaso producido por un mal reparto de riesgos entre las partes del contrato, ya que las entidades dependientes de la Comunidad prácticamente no asumían riesgos en el contrato.

¹⁵ Comunicación de la Comisión de 25 de abril de 2003 sobre Desarrollo de la red transeuropea de transporte: Financiaciones innovadoras. Interoperabilidad del telepeaje.