

REVISTA DE

Administración Pública



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

J. V. GONZÁLEZ GARCÍA

Contrato de colaboración público-privada

F. SANTAOLALLA LÓPEZ

Las directrices de técnica normativa

J. A. TARDÍO PATO

El principio constitucional de audiencia del interesado y el trámite del artículo 84 de la Ley 30/1992

170

Madrid

Mayo/Agosto

2006

ISSN: 0034-7639

ESTUDIOS



JURISPRUDENCIA



CRÓNICA

ADMINISTRATIVA



BIBLIOGRAFÍA



Revista de Administración Pública

ISSN: 0034-7639, núm. 170,
Madrid, mayo-agosto (2006)

Consejo de Redacción

Director:

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Universidad Complutense de Madrid*

Secretaría:

CARMEN CHINCHILLA MARÍN, *Universidad de Castilla-La Mancha*

José María Boquera Oliver, *Universidad de Valencia*
Antonio Carro Martínez, *Letrado de las Cortes Generales*
Manuel Francisco Clavero Arévalo, *Universidad de Sevilla*
León Cortiñas Peláez, *Universidad Nacional Autónoma de México*
Luis Cosculluela Montaner, *Universidad Complutense de Madrid*
Rafael Entrena Cuesta, *Universidad de Barcelona*
Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Universidad Complutense de Madrid*
Rafael Gómez-Ferrer Morant, *Universidad Complutense de Madrid*
Jesús González Pérez, *Universidad Complutense de Madrid*
Jesús Leguina Villa, *Universidad de Alcalá de Henares*
Ramón Martín Mateo, *Universidad de Alicante*
Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, *Universidad Complutense de Madrid*
Luis Morell Ocaña, *Universidad Complutense de Madrid*
Alejandro Nieto García, *Universidad Complutense de Madrid*
José Ramón Parada Vázquez, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*
Fernando Sainz Moreno, *Universidad Complutense de Madrid*
Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Universidad Complutense de Madrid*
José Luis Villar Palasí, *Universidad Complutense de Madrid*

Declaración de interés público

«*Artículo único.* Se declara de "interés público" a la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, fundada en el año 1950 por el *Instituto de Estudios Políticos*, en consideración a los elevados méritos que concurren en dicha publicación, en la que se contienen importantes estudios monográficos de Derecho Político y Administrativo, tanto nacional como de Derecho comparado, de gran trascendencia doctrinal, con difusión del estudio de dichas materias, y realizando una labor formativa y vocacional muy valiosa, cuyos efectos en la esfera de la Administración Pública son una evidente realidad actual.»

(Orden del Ministerio de Información y Turismo de fecha 10 de mayo de 1961.)

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista

CONTRATO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

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

I. PLANTEAMIENTO.—II. CARACTERES DE LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.—III. ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y CONTRATOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.—IV. LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA COMO *MODELOS PARA ARMAR*: IV.1. *El objeto del contrato*. IV.2. *El reto del valor añadido que se consigue a través de los CPP*. IV.3. *Un procedimiento obligatorio de adjudicación: el diálogo competitivo*. IV.4. *Contenido del contrato y régimen aplicable*.—V. EL ARRENDAMIENTO OPERATIVO COMO MODELO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: V.1. *Consideraciones generales sobre el arrendamiento operativo*. V.2. *Elementos del arrendamiento operativo*.—VI. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LOS CPP.

RESUMEN

Este trabajo pretende analizar los elementos clave de un grupo de figuras novedosas que se agrupan en la expresión colaboración público-privada. Se trata de una expresión que se refiere a diversas formas de colaboración entre los poderes públicos y los contratistas particulares cuya finalidad es la construcción, renovación y mantenimiento de una infraestructura o la provisión de un servicio público. El estudio contempla un análisis de los elementos característicos de los CPP, el estudio de la legislación española que va a regular esta figura y se analiza la modalidad más utilizada, el denominado arrendamiento operativo. Asimismo, contempla elementos de crítica a los CPP, que pasan por la utilización de la ingeniería jurídica, que conduce a cierta contabilidad de diseño y, por último, a la opacidad que suele haber en el procedimiento de adjudicación.

Palabras clave: contrato de colaboración público-privada; obras públicas; contratación administrativa; arrendamiento operativo; Eurostat; SEC 95.

ABSTRACT

The study aims to analyse the most important elements of the Public Private Partnership. The term refers to forms of cooperation between public authorities and the world of business which aim to ensure the funding, construction, renovation, management or maintenance of an infrastructure or the provision of a service. In the study you can find the characteristic elements of the PPP and systematically examine the problems that you can find, like the relationship with the budgetary stability. Also the study analyses the operational leasing, as a model of the PPP. Here there's also a study of the problems of the PPP: some kinds of Legal Engineering, creative accounting and the opaqueness in the selection of the private partner

Key words: public private partnership; administrative contracts; operational leasing; Eurostat; SEC 95.

I. PLANTEAMIENTO

La construcción de infraestructuras en el momento actual está marcada por el florecimiento de las fórmulas que se suelen denominar como de colaboración público-privada (CPP). En efecto, en este momento en Europa está abierto un debate de cierta importancia sobre los medios a los que deben recurrir los entes públicos para la provisión de infraestructuras y servicios en el cual las fórmulas de CPP ocupan un papel preponderante; sin lugar a dudas, por la flexibilidad que presentan, por su escasa regulación como figura unitaria y porque disponen de un valor añadido de importancia en esta época de restricciones al endeudamiento público, fruto de que en multitud de ocasiones no computan a efectos del déficit público.

Como es conocido, los contratos de colaboración público-privada, también denominados en España como asociaciones público-privadas —en ambos casos como traducción de la expresión británica *Public Private Partnership*, PPP—, tienen su origen en el año 1992 como parte de un programa de reformas emprendido por el Gobierno británico presidido por John Major denominado PFI (*Private Finance Initiative*), cuyo objetivo era precisamente modernizar las infraestructuras públicas recurriendo a la financiación privada como instrumento prioritario para la dotación de dichos bienes y servicios¹. A partir de este momento recibió el impulso de las autoridades comunitarias en diversas ocasiones, sobre todo con los documentos que surgieron con posterioridad a la publicación del denominado Informe Kinnock y del Informe Van Miert², impulso que ha

¹ 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, pág. 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 núm. 164 de esta REVISTA, mayo-agosto 2004, págs. 389 y ss.

² 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 aso-

sido asumido por los Estados y por las autoridades comunitarias para relanzar estas infraestructuras, tal como se aprobó en el Consejo Europeo de Lisboa de marzo de 2000, en donde consideraban a los CPP un instrumento básico para la consecución de los objetivos de la denominada estrategia de Lisboa³. Hace menos tiempo, en las conclusiones del Consejo Europeo desarrollado en Bruselas en marzo de 2005, se señaló, en este sentido, 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 este momento, es indudable, los CPP se encuentran en un momento de auge. Para justificar el recurso a estos procedimientos se proporcionan por parte de sus defensores razones que son en ocasiones de carácter técnico y en otras ideológicas, aunque dispongan de cobertura técnica en apoyo de ellas. De hecho, entre los argumentos que se utilizan por sus defensores suele haber un llamamiento a la denominada *solidaridad intergeneracional*, en el sentido de que con los CPP, que se suelen abonar a lo largo de toda la vida de la infraestructura, se permite precisamente que no sea una generación la que corra con el coste de construcción, del que se van a beneficiar generaciones futuras. Esta proyección futura plantea el problema, sin embargo, de que con ello se está condicionando la acción pública en un número de anualidades que excede de los plazos normales en los procesos electorales y, por ende, cuestiona la capacidad de que la fuerza que ha obtenido la mayoría electoral pueda desarrollar su programa de gobierno, ya que está condicionado por decisiones con las que puede no estar de acuerdo en el fondo o en la forma de ejecutarlo.

ciaciones público-privadas», 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: financiaciones innovadoras e interoperabilidad del telepeaje» —COM (2003) 132—, en la que se asumen las conclusiones del Grupo de Alto Nivel presidido por el Comisario europeo de Transportes, Van Miert.

³ 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 los 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>.

Un segundo tipo de razones hacen referencia a una supuesta superioridad técnica de los socios privados para afrontar el proceso de construir las infraestructuras y proveer los servicios añadidos. Aquí radica precisamente uno de los problemas que han de ser analizados caso por caso, en la medida en que hay que comprobar que por el dinero que cuesta, siempre más oneroso que los mecanismos tradicionales, la Administración no está capacitada para afrontarlo en mejores condiciones. Como se verá con posterioridad, en otros ordenamientos se han desarrollado fases anteriores al procedimiento de adjudicación que precisamente pretenden obtener una respuesta a este tipo de interrogante, para lo que resulta obligatorio el proceder a realizar lo que se suele denominar con la expresión anglosajona *Public Sector Comparator*. Exigencia que, como se analizará más adelante, es uno de los elementos que incorporará la futura Ley de Contratos del Sector Público para poder concertar los contratos de colaboración público-privada como garantía de eficiencia en el gasto público, habida cuenta de que los CPP tienen un coste superior al de los mecanismos tradicionales.

Hay también razones que afectan al papel del Estado en las sociedades del siglo XXI y la incapacidad que parecen tener los poderes públicos para la dotación de todas las infraestructuras necesarias para la sociedad moderna, sobre todo en tiempos de contención del déficit público y de reducción de la presión fiscal, aspecto este último que, sin lugar a dudas, condiciona el recurrir a las fórmulas más tradicionales, como puede ser el contrato de obra pública. Desde determinados ámbitos se defiende que su rol se limite a actividades de regulación y a la provisión de aquellos servicios que, por no proporcionar beneficios, no pueden ser prestados por los particulares. Con ello, se argumenta, se podrían destinar fondos para proveer servicios que, de otra manera, no llegarán jamás a los ciudadanos porque se están destinando los recursos a otras actuaciones que podrían asumir los particulares dado que tendencialmente pueden proporcionar beneficios económicos. Papel del Estado que, desde luego, está en el centro de los debates políticos de este momento y que, en consecuencia, no resulta todo lo monolítico que se quiere hacer ver y que hay que adaptar a la configuración constitucional del Estado como Estado social.

Existen también razones de índole presupuestaria, lo que ha de ser analizado en un doble sentido. Por un lado, están los problemas tradicionales de ausencia de dinero para afrontar todas las infraestructuras que harían falta para que sirvan como mecanismo para el desarrollo económico. Es la consecuencia, entre otros factores, de una política fiscal que hace de la reducción de la presión impositiva

su *leit motiv*, sobre todo en los impuestos sobre la renta y en las rentas más altas. Con ello se estimula la sustitución del pago presupuestario por el pago por utilización, a través de los peajes y otras fórmulas.

El segundo aspecto resulta novedoso y está teniendo un impacto considerable en la contratación administrativa, como ya he tenido ocasión de explicar en otra ocasión⁴. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento, adoptado por Resolución del Consejo Europeo de Ámsterdam de 17 de junio de 1997, ha impuesto —partiendo del contenido del art. 104 del Tratado, que dispone que «*los Estados miembros evitarán déficit públicos excesivos*»— límites en los niveles de endeudamiento de las Administraciones públicas, cuya superación da lugar a una serie de sanciones. Esto hace que, por un lado, se desarrollen fórmulas de participación privada y, en segundo lugar, motiva que estas fórmulas sean especialmente complejas en la medida en que no tienen, por un lado, que consolidar el coste en las cuentas públicas y, por el otro, tienen que permitir que la Administración se reserve buena parte de las facultades consustanciales al contrato de obras, a pesar de la aparente contradicción que puede suponer. En todo caso, con posterioridad se analizarán los elementos para que los proyectos de colaboración público-privada no se consoliden en las cuentas públicas.

En estas condiciones, conviene analizar cuáles son los elementos característicos de los CPP que hacen que se encuentren en una situación de auge tan considerable.

II. CARACTERES DE LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Los contratos de colaboración público-privada de los que se ha venido hablando hasta ahora disponen de una serie de características peculiares que hace que se separen de las formas tradicionales en las que Administración y particulares llegan a un resultado común en aras del interés general. Lo que se afirma a pesar de que la definición que se ha proporcionado en algunos documentos comunitarios no parezca así, por lo poco precisa que resulta, tal como puede verse fácilmente de la definición que recoge el Libro Verde sobre los CPP: «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

⁴ Véase mi estudio *Financiación de las infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio»⁵. Por ello, dando un paso más y tomando los elementos que ha señalado entre nosotros GARCÍA-CAPDEPÓN⁶, se puede señalar que los contratos de colaboración público-privada parten de los siguientes elementos:

Por un lado, los contratos de colaboración público-privada se caracterizan por ser complejos, tanto en las prestaciones que incorporan como en los sujetos participantes, tanto públicos como privados, que excede en mucho la relación bilateral entre Administración y contratista del contrato de obras. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con otras modalidades contractuales, sobre todo las tres típicas clásicas recogidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en las que la Administración adopta un papel protagonista en muchas fases de la operación —entre ellas, como las dos más características, las relativas a la financiación y al diseño del proyecto—, en los CPP la Administración y el contratista se involucran desde el primer momento para definir todos los aspectos de la relación contractual. Casi podría hablarse de un servicio integral a las Administraciones públicas que para el contratista tendría la ventaja hipotética de que al participar en toda la vida del proyecto podría ajustar mejor los precios y tendría, en consecuencia, mayor capacidad de recuperar los costes invertidos. Desde este punto de vista, conviene recordar que en la mayor parte de los contratos CPP puede participar más de un contratista en el desarrollo y ejecución del proyecto, en función de los servicios que cada uno de ellos pueda prestar al proyecto. Participación que puede ser a título principal o a través de mecanismos de subcontratación, siempre que el ordenamiento los admita, ya sea de forma expresa o implícita.

⁵ Libro Verde de la Comisión Europea sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y la comisión, COM (2004) 327, pág. 3.

De hecho, bien podría señalarse que, en función de esta definición, hay diversas realidades detrás de la colaboración público-privada: i) por un lado, como mecanismo de financiación privada de construcción de obra pública, básicamente como el mecanismo por el cual los poderes públicos buscan el ahorro privado, el cual se canaliza a través de cualquier tipo de instrumento, ya sea éste créditos, emisiones de deuda, que son pagados por la Administración generadora del mismo; ii) en segundo lugar, se puede estar haciendo referencia a que el Gobierno busca financiación para compartir con el sector privado el riesgo de la inversión, lo cual nos lleva a que hay participación privada no sólo en la financiación, sino también en la retribución, y iii) hay ocasiones en las cuales los poderes públicos buscan la participación privada a través de la construcción de las infraestructuras que son retribuidas por su utilización o disponibilidad de las mismas, lo que hace que la financiación sea privada y la retribución en principio también. Un desarrollo de estas cuestiones puede verse en A. M. JUAN LOZANO y J. RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos (una aproximación desde los principios jurídico-financieros)*, en prensa, al que pude tener acceso por la amabilidad de los autores.

⁶ P. GARCÍA-CAPDEPÓN, «El contrato de colaboración público-privada», en *Revista de la Función Consultiva*, núm. 3, enero-junio 2005, págs. 89 y ss.

Posiblemente, el aspecto en el que más se está desarrollando la participación privada en los CPP en los últimos años, proporcionando uno de los elementos diferenciadores a los que con anterioridad se ha hecho referencia, es precisamente en la fase de diseño del proyecto, aun manteniendo la Administración alguna de las facultades tradicionales en esta materia. La razón estriba en que es precisamente ahí donde está resultando posible ahorrar mayores costes, sobre todo por la adecuación integral de todas las fases del proyecto, lo que en ocasiones evitará algunos de los gastos más típicos de los contratos de obra, como son los modificados. No podemos olvidar, asimismo, que Eurostat ha venido exigiendo la dirección del diseño de la operación en manos del socio privado de la Administración, sobre todo en aquellos supuestos en los que, pese a que hay pagos periódicos por parte de la Administración, ésta no quiere consolidar los costes en su contabilidad. En todo caso, si los CPP tienen entre sus activos el mejorar la prestación de los servicios a la Administración fruto de sus mayores conocimientos, lógico es que estas soluciones innovativas se plasmen desde el momento inicial.

En todo caso, la importancia que tiene la complejidad de las prestaciones del contrato queda perfectamente a la luz cuando en la nueva legislación, tal como veremos con posterioridad, se determina que uno de los procedimientos de adjudicación, el del diálogo competitivo, es el único válido para los CPP. Y ello precisamente por la dificultad, al menos aparente, de definir exactamente cuál va a ser el objeto exacto del mismo, ya que es conocido únicamente el fin que se pretende conseguir.

En segundo lugar, el contrato de colaboración público-privada exige un reparto adecuado de riesgos entre el contratista y la Administración, en función de cuál sea el que esté en mejor condición para afrontarlo. No obstante, esta transferencia de riesgos se ha de efectuar si queremos que no se consolide en las cuentas públicas a una transferencia suficiente de riesgos al socio particular; de tal manera que éste asuma los riesgos de construcción y los de demanda o de disponibilidad, en función de la modalidad contractual ante la que nos encontremos. Transferencia de riesgos que ha de ser lo más precisa posible, de tal manera que en el contrato que se firme entre Administración y contratista se avance algo más que estos tres tipos de riesgos, dividiendo entre los derivados del diseño, la construcción —básicamente la descoordinación entre lo presupuestado y los costes reales y los derivados de las demoras—, la explotación —continuidad y calidad del servicio pactado con la Administración—, mantenimiento, de la propiedad del bien, financieros, de transferencia de titularidad, en los casos de ulterior arrendamiento, de desarrollo y

adaptación a las nuevas tecnologías y los de compra. Todos ellos deberán estar delimitados en el contrato que se concierte entre la Administración y el contratista.

Este elemento, el de la transferencia suficiente de riesgos al contratista, es un aspecto determinante para que nos podamos encontrar ante un CPP y no ante otras modalidades contractuales, básicamente la del contrato de obras, que es el contrato del que se pretende desligar, precisamente por sus efectos en relación con el déficit público. Tanto es así que la exigencia de transferencia suficiente de riesgos al contratista es uno de los elementos en los que ha insistido incluso la propia Comisión Europea en los documentos que ha aprobado sobre los CPP. De acuerdo con lo señalado en la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea 2000/C 101/02, «si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo. En este caso, la Comisión considera que se trata de un contrato público de obras y no de una concesión. Además, si durante la duración del contrato o al término del mismo el concesionario recibe, directa o indirectamente (en forma de reembolso, de compensación, de pérdidas o de otra forma), una remuneración distinta de la correspondiente a la explotación, el contrato ya no podría ser tildado de concesión».

El tercer factor que acostumbra a concurrir en los CPP —aunque, a diferencia de los restantes, no resulta imprescindible— es la ausencia de financiación presupuestaria, en la medida en que en las modalidades de CPP se suele preferir el pago por el usuario —adaptando el principio del Derecho ambiental, el que contamina paga, que pasaría a ser el que utiliza paga⁷— al pago por parte de la Administración, vía presupuestos o, en el caso de que se recurra a este procedimiento, mediante la constitución de un fondo especial derivado de algún impuesto especial, como ocurre con las gasolinas. Esto es una consecuencia de que con ello se pretende satisfacer el principio de que el usuario es el que paga la infraestructura, con lo cual se afian-

⁷ En el marco de las obras hidráulicas puede verse el estudio de A. RUIZ OJEDA, «Las exacciones para la financiación de obras hidráulicas. Canon de regulación y tarifa de utilización», en núm. 159 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 2002, págs. 369 y ss. Recordemos que la propia Directiva Marco del Agua consagra el principio de repercusión de costes hacia usuarios, beneficiarios y contaminantes. En relación con las tarifas, recordemos que se dividen en una parte fija y otra variable. Así, de un lado, nos encontramos con la tarifa de explotación, o parte variable de la tarifa anual, que el usuario de la obra debe abonar a la sociedad por la explotación propiamente dicha de las instalaciones. De otro, la parte fija de la tarifa que viene a representar la contraprestación por el derecho de uso que esta última ostenta sobre las infraestructuras y que sirve, asimismo, para amortizar el porcentaje que le corresponde del coste de ejecución de tales obras de acuerdo con el convenio que fije la sociedad de aguas y el usuario.

za, además, la supuesta solidaridad intergeneracional. En todo caso, dentro de la flexibilidad que hay en las fórmulas CPP, lo usual es que haya combinación de financiación pública y privada.

El cuarto factor de los CPP, que es una consecuencia directa de sus efectos sobre el déficit público, estriba en que los pagos no se producen como contraprestación por la construcción de la infraestructura, sino por la utilización de la misma o por la explotación del servicio de mantenimiento, incluso en aquellos supuestos en los que es la Administración la que abona la cuantía como consecuencia de algunas de las modalidades que en la actualidad están más en boga, los denominados pagos por disponibilidad o los llamados peajes en la sombra⁸. En los pagos deben existir dos corrientes de pago, una derivada del uso y otra que afecte a las cantidades por los servicios paralelos que presta el contratista de la Administración.

Este elemento nos va a conducir a uno de los elementos característicos de los CPP, la incorporación de los niveles de calidad como factor de determinación de la cuantía que se abona, ya sea por la Administración, ya sea por el ciudadano. Lo cual se ha de traducir, a su vez, en imposición de sanciones en los casos en los que no se llegue al nivel mínimo de calidad pactada y, al mismo tiempo, diversos niveles de pagos en función de los niveles realmente obtenidos en la prestación del servicio. Con ello, asimismo, se introduce un elemento de riesgo que habrá de ser valorado por el contratista en la medida en que su retribución dependerá del nivel global de prestación del

⁸ Se trata de una fórmula que se está extendiendo bastante en los últimos tiempos y, de hecho, según los avances que se han hecho públicos del plan de adecuación de las antiguas autovías, será el mecanismo que se emplee para disociarlo en el tiempo. Ello no quita para las críticas que se han vertido, que parecen bastante atinadas. Así, GÓMEZ-FERRER ha señalado que «la verdadera naturaleza de este caso es la de un contrato de obra pública con un sistema de retribución por la Administración aplazado en el tiempo y calculado en función del uso de la infraestructura en forma similar al de la concesión», en el que el «coste va a cargo de la Administración y su abono en la forma expuesta es una obligación de la Administración». R. GÓMEZ-FERRER MORANT, «El contrato de concesión de obras públicas», en la obra colectiva, dirigida por él mismo, *Comentarios a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, 2.^a ed., Madrid, 2003, pág. 1105.

Incluso, su encaje en la propia Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02, de 29 de abril de 2000, es complejo, dado que allí se ha señalado que «para la comisión, estaremos en presencia de contratos públicos de obras en la acepción del Derecho comunitario cuando el coste de la obra vaya a cargo principalmente del órgano de contratación y el contratista no reciba su remuneración a través de derechos percibidos directamente de los usuarios de la obra.

El hecho de que la Directiva permita que el derecho de explotación vaya acompañado de un precio no altera este análisis. Se trata de una hipótesis que se da en la práctica. Puede ocurrir, por ejemplo, que el Estado asuma parcialmente el coste de explotación a fin de aminorar el precio que debe pagar el usuario (práctica de los "precios sociales"). Esta intervención puede revestir distintas modalidades (importe garantizado a tanto alzado, importe fijo pero pagado en función del número de usuarios, etc.). Estas intervenciones no cambian necesariamente la naturaleza del contrato si el precio pagado cubre sólo una parte del coste de la obra y de su explotación».

servicio, el cual recaerá siempre en él, sin que pueda ser asumido de ningún modo por la Administración pública.

El quinto factor que hace que nos encontremos ante un CPP está constituido por el dato de que son modalidades contractuales complejas para lograr un valor añadido complementario en la utilización del dinero público, que es, tal como han señalado las autoridades comunitarias, lo que daría pie a la constitución de un CPP⁹. Es un factor que forma parte del axioma de partida de que los conocimientos del sector privado son capaces de una mejor provisión de los servicios que las Administraciones públicas. En este caso, habida cuenta de que el coste de los mecanismos CPP es siempre superior al de los contratos tradicionales, hace falta aportar dos elementos complementarios que se efectuarán durante la 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*, en las condiciones que veremos con posterioridad.

Al mismo tiempo, y teniendo en cuenta el coste suplementario en que se incurre con los CPP, habría que realizar una motivación sobre las razones que justifican el recurso a esta modalidad contractual, sujeto a un juicio de razonabilidad¹⁰. Sería, tal como lo ha señalado la doctrina, una consecuencia del principio de eficiencia en el gasto público. Como se ha señalado, «si la eficiencia en el gasto público no es sino una hijuela, que no la única, del principio de eficacia administrativa (artículo 103 de la Constitución española), y por tanto, el principio administrativo sirvió de partida al principio presupuestario, el Derecho del gasto público ha devuelto al Derecho Público el principio de calidad que, si bien no es un principio presupuestario en sentido estricto, constituye, en cambio, la culminación de una Administración avanzada y presidida por el principio de eficiencia»¹¹.

⁹ Así, en el Libro Verde sobre los CPP y los contratos y concesiones administrativos se señala sobre esta cuestión que «si bien es cierto que la cooperación entre los sectores público y privado puede ofrecer ventajas macroeconómicas, al permitir realizar un proyecto con la mejor relación calidad/precio y preservar al mismo tiempo los objetivos de interés público, no es posible, sin embargo, presentar dicha cooperación como una solución milagrosa para el sector público, que tiene que hacer frente a restricciones presupuestarias. La experiencia demuestra que es conveniente determinar para cada proyecto si la opción de colaboración ofrece una plusvalía real en relación con las demás posibilidades, como la adjudicación más clásica de un contrato».

¹⁰ En este sentido, A. M. JUAN LOZANO y J. RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos (una aproximación desde los principios jurídico-financieros)*, en prensa, al que pude tener acceso por la amabilidad de los autores.

¹¹ M. DÍAZ CORRAL y M. GARCÉS SANAGUSTÍN, «Fundamentos jurídico-constitucionales de las leyes de estabilidad presupuestaria. Principios y ámbito de aplicación», en *La estabilidad presupuestaria en el Derecho español*, IEF, Madrid, 2004, pág. 72.

III. ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y CONTRATOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Como se ha visto con anterioridad, distintas son las razones que justifican el auge de los CPP. Posiblemente, entre todas ellas, una de las más determinantes consiste en la posibilidad de que, incluso si el pago final lo realiza la propia Administración, no compute a efectos del déficit público. Posibilidad que ha abierto la puerta a supuestos en los cuales la Administración ha realizado, en el marco de lo declarado por Eurostat, contratos CPP con entidades instrumentales con las cuales ha conseguido el doble efecto de la desconsolidación y la retención de las potestades por parte de la Administración matriz¹².

En todo caso, dado que es uno de los elementos sobre los que se constituyen los CPP, resulta relevante conocer cuáles son las bases de Eurostat para que estas modalidades contractuales no computen a efectos del déficit público¹³. Recordemos, en este sentido, que en el SEC 95 las operaciones por las cuales se construyen infraestructuras reciben, desde el punto de vista contable, la consideración de «*formación bruta de capital fijo*» (párrafos 3.102 y 3.105 del SEC 95). En principio, si se recurre a las formas tradicionales de construcción de infraestructuras —esto es, al contrato de obra pública— computaría la cuantía de la financiación en la contabilidad de la Administración contratante y tendría el efecto consecuente sobre el incremento del déficit público de dicho ente público y, por ende, del Estado afectado. Por tanto, de lo que se trata es de examinar en qué condiciones no se va a producir la consolidación contable¹⁴.

¹² Véase, por ejemplo, el Convenio Marco de Colaboración entre la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, a través de la Consejería de Sanidad, y la Empresa Pública Regional «Gestora de Infraestructuras Sanitarias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, Sociedad Anónima», sobre bases para la construcción del nuevo hospital de Cartagena (*BORM* 22/03/2005), en el que se señala en la segunda manifestación que «en el marco del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, que en España se ha traducido en la promulgación de la Ley de Estabilidad Presupuestaria, el Gobierno Regional ha decidido recurrir a la colaboración/asociación con unidades del sector sociedades para financiar y explotar esta infraestructura, buscando la mejora en la eficiencia del gasto público que puede proporcionar este sector».

¹³ Conviene recordar que el marco general de la estabilidad presupuestaria proviene del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, que es el que impide la existencia de déficits públicos excesivos. Para un cómputo uniforme en el ámbito europeo se designó un organismo de verificación —Eurostat, la Oficina Estadística de la Comisión Europea— y se arbitró un régimen uniforme, que es lo que se conoce como SEC 95. Fue aprobado por el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, relativo al sistema de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad (en adelante, Reglamento SEC 95 o SEC 95).

¹⁴ La exposición de la relevancia que tiene la estabilidad presupuestaria para la construcción de infraestructuras públicas y el desarrollo pormenorizado de la influencia que

En principio, en los CPP puramente contractuales, el análisis de cuándo no se computa a efectos del déficit público parte del principio de que lo relevante no es la forma jurídica que se esté utilizando, sino la relevancia de los flujos económicos, sobre todo si tenemos en cuenta que los CPP presentan numerosas modalidades con diferentes prestaciones, lo que incluso ha motivado la adaptación de la doctrina general de Eurostat¹⁵. Flujos económicos que, además, dependerán de su naturaleza, si se consideran transferencias financieras o si, por el contrario, si son catalogables como no financieras. «Dado que, en el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, el déficit se ha definido como la *necesidad de financiación* del sector administraciones públicas, se produce una asimetría entre el tratamiento estadístico de los activos *no financieros* y el de los activos *financieros*. Las variaciones de los activos *no financieros* (cuando se deben a operaciones) se registran en la cuenta de capital. Por lo tanto, modifican la capacidad o necesidad de financiación, que es el saldo de la cuenta de capital. Por el contrario, las variaciones de los activos *financieros* —registradas en la cuenta financiera— no modifican dicho saldo (excepto en el caso de las variaciones unidireccionales, como la asunción de deudas o la cancelación de deudas, si la variación de los pasivos se compensa mediante una transferencia de capital)»¹⁶.

El factor determinante para la desconsolidación, que ya se vio que jugaba un papel central en los CPP, es el de la transferencia sufi-

tiene para la elección del sistema de construcción y explotación de las mismas se puede ver en mi monografía *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

¹⁵ *News Release* 18/2004. De hecho, la adopción de la decisión es la consecuencia del desarrollo imaginativo de las fórmulas de asociación público-privada: «las colaboraciones público-privado vienen desarrollándose desde hace bastantes años en el seno de la Unión Europea. Estas fórmulas de promoción de infraestructuras pueden adoptar diversas formas, incluyendo las tradicionales concesiones administrativas que normalmente no consolidan en el balance de la Administración. Recientemente, se han venido realizando nuevas e innovadoras fórmulas de colaboración en algunos países miembros, y se estima que esta tendencia continúe e incluso se acreciente como consecuencia de la necesidad de incrementar la eficiencia del gasto público y la calidad global de los servicios públicos. La Iniciativa de Crecimiento de la Unión Europea, aprobada por el Consejo Europeo de 2003, establece como uno de los objetivos prioritarios el recurso a estas innovadoras fórmulas de colaboración público-privada en la promoción de infraestructuras. Si bien la Oficina Estadística de la Comisión, Eurostat, no examina los motivos, la racionalidad y eficiencia de estas relaciones, tiene que proporcionar guías claras para su tratamiento en contabilidad nacional, para observar su impacto en los gastos generales del sector público. Más aún, una parte importante de la misión de Eurostat es asegurar la homogeneidad de las estadísticas gubernamentales en todos los Estados miembros —incluidos los 10 miembros que están en proceso de incorporación— de tal manera que el déficit y las estadísticas de deuda sean íntegramente comparables de acuerdo con el sistema SEC 95».

¹⁶ Eurostat, *Manual del SEC 95 sobre el déficit público y la deuda pública*, 2002, pág. 30.

ciente de riesgo al contratista¹⁷. De hecho, así lo ha afirmado Eurostat después de examinar la realidad que se está abriendo: «el análisis de los riesgos asumidos por las partes contractuales constituye el elemento fundamental a la hora de clasificar el activo afecto al contrato para asegurar la correcta contabilidad del impacto sobre el déficit público de este tipo de asociaciones»¹⁸. Más aún, podría señalarse que hay una especie de presunción de que nos encontramos ante un bien público que, por consiguiente, consolida, tal como viene señalando Eurostat: «en las cuentas nacionales, los activos afectos a un contrato a largo plazo entre una unidad administrativa y una unidad de mercado solamente pueden considerarse activos no públicos si existe una fuerte evidencia de que es el socio privado el que soporta la mayor parte de los riesgos inherentes a la ejecución del contrato»¹⁹.

Para efectuar el análisis de los tipos de riesgos que han de ser transferidos al contratista de la Administración, Eurostat los ha dividido en dos grupos: uno que afecta al proceso de construcción de la infraestructura —los denominados riesgos de construcción— y, en segundo lugar, los que afectan al desarrollo de la actividad y que, dependiendo del tipo de bien y de contrato, pueden ser riesgos de demanda y riesgos de disponibilidad. Para que un CPP no compute a efectos de déficit público han de ser transferidos al particular la mayor parte de los riesgos de construcción y los de demanda o disponibilidad. De forma sintética, ya que esta cuestión excedería de la extensión de este artículo, se puede señalar lo siguiente sobre las distintas modalidades de riesgo.

En cuanto al riesgo de construcción, ha sido definido por Eurostat como aquel que «cubre aspectos que afectan al estado inicial del acto. En la práctica cubre acontecimientos tales como retrasos en la entrega, incumplimiento de criterios especificados, costes significativos, deficiencias técnicas y factores externos negativos —incluidos los riesgos ambientales—, que conllevan pagos indemnizatorios a terceros»²⁰. Lo cual se aplica tanto a los supuestos en los cuales los sobrecostes recaen directamente en la Administración como a aque-

¹⁷ Posiblemente por ello, la futura Ley de Contratos del Sector Público incluye como uno de los elementos necesarios del contenido del contrato el relativo al reparto de riesgos. Concretamente, en el artículo 121.b) se dispone que en el mismo se habrán de fijar las «condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones».

¹⁸ Eurostat, *Long Term Contracts Between Government Units and Non-Government Partners*, pág. 9.

¹⁹ Eurostat, *Long Term...*, *op. cit.*, pág. 8.

²⁰ Eurostat, *Long Term...*, *op. cit.*, pág. 9.

llos supuestos en los que hay pagos por parte del ente público que acaban suponiendo que es éste el que abona las consecuencias de un mal diseño o de planificación de la infraestructura. Eurostat afirma, en este sentido, de forma clara que «un punto importante es que la Administración no deberá estar obligada a efectuar ningún pago que se derive de un incumplimiento en la gestión de la construcción por parte del socio privado, bien como proveedor directo o únicamente como coordinador/supervisor»²¹.

En segundo lugar, el denominado riesgo de disponibilidad está compuesto por aquellas posibilidades de daño que «hacen referencia a aquellos casos en los que, durante la explotación del activo, se reclama la responsabilidad del socio porque a causa de una gestión deficiente, el volumen de servicios es inferior al contractualmente convenido o su nivel de calidad no satisface la convenida en el contrato»²². Esta modalidad de riesgo supone que hay que efectuar un análisis del tipo de prestaciones que percibe el contratista, diferenciadas por los servicios que presta, y, en segundo lugar, que los pagos sean la consecuencia de haber alcanzado el nivel contractualmente determinado de calidad del servicio por parte del contratista.

Estas previsiones contractuales deben estar definidas, asimismo, de tal manera que las oscilaciones en el nivel de calidad sean determinantes de modificaciones sustanciales en las cantidades percibidas, de tal manera que no se asegure por la Administración la obtención de beneficios. Desde esta perspectiva, tienen que surtir «un efecto importante sobre sus ingresos/beneficios. Deben afectar en medida significativa al margen de explotación de la unidad e incluso podrían superarlo en ciertos casos, de tal manera que el socio sufriría una fuerte penalización financiera por su insuficiente o inadecuado rendimiento. Podrán adoptar asimismo la forma de renegociación automática del contrato e, incluso, en un caso extremo, de expulsión del socio original del contrato»²³.

La tercera modalidad de riesgo es la relativa a los riesgos de demanda, definidos por Eurostat como los que cubren «aquellas variaciones en la demanda (superior o inferior a la prevista en el momento de firmarse el contrato) que no dependen de la actuación del socio privado. En otras palabras, un desplazamiento de la demanda no puede estar vinculado a una calidad insuficiente de los servicios prestados por el socio, sino que resulta de otros factores como pueden ser el ciclo económico, nuevas tendencias del mercado, cambio

²¹ Eurostat, *Long Term...*, op. cit., pág. 15.

²² Eurostat, *Long Term...*, op. cit., pág. 9.

²³ Eurostat, *Long Term...*, op. cit., pág. 15.

en las preferencias de los usuarios finales u obsolescencia tecnológica. Forma parte del *riesgo económico* que habitualmente soportan las entidades privadas en una economía de mercado»²⁴. Con esta modalidad de riesgo, lo que se pretende es que sea el contratista de la Administración el que tome las decisiones y asuma las consecuencias en los supuestos en los cuales la respuesta de los usuarios no es la prevista para la consecución de rentabilidad económica. Esta modalidad de riesgo resulta especialmente importante en los supuestos de algunos contratos en los que es la Administración la que paga en lugar del usuario, contratos que suelen plantear el problema de las bandas de utilización que, hipotéticamente, podrían suponer seguros para el contratista privado.

IV. LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA COMO MODELOS PARA ARMAR

Como se ha podido apreciar en los primeros epígrafes de este artículo, el contrato de colaboración público-privada tiene elementos que están bastante indeterminados. Indeterminación que es el fruto de un dato esencial: la complejidad de las prestaciones que han de proporcionar los contratistas para la consecución de una finalidad que resulta dificultosa. En este sentido, 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 prestación 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.

De hecho, en la actualidad, algunas modalidades de contrato de colaboración público-privada, como la del arrendamiento operativo, a la que luego me referiré, se están concertando a través de la habilitación genérica que recoge la legislación de contratos de las Administraciones públicas y se les están aplicando las previsiones genéricas de la legislación patrimonial, en la medida en que van a suponer básicamente el arrendamiento de un bien público. Lo que también se ha constatado, en este sentido, es que la ausencia de un marco ge-

²⁴ Eurostat, *Long Term...*, op. cit., pág. 9.

neral en el que se reconozca de forma expresa ha podido suponer algún tipo de limitación para los entes públicos.

En todo caso, merece la pena retener el hecho de que los CPP son contratos especialmente flexibles y, por ello, si se quiere promocionar la realización de este tipo de contratos, han de tener la misma configuración. En este sentido, bien se podría decir, parafraseando el título de una novela de Julio Cortázar, que los CPP son «modelos para armar», en los que Administración y contratista recogen elementos aislados del ordenamiento jurídico para configurar cada figura concreta, elementos que afectarán al derecho de bienes, a los contratos de servicios y contendrán aspectos del contrato de obras en los casos en los que haya que proceder a la construcción de la infraestructura; lo que, evidentemente, dificultará el régimen aplicable a cada CPP. De hecho, puede resultar indicativo el que las autoridades comunitarias, de momento, hayan hecho dejación de la regulación de estas figuras dejándolas a lo que disponga cada ordenamiento jurídico, más allá de algunos elementos mínimos que afectan al mercado interior.

Sí conviene señalar que la falta de reconocimiento legal desde el punto de vista de la contratación administrativa no ha sido indicativa de que no se hayan dado pasos desde el aspecto de la gestión de bienes públicos, que obviamente resultan insuficientes para contemplar todo el régimen de los CPP. En todo caso, conviene recordar la evolución habida desde 1996, que ha permitido sucesivamente los arrendamientos financieros con opción de compra y los demás contratos mixtos de arrendamiento y adquisición, como los de enajenación y arrendamiento —hoy recogidos todos ellos en el artículo 121 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas— y los supuestos en los que se ha ido en la línea de la disociación entre el dominio útil, que se encomienda a la Administración como vía para garantizar la finalidad pública que motivó la construcción del mismo, a cambio del abono de un canon, y el dominio directo, que recae en el contratista. De igual manera, resulta necesario resaltar cómo el ordenamiento ha adaptado algunos aspectos en relación con la forma en que se comparten los riesgos y los beneficios económicos, materias en las cuales se han producido ciertos cambios marcados por los artículos 47 y 48 de la nueva Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria²⁵.

Partiendo de estas premisas, y con la pretensión de proporcionar el marco contractual al CPP, es como hay que analizar las previsio-

²⁵ Sobre estas cuestiones, véase S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, vol. I, 2.ª ed., Ed. Iustel, Madrid, 2006, págs. 1328 y ss.

nes contenidas en el borrador de la Ley de Contratos del Sector Público²⁶, en donde se proporcionará una regulación de estas modalidades contractuales, posiblemente por el desarrollo que estaban presentando en los últimos tiempos, y que en el propio Plan Estratégico de las Infraestructuras del Transporte Terrestre se configuran los CPP como uno de los instrumentos para la consecución de los objetivos, algo que ya se está demostrando en algunas actuaciones que se están impulsando desde el Ministerio de Fomento.

IV.1. *El objeto del contrato*

El contrato de colaboración público-privada tiene, como ya se ha señalado, un objeto que suele ser plúrimo, en el sentido de que hay numerosas prestaciones de diverso tipo que se incluyen en él, que pasan desde la prestación de servicios a la construcción de bienes, pasando por la financiación o incluso la reparación y mantenimiento de los bienes construidos. Posiblemente por ello, la futura regulación, tras una ordenación algo minuciosa en la que se insiste sobre todo en el aspecto de la financiación —lo cual no deja de resultar llamativo, teniendo en cuenta que pocos operadores económicos tendrán mejores condiciones que la propia Administración—, deja totalmente abierto el objeto del contrato, con el objetivo de permitir cualquier tipo de prestación por parte del contratista.

De acuerdo con lo que se dispondrá en el futuro artículo 11, «son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la

²⁶ Recordemos que, según el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005, por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso a la productividad (BOE 2 de abril de 2005), en la futura Ley de Contratos del Sector Público se regulará esta figura, ya que se contiene un «mandato al Ministerio de Economía y Hacienda para que en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transpondrán las nuevas directivas en materia de contratación, se incluya una regulación de los contratos de colaboración público-privada», mandato que se establece en estos términos genéricos de la figura del contrato de colaboración público-privada:

«El Ministerio de Economía y Hacienda incorporará en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público por el que se transpondrá la Directiva 2004/18/CE, además de las normas necesarias para la completa y correcta transposición de la directiva al derecho interno, una regulación de los contratos de colaboración entre el sector público y el privado, para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, así como los mecanismos legales adecuados que permitan identificar la proposición más ventajosa presentada por los licitadores a fin de garantizar la obtención del mayor valor posible como contrapartida a los recursos financieros aplicados al contrato».

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, comprenda alguna de las siguientes prestaciones: a) La construcción o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento y actualización, su explotación o su gestión; b) Fabricación de bienes y 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; c) Otras prestaciones de servicios ligadas al ejercicio por la Administración del servicio público que le ha sido encomendado».

Nótese, en este sentido, que mientras que el párrafo anterior incide en la fase de financiación y de mantenimiento y explotación posterior, durante el periodo de amortización se da un paso más y se permite que en los CPP sea el contratista el que realice la planificación de la actuación pública y la dirección de las obras: «El contratista colaborador de la Administración puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución». El que se recoja esta posibilidad está directamente relacionado con la desconsolidación del coste de construcción de la infraestructura a los efectos de déficit público, dado que el diseño y dirección de las obras es uno de los requisitos que suele exigir Eurostat para que no compute en las cuentas públicas.

IV.2. *El reto del valor añadido que se consigue a través de los CPP*

Como se indicó con anterioridad, uno de los elementos por los que los CPP tienen la buena prensa actual deriva de que son instrumentos a través de los cuales se puede proporcionar un valor añadido que la Administración por sí misma no está en condiciones de obtener. La afirmación tiene, esto es claro, un punto propagandístico a favor de los CPP. De lo que se trata es de buscar los elementos que permitan comprobar durante el proceso de decisión de un CPP que en cada caso concreto es real, ya que hemos de recordar que estas modalidades contractuales tienen un coste superior que si se recurriera a otros procedimientos. En definitiva, es el *value for money* anglosajón con el que, como ha señalado MUÑOZ MACHADO, «se aspira con él a ganar efectividad, eficiencia y economía en la gestión del

gasto. Además activar la competencia en materia de realización de obras de infraestructura, lugar económico donde, como ya hemos explicado, no existía mercado»²⁷.

Para ello, se configuran dos instrumentos que se dirigen directamente a la consecución de un determinado nivel de calidad en la prestación por los particulares. Por un lado, como un elemento preparatorio de la decisión sobre recurrir a este procedimiento, se encuentra la obligación de realizar lo que, en otros lugares en los que está más extendido, se denomina *Public Sector Comparator*²⁸, esto es, un examen comparativo entre las posibilidades del sector público para el desarrollo del proyecto y la capacidad de la iniciativa privada. El PSC consiste en una evaluación hipotética de los costes que se pudieran deducir durante la vida del CPP, teniendo en cuenta que dicho proyecto fuera desarrollado por la Administración y ajustado por la valoración de los riesgos. Para ello, resulta necesario tomar en consideración los siguientes factores: i) la fórmula más eficiente de construir la obra proyectada por el sector público; ii) todos los costes y riesgos, y iii) el PSC se expresa en términos del coste actual neto que supone a la Administración la prestación del servicio, comparándose con las ofertas realizadas por los operadores privados. De acuerdo con lo que se dispone en el artículo 119.3 LCS, «la evaluación será realizada por un órgano colegiado donde se integren expertos con cualificación suficiente en la materia sobre la que verse el contrato».

Factores que en el desarrollo de los PSC se suelen desglosar a través de los siguientes elementos: i) el coste de la prestación de los servicios bajo el sistema público, donde el activo es propiedad de la Administración o el servicio es de su responsabilidad; ii) la cuantía de las ventajas o desventajas de un servicio o infraestructura por el hecho de ser público, y iii) la valoración de los riesgos, distinguiéndose dos partes diferenciadas: los que son susceptibles de ser transferidos al sector privado y aquellos otros que son mantenidos bajo gestión pública. En los casos en los que la valoración de la actividad privada se acerque al PSC habría, además, que tomar en consideración otros factores, como los siguientes: i) la estimación de costes que no son cuantificables en un proyecto, incluyendo ciertos riesgos; ii) la reputación del contratista privado; iii) diferencias respecto al servicio inicial que no hayan sido cuantificadas; iv) los beneficios o costes —externalidades— que la provisión de la infraestructura, a

²⁷ S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado...*, *op. cit.*, pág. 1329.

²⁸ En general sobre los *Public Sector Comparator* puede examinarse el estudio de J. B. ACERETE GIL, *Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas*, Madrid, 2004, págs. 29-30.

través de una CPP, puede originar, y v) la exactitud de la información utilizada en el cálculo del PSC.

La exigencia del PSC se recoge en la futura regulación del siguiente modo: «con carácter previo a la iniciación de un expediente de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, la Administración contratante deberá elaborar un documento de evaluación en que se ponga de manifiesto que, habida cuenta de la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para obtener las prestaciones que se pretenden alcanzar o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato, y se efectúe un análisis comparativo con 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, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación». Obviamente, con ello lo que se pretende es lograr un determinado nivel de objetivación en la concertación de los CPP, como mecanismo de consecución de un nivel mayor de eficacia en la gestión pública y en el gasto público; aspectos ambos que debieran quedar plasmados en una motivación suficiente de que se trata de un procedimiento adecuado. Evidentemente, dado que los CPP son modelos que hay que adaptar a las características de cada proyecto público, el análisis debe ser en función del procedimiento que se haya escogido por parte del gestor público, dado que no todas las fórmulas CPP son coincidentes, ni permiten una adecuada transferencia de riesgos, ni el coste para la Administración es equivalente.

Y, asimismo, este documento cumplirá una segunda función, que es la de servir como elemento para aprobar el denominado «programa funcional» en el que constarán los datos básicos para el desarrollo del diálogo competitivo con los contratistas, tal como veremos con posterioridad.

El segundo elemento a través del cual se pretende la consecución de un nivel complementario de calidad a través del CPP es la regulación de los niveles de calidad en las prestaciones que ha de satisfacer el contratista. Éste es un aspecto que está recogido de forma expresa en el contenido del contrato: «Objetivos de rendimiento asignados al contratista, particularmente en lo que concierne a la calidad de las prestaciones de los servicios, la calidad de las obras y suministros y las condiciones en que son puestas a disposición de la administración».

Es un factor básico para la determinación de las prestaciones que va a percibir por parte de la Administración, tal y como reco-

ge la futura regulación y es consustancial en todos los CPP, en los cuales la cuantía exacta de la retribución dependerá del valor ofrecido: «Remuneración del contratista, que deberá desglosar las bases y criterios para el cálculo de los costes de inversión, de funcionamiento y de financiación y en su caso, de los ingresos que el contratista pueda obtener de la explotación de las obras o equipos en caso de que sea autorizada y compatible con la cobertura de las necesidades de la administración» —art. 121.d)—. Y, como se recoge en el inciso siguiente, el contrato habrá de contemplar, en la misma línea, las «causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo del periodo de ejecución del contrato».

Más allá de que es un factor determinante en el propio esquema de los CPP, hay un elemento que lo hace especialmente relevante para que se configure de forma especialmente cuidadosa en el contrato: es un elemento básico de análisis por parte de Eurostat para la desconsolidación contable, lo que recordemos que es una de las razones que justifica recurrir a este tipo de procedimientos para la provisión de infraestructuras. El efecto sobre la estabilidad presupuestaria lo que motiva es que los baremos de calidad han de ser lo suficientemente precisos para que variaciones sustanciales en la calidad determinen modificaciones relevantes en las prestaciones. A ello se ha de añadir, además, el hecho de que en los supuestos en los que no se alcance un nivel mínimo, previamente pactado, pueda operar como cláusula de resolución del contrato. En definitiva, de lo que se ha de tratar es de que sea el contratista privado de la Administración el que asuma el riesgo de disponibilidad, de acuerdo con lo que hemos visto previamente.

IV.3. *Un procedimiento obligatorio de adjudicación: el diálogo competitivo*

Uno de los aspectos que resulta más llamativo de la nueva regulación sobre el contrato de colaboración público-privada consiste en que precisamente es uno de los supuestos en los que el procedimiento del diálogo competitivo, introducido en la última Directiva comunitaria, resulta obligatorio. El artículo 123.3 es, en este sentido, claro cuando afirma que «los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado a que se refiere el artículo 11 se adjudicarán siempre por este procedimiento». Señalo que resulta llamativo porque la práctica española en relación con los arrendamientos operativos los estaba adjudicando a través del concurso y no estaba habien-

do ningún problema especial²⁹. Y, además, no podemos olvidar que en supuestos en los que hay prestaciones tan complejas como en los CPP el recurso al diálogo competitivo precisamente puede provocar problemas en relación con la transparencia administrativa, tal como tendremos ocasión de examinar con posterioridad.

En los CPP el diálogo competitivo está muy marcado por el resultado del PSC que se ha visto con anterioridad, en la medida en que va a constituir el marco en el que se va a desarrollar la negociación con los particulares. En efecto, el instrumento en el que se van a fijar estas bases, que constituirán algo parecido, en cuanto a sus efectos jurídicos, al pliego de cláusulas administrativas particulares, es el denominado programa funcional, que servirá para acotar las prestaciones que precisa la Administración y las bases de la adjudicación, tal como dispone el artículo 120: «el órgano de contratación, a la vista de los resultados de la evaluación a que se refiere el artículo anterior, elaborará un programa funcional que contendrá los elementos básicos que informarán el diálogo con los contratistas y que se incluirá en el documento descriptivo del contrato. Particularmente, se identificará en el programa funcional la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que deben incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas al diálogo competitivo, y los criterios de adjudicación del contrato».

El CPP se arma en cuanto a sus elementos técnicos, económicos y jurídicos, de este modo, en este programa funcional que ha de ser aprobado unilateralmente por la Administración concedente. Obviamente, queda un margen suficiente para la negociación con los operadores, pero los cimientos del CPP han de quedar delimitados en el momento en que se apruebe este instrumento por parte del órgano de contratación. En este sentido, la futura regulación dispone en el artículo 125, de forma bastante generosa, sobre las posibilidades de modificación del contenido del contrato: «el órgano de contratación desarrollará, con los candidatos seleccionados, un diálogo cuyo fin será determinar y definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades. En el transcurso de este diálogo, podrán debatirse to-

²⁹ En la página web de GISA, Gestió d'Infraestructures, S.A. —<http://www.gisa.es>—, se pueden consultar los documentos de los concursos que se están adjudicando sin recurrir al diálogo competitivo, que demuestran claramente lo que se señala en el texto de que no tiene que ser necesario recurrir al diálogo competitivo, salvo en casos muy extremos en los que resulte especialmente compleja la determinación de las prestaciones que necesita la Administración o en donde se busquen soluciones especialmente imaginativas, previsiblemente por razones de cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria, aunque habitualmente es un trabajo previo que realiza la propia Administración y que, con posterioridad, se incorpora a los pliegos.

dos los aspectos del contrato con los candidatos seleccionados». Obviamente, el último inciso tiene que quedar rebajado, de tal manera que aquellos «elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que han de incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas» no podrán ser objeto de modificación, ya que tienen un contenido obligatorio, tal y como se ha señalado previamente en el programa funcional. Por ello, el marco de la negociación parece que tiene un objeto determinado, que es el de la determinación de los mecanismos para proveer la infraestructura, dentro del marco que haya dejado vacante el órgano de contratación.

Una vez planteadas las ofertas por los operadores y guardando siempre la necesaria confidencialidad por parte de la Administración, de tal manera que no exista intercambio de información con los demás operadores en aras de proteger los derechos intelectuales de éstos, se procederá o bien a realizar rondas eliminatorias o bien, una vez determinadas las prestaciones del contrato, a su valoración. Para ello, «el órgano de contratación evaluará las ofertas presentadas por los licitadores en función de los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo y seleccionará la oferta económicamente más ventajosa. Para esta valoración habrán de tomarse en consideración, necesariamente, varios criterios, sin que sea posible adjudicar el contrato únicamente en base al precio ofertado». Planteada la cuestión de otro modo, de lo que se trata a la postre es de una especie de concurso una vez analizada cuál es la solución que resulta más adecuada para resolver el problema que tiene planteado la Administración, teniendo en cuenta todos los factores de ponderación que haya tomado en consideración el ente público.

IV.4. *Contenido del contrato y régimen aplicable*

Se ha venido insistiendo desde el comienzo de este artículo en el carácter peculiar del contrato de colaboración público-privada y, en particular, que es un instrumento cuya regulación no puede ser tan minuciosa como la de los restantes para la provisión de infraestructuras, sobre todo si se quiere que cumpla la función para la que ha sido configurado. Esto hace que la ley imponga un contenido obligatorio que está adaptado a las peculiaridades de este tipo de contrato.

En particular, resulta relevante el llamamiento expreso al reparto de riesgos entre contratista y Administración. Se trata de un elemento básico para atestiguar que se ha producido la transferencia suficiente de riesgos al particular, lo que es obligatorio si se quiere que el

coste del contrato no se va a consolidar en las cuentas públicas. La ley, en este punto, quiere ser respetuosa con el contenido de la doctrina de Eurostat sobre la transferencia de riesgos y, por ello, exige que se determine «desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones».

El impacto de la calidad ofrecida por el contratista, al que antes se ha hecho referencia, es otro de los aspectos básicos del contenido del contrato. Su impacto se manifiesta en un doble sentido: por un lado, determinando con nitidez cuáles son las prestaciones que ha de satisfacer el contratista, las cuales deberán incorporar los mecanismos de verificación por parte del contratista, así como la previsión de uno de los elementos que resultan más perjudiciales para su obtención: la subcontratación. Pero, además, como ya se ha visto, la concreción de estos niveles de calidad servirá como mecanismo para precisar las retribuciones del contratista, tanto en lo que respecta a las sanciones como a los baremos que se tendrán que establecer para medir esa calidad. De lo que se tratará es de que variaciones en la calidad del servicio prestado tengan un efecto determinante en las cuantías que se van a percibir.

Las remuneraciones se habrán de dibujar con bastante precisión, no sólo por el factor de la calidad a que se acaba de hacer referencia. Eurostat tiene cierta preocupación sobre qué es lo que está cubriendo los pagos que realiza la Administración, sobre todo a los efectos de garantizar que los riesgos del contrato han recaído en el contratista. Precisamente por ello, se obliga a una distribución pormenorizada de las partidas de pago al contratista: «deberá desglosar las bases y criterios para el cálculo de los costes de inversión, de funcionamiento y de financiación y en su caso, de los ingresos que el contratista pueda obtener de la explotación de las obras o equipos en caso de que sea autorizada y compatible con la cobertura de las necesidades de la administración». Junto con ellos, uno de los factores que más se está controlando es el relativo al destino del inmueble, de tal manera que el coste de la infraestructura se consolidaría en las cuentas públicas siempre que la Administración se haga con el activo a la finalización del contrato y el precio determinado de antemano sea superior al valor del bien o, pese a ser inferior, los pagos realizados regularmente hayan alcanzado un valor similar al de éste.

La resolución del contrato también tiene un régimen especial. En efecto, el contrato deberá contemplar los casos en los que se podrá proceder a su resolución, y en particular cuando la modificación de las condiciones del servicio puede tener dicho efecto resolutorio:

«Condiciones en que puede procederse por acuerdo o, a falta del mismo, por una decisión unilateral de la Administración, a la modificación de determinados aspectos del contrato o a su resolución, particularmente en supuestos de variación de las necesidades de la Administración, de innovaciones tecnológicas o de modificación de las condiciones de financiación obtenidas por el contratista».

Junto con estos elementos, han de venir recogidos en el contrato los relativos a la inspección y control, contemplando los mecanismos e instrumentos que podrá utilizar la Administración —inspecciones, auditorías, solicitudes de información, encuestas de usuarios...— y que cumplen la función de determinar la calidad y en consecuencia la retribución, así como, hipotéticamente, abrir los procedimientos sancionadores. Todo lo cual se efectuará de forma general y con medidas especiales ante los hechos de especial relevancia y deberá afectar al cumplimiento de los aspectos técnicos, económico-financieros y de la regulación. Todo ello podrá ser iniciado de oficio, a instancias del contratista o por iniciativa de terceros, especialmente los usuarios de los servicios.

En cuanto al plazo del CPP, conviene recordar que frente a la tendencia que tienen los CPP a que tengan un plazo considerable de tiempo que permita garantizar la recuperación de las inversiones por el contratista, la futura norma ha reducido algo el plazo máximo, que quedaría de este modo restringido a veinte años.

Por último, queda un factor que resulta especialmente relevante por la pluralidad de prestaciones que existen habitualmente en los CPP, el relativo al régimen aplicable a estos contratos. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 289, «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 121.a), en lo que no se opongan a su naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar conforme al artículo 11».

V. EL ARRENDAMIENTO OPERATIVO COMO MODELO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

V.1. *Consideraciones generales sobre el arrendamiento operativo*

En la práctica de las Administraciones públicas españolas, los CPP se han desarrollado primordialmente hasta ahora a través del denomi-

nado arrendamiento operativo³⁰, que es una fórmula que se ha aplicado sobre todo en aquellos casos en los cuales, por la naturaleza de la operación, no se ha podido recurrir a la concesión de obra pública por la imposibilidad de que hubiera una explotación económica de la obra, lo que es un requisito central de dicho contrato, tal como recordó la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa en dos supuestos que afectaban a la construcción de la sede administrativa de dos instituciones públicas³¹. A partir de este supuesto inicial, el arrendamiento operativo se ha ido extendiendo para infraestructuras que prestan un servicio a la ciudadanía, tales como pueden ser hospitales, escuelas, comisarías de policía o, por coger un supuesto diferente, establecimientos penitenciarios. Fórmulas que se han ido desarrollando, incluso, para llegar a ser contratos que se firman con entidades instrumentales de la Administración matriz, que posiblemente sea el supuesto más discutible, aunque su estudio detallado debe ser analizado en otra ocasión³². En todo caso, ver las líneas generales de esta modalidad sirve como botón de muestra para ver cómo se terminan configurando los contratos CPP, dado que, partiendo de la práctica³³, éste es el modelo que parece más armado en la actualidad.

El arrendamiento operativo es un contrato mixto en el sentido de que tiene dos elementos necesarios: por un lado, el encargo de cons-

³⁰ Sobre el arrendamiento operativo en el ordenamiento español puede verse P. HERRANZ EMBID, «Régimen general de las obras públicas», dentro de la obra colectiva, que dirijo, *Derecho de los bienes públicos*, Valencia, 2005, págs. 770 y ss.; así como el capítulo cuarto de mi trabajo *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, al que remito en el desarrollo completo de todas estas cuestiones.

³¹ La cuestión resuelta en el Informe 61/03 de la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa era la relativa a la posibilidad de utilizar la concesión para la construcción y explotación de un edificio que sirviera de sede a la Universidad de Burgos. En este caso afirmó, para justificar una solución negativa, que «en definitiva debe concluirse que para que el contrato pueda ser calificado como concesión de obra pública, incluida en la actual y amplia redacción del artículo 220.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas introducido por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, figura como requisito indispensable que el edificio sea susceptible de explotación, circunstancia que no parece concurrir en el destino de albergar los Servicios Centrales de la Universidad de Burgos. Resulta obvio que el descartar la figura de la concesión de obra pública obligaría a acudir a otras figuras contractuales distintas como puede ser la del contrato de obras para la construcción del edificio».

³² Véase, de nuevo, el Convenio Marco de Colaboración entre la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, a través de la Consejería de Sanidad, y la Empresa Pública Regional «Gestora de Infraestructuras Sanitarias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, Sociedad Anónima», sobre bases para la construcción del nuevo hospital de Cartagena (*BORM 22/03/2005*), en el que se señala en la segunda manifestación que «en el marco del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, que en España se ha traducido en la promulgación de la Ley de Estabilidad Presupuestaria, el Gobierno Regional ha decidido recurrir a la colaboración/asociación con unidades del sector sociedades para financiar y explotar esta infraestructura, buscando la mejora en la eficiencia del gasto público que puede proporcionar este sector».

³³ De nuevo remito a la página web de GISA, en donde se pueden encontrar los documentos de los procedimientos de arrendamientos operativos que han sido adjudicados hasta ahora.

trucción o reparación de una infraestructura y, por el otro, su arrendamiento a la Administración encomendada. A ello se añade un tercer pilar frecuente pero no imprescindible: el otorgamiento de un derecho de superficie en el terreno en el que se va a erigir el edificio, algo que en ocasiones, bastante poco usuales, suele ser sustituido por el medieval censo enfiteúutico. Por ello, se trata de una modalidad de contratación en la que se mezclan aspectos de derecho de bienes públicos, otros que afectan a la prestación de servicios y, por último, la regulación relativa al arrendamiento de bienes. Contrato que, por tanto, tiene un régimen jurídico acotado en cada una de sus partes, lo que permite que su régimen, a pesar de no estar expresamente contemplado en la norma, sea reconocible.

El arrendamiento operativo es una figura que está realizada por razones estrictamente presupuestarias, como un mecanismo para eludir el aumento de déficit público. En efecto, ha de tenerse en cuenta que no está considerado como un gasto de inversión, sino como un pago por la prestación de un servicio, con la consideración de gasto en consumo final de la Administración pública. Esto hace que desde el momento en que, en el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, el déficit se ha definido como la *necesidad de financiación* del sector Administraciones públicas, carezca de todo efecto sobre el déficit público. El problema es cómo se armoniza este efecto, que supone una transferencia de riesgos al contratista con la retención de las potestades básicas de dirección del proyecto, que suele querer retener la Administración. Por ello, conviene que veamos con algo más de detalle, dentro de los límites de espacio que impone este artículo, los elementos básicos del arrendamiento operativo.

V.2. Elementos del arrendamiento operativo

Como se ha señalado con anterioridad, el primer elemento del arrendamiento operativo está constituido por el hecho de que la Administración encomienda la construcción de la infraestructura a un tercero con la finalidad de que se lo alquile con posterioridad al ente público o, en su defecto, que el arrendamiento sea con posterioridad a que se haya procedido a la renovación de un edificio ya construido³⁴. Precisamente aquí radica uno de los elementos de fricción que se pueden encontrar para que se cumpla el objetivo de la

³⁴ Éste fue el supuesto resuelto por Eurostat en su decisión de 31 de enero de 2002, relativa a la sociedad Bundesimmobiliengesellschaft, que además tenía el elemento añadido de que había una cesión de los inmuebles a una sociedad dependiente del Gobierno federal austriaco para su renovación y posterior arrendamiento al propio Gobierno.

desconsolidación contable: el edificio se ha de construir para satisfacer las necesidades de la Administración, lo que hace que deba examinar las soluciones que se van a proporcionar por el contratista. Al mismo tiempo, el diseño y la dirección del proyecto han de recaer en el particular; lo cual no suele ser aceptado en todas las ocasiones por la Administración, que suele querer retener la dirección técnica de la obra.

En todo caso, las decisiones esenciales tienen que ser asumidas por el particular. Siguiendo la doctrina derivada de las decisiones de Eurostat, se manifiesta que un control total por parte de la Administración nos conduciría a la figura del arrendamiento financiero, que tiene el efecto inverso al del arrendamiento operativo, en la medida en que sí se consolida a efectos del déficit público. Dentro de la situación de equilibrio que se acaba de indicar, las Administraciones públicas retienen el poder de comprobación de la adecuación del proyecto que se va a ejecutar a las necesidades administrativas, lo que se efectúa tanto en la fase de licitación, indicando las características básicas del proyecto, como en la fase de planificación, constando la adecuación del plan a lo previsto inicialmente, lo que supone la aprobación por parte de la Administración del plan logístico de aprobación de la obra, del plan de conservación y mantenimiento del edificio. A ello se añade el que la Administración pública se reserva ciertas facultades de inspección y verificación de la misma durante su ejecución, lo cual finaliza con la necesidad de aprobación del resultado final del proyecto, a lo que se proporciona la forma de condición resolutoria del contrato.

En un sentido inverso, es el arrendador el que adoptará las decisiones para satisfacer el encargo administrativo y, por tanto, será el que efectúe el diseño y los planos del edificio, será el responsable del proceso edificatorio, el que asuma la dirección técnica de la obra —aunque hay que reconocer que con cierta colaboración administrativa—, de la entrega del edificio en el plazo marcado, el que proporcionará los servicios básicos para la utilización del inmueble, y será él como arrendador el que determine todos los aspectos relativos a cómo debe explotarse, mantenerse y actualizarse el inmueble para prestar los servicios requeridos con los niveles de calidad que ha pactado con la Administración. Y, sobre todo, y en esto Eurostat suele ser bastante inflexible, es el particular el que asumirá todos los riesgos en relación con la financiación, sobre la cual no cabrá ni siquiera el aval de la Administración que ha realizado el encargo.

El segundo elemento del arrendamiento operativo consiste en que la entidad constructora debe arrendarlo a la Administración pública en perfectas condiciones de uso para la finalidad que se preten-

de, incluido el equipamiento interior, en las condiciones previstas en el contrato. Desde este punto de vista, nos encontramos ante un contrato de arrendamiento de bienes pero que tiene añadidos elementos complementarios de contrato de servicios, en el que el arrendador se obliga a dos prestaciones: por un lado, a la cesión del uso del inmueble y, en segundo lugar, a mantener el edificio en perfectas condiciones de utilización, proveyendo incluso el equipamiento para el mismo y la prestación de servicios complementarios, como son los de limpieza, *catering*, lavandería o cafetería, de acuerdo con lo previsto en el contrato. Aquí, para lograr el efecto de la desconsolidación suelen existir dos tipos de remuneración del contratista: una fija y otra que depende del nivel de calidad con el que está prestando el servicio, lo que obliga, paralelamente, a una concreción de los niveles de calidad y a una fijación de cómo incide cada uno de ellos en las retribuciones del contratista. Y, obviamente, la prestación del servicio se efectúa a riesgo y ventura del contratista.

El tercer elemento imprescindible que se ha de manifestar en el arrendamiento operativo es que durante la vida del contrato el bien permanece en manos de la entidad arrendadora, aspecto que resulta de especial importancia para los dos sujetos que intervienen en el arrendamiento operativo: para las Administraciones públicas tiene la consecuencia de que se pueda producir la desconsolidación del coste de construcción y mantenimiento, y para el arrendador tiene la utilidad de que las condiciones económicas de construcción sean las mejores, fruto de unas mayores garantías, a lo que coadyuva, evidentemente, el hecho de estar arrendado a un ente público por un periodo prolongado.

Esta cuestión nos conduce a uno de los problemas más relevantes que se suelen plantear, sobre todo desde el punto de vista de la estabilidad presupuestaria: el destino del bien una vez finalizado el contrato. En el caso del arrendamiento operativo, están abiertas todas las opciones en el momento de finalización del contrato y, de hecho, la opción de compra no es de las más usuales y en ningún caso por un precio simbólico, como ocurre con el arrendamiento financiero. Por ello, cabrían tres opciones para arrendador y arrendatario: el abandono del bien por parte de la Administración y que el arrendador le proporcione un nuevo destino; en segundo lugar, que se efectúe la prórroga o la renegociación del contrato de arrendamiento operativo entre el arrendador y la Administración, y, por último, que la Administración proceda a la adquisición del bien por un precio de mercado, ya que con los pagos que ha efectuado no ha abonado nada del valor del inmueble, sino que ha sido la contraprestación por el derecho a utilizarlo.

El único supuesto en el que sí está determinado el destino del bien aparece cuando el contrato de arrendamiento operativo está vinculado al otorgamiento de un derecho de superficie por la Administración para que en la finca cedida se proceda a la edificación. En este caso, de acuerdo con el régimen del derecho de superficie, el bien pasa a propiedad de la Administración, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 289.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, que dispone que «cuando se extinga el derecho de superficie por haber transcurrido el plazo, el dueño del suelo hará suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiere constituido aquel derecho».

VI. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LOS CPP

La exposición precedente sobre los contratos de colaboración público-privada nos conduce inmediatamente al planteamiento de una serie de cuestiones que resultan problemáticas de estas figuras y que las cuestionan desde la perspectiva de la transparencia administrativa, de la realidad contable de los entes públicos y desde la perspectiva de la ductilidad que las Administraciones públicas exigen al ordenamiento jurídico.

El primer punto en el que hay que incidir es el hecho de que los contratos CPP son figuras complejas. En este sentido, conviene recordar que los CPP surgen precisamente para ofrecer soluciones imaginativas a las Administraciones públicas para solucionar problemas en la dotación de infraestructuras o prestación de servicios. De hecho, recogiendo lo señalado por la Comisión Europea, bien se puede decir que las necesidades de estas fórmulas de colaboración exigen una renovación del ordenamiento, ya que «son necesarias nuevas ideas, cláusulas innovadoras, así como la superación del concepto tradicional de “público” con el fin de fomentar esta tendencia a nivel comunitario»³⁵. Todo lo cual se complica, y bastante, si se pretende conseguir cumplir con los criterios de estabilidad presupuestaria que va configurando Eurostat en aplicación del SEC 95 y, en consecuencia, que no computen a los efectos de la deuda pública los posibles pagos que efectúen las Administraciones públicas a los contratistas privados. En este sentido, muchas de las cláusulas, con un grado bastante de complejidad, son la consecuencia necesaria del intento de cumplir con las exigencias de la estabilidad presupuestaria.

³⁵ Comunicación de la Comisión sobre el «Desarrollo de la Red Transeuropea de Transporte: financiaciones innovadoras e interoperabilidad del telepeaje».

De entrada, los contratos han alcanzado un grado considerable de sofisticación, con prestaciones cruzadas, que afecta a la participación de diversos sujetos. Desde este punto de vista, en el momento en que hay pagos por parte de las Administraciones públicas, aunque exista un único flujo económico, se corresponde a partidas diferentes a fin de que pueda lograrse la no consolidación en las cuentas públicas. Por otra parte, nos encontramos con que el ordenamiento jurídico se utiliza de una forma más dúctil, de tal manera que 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.

Planteada la cuestión en términos meramente financieros, resulta imprescindible efectuar un análisis de los flujos económicos que puede generar la explotación de la infraestructura para garantizar la rentabilidad, dado que es el elemento primordial para obtener una rentabilidad económica, complementado con importantes ayudas públicas que cuestionan la mecánica general del proceso, ya que se acaba transformando en un recurso a lo privado con garantía pública de beneficio. El proceso de concreción de las obligaciones y los flujos económicos se complica por la presencia de una pluralidad de entidades públicas —matrices e instrumentales— y privadas, incluidas las financieras, con diversos niveles de responsabilidad —dado que los supuestos de subcontratación son bastante frecuentes, para que cada una de las partes pueda atender a la pluralidad de prestaciones que se contemplan en cada contrato—, cada una de las cuales quiere obtener la mayor rentabilidad con el menor riesgo por su inversión. Para lo cual, no hay que negarlo, el papel que juega el ente público es de extrema importancia, tanto con aportaciones directas a la inversión como con su respaldo y garantía, incluso en los casos de fracaso económico de la infraestructura efectuada. Todo lo cual resulta de complejo análisis.

Al mismo tiempo, la estabilidad presupuestaria ha hecho que, impulsados por Eurostat, se haya recurrido a mecanismos que distorsionan la imagen de la contabilidad de los entes públicos, en la medi-

da en que sólo se consolidan en las cuentas públicas a efectos del déficit público aquellas que provocan necesidades de financiación de los entes públicos, de acuerdo con lo dispuesto en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Desde luego, se puede señalar que las reglas del SEC 95 tienen un halo suficiente de indeterminación para que resulte factible y que el mecanismo es, en consecuencia, legal. No sólo eso, sino que, además, Eurostat, en la interpretación de las reglas a efectos del déficit público, ha fomentado el uso de estas figuras complejas, la utilización de instrumentos que se separen de la fisonomía tradicional de los contratos de obra y los dos documentos que, a tenor de lo expuesto por la doctrina, son suficientemente significativos de lo que se está señalado.

Bien se podría decir, incluso, que el organismo estadístico europeo premia una buena utilización de la ingeniería financiera, de los trucos contables, de los recovecos que se abren en el SEC 95, mediante la desconsolidación de dichas operaciones en las cuentas de dicho Estado, que permite mantener un alto nivel de inversión y una mejor prestación de los servicios públicos. Lo cual no deja de resultar paradójico ya que con ello se abre la puerta a la duda sobre la realidad contable de los entes públicos europeos. Y, obviamente, tanta indeterminación hace que los propios entes públicos se puedan encontrar con sorpresas desagradables por la consolidación en el déficit de una operación que se pensaba que no iba a computar, como ocurrió con la contabilización a efectos del déficit de la Comunidad de Madrid de la deuda generada por MINTRA para la construcción del Metrosur³⁶, que ha ocasionado, incluso, un litigio ante el Tribunal de Primera Instancia³⁷. Se trata de un supuesto de una entidad institucional pero cuyas conclusiones son, desde luego, trasladables a los supuestos de los CPP contractuales.

Hay un tercer factor que va a contribuir a incrementar la sensación de opacidad que provoca el recurso a estas fórmulas novedosas para la construcción de infraestructuras. En efecto, no podemos olvidar que en los procesos de configuración de los CPP suele estar muy involucrado el sector privado, fruto de que normalmente es preciso concretar en el propio procedimiento de adjudicación del contrato las necesidades públicas y los mecanismos para resolverlas; lo que

³⁶ Sobre este contencioso, véase J. MARTÍNEZ CALVO, «Hacia la construcción de un “Derecho administrativo financiable”». Crónica del caso MINTRA», en núm. 167 de esta REVISTA, mayo-agosto 2005, págs. 369 y ss.; así como las consideraciones que hago en el capítulo V de mi estudio *Financiación de infraestructuras públicas y...*, *op. cit.*

³⁷ De acuerdo con la información suministrada por el DOCE, el 11 de abril de 2005 se ha interpuesto recurso ante el Tribunal de Primera Instancia por la Comunidad Autónoma de Madrid y Madrid, Infraestructuras del Transporte (MINTRA) contra la Comisión de las Comunidades Europeas (Asunto T-148/05).

obliga a ser especialmente meticuloso para atemperar los riesgos que se plantean para el interés general fruto de la captura del sector público por las ofertas poco adecuadas de los contratistas privados. En un sentido parecido, en el momento de la adjudicación del contrato parece preciso recordar la dificultad que plantea la valoración de prestaciones que no son homogéneas, como consecuencia de la pluralidad de aspectos a los que afecta el contrato y las distintas soluciones que propugna cada contratista para satisfacer las necesidades públicas. En los borradores de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, como se ha visto con anterioridad, se está disponiendo que en aquellos casos en los que se recurra a los contratos de colaboración público-privada, éstos tendrán que ser adjudicados de acuerdo con el procedimiento del diálogo competitivo, que precisamente es la forma de más complejo escrutinio para analizar las bondades de una adjudicación de acuerdo con el servicio a los intereses generales.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

- 1. Temas de interés.** La *Revista de Administración Pública* publica trabajos de investigación originales sobre Derecho Administrativo, Administración Comparada e Historia de la Administración.
- 2. Envío de originales.** Los trabajos deberán ser originales e inéditos; en caso de ser publicados una vez enviados a esta Secretaría, los autores deberán notificarlo y proceder a la retirada de los mismos. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar, en todo caso, en papel (una copia) y, además, en soporte electrónico, bien sea en disquete o CD-ROM, a nombre de la Secretaría de la *Revista*, a la dirección: CEPC, Plaza de la Marina Española, 9, 28071 MADRID, o por correo electrónico a la dirección **public@cepc.es**. Sólo se tomarán en consideración por el Consejo de Redacción aquellos trabajos que se hayan enviado, directamente, a la dirección de la *Revista* antes indicada.
- 3. Formato.** Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12. La extensión total no debiera superar las 40 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfonos de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y con tres a cinco palabras clave (en los dos idiomas).
- 4. Normas de edición:**
 - a) Bibliografía.** Las referencias bibliográficas, que se limitarán a las obras citadas en el trabajo, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título «Bibliografía» y al final del original. Ejemplo:

PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): «La convalidación de los actos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 151, págs. 9-30.

PÉREZ PÉREZ, Luis (2004): *Derecho Administrativo*, Madrid, CEPC.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005a) y PÉREZ PÉREZ, Luis (2005b).
 - b) Notas a pie de página.** Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se incluirá su forma abreviada. Ejemplo: PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): 90.
- 5. Reseñas de libros.** La *Revista de Administración Pública* acepta sugerencias sobre libros para su reseña, cuya extensión no podrá superar las 5 páginas.
- 6. Proceso de publicación.** La *Revista de Administración Pública* decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos requiriendo, en los casos en los que lo considere necesario, informes de evaluadores externos anónimos. Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 5 días. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.
- 7. Copyright.** El autor o los autores ceden a la *Revista*, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.
- 8. Advertencia.** Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

ISSN 0034-7639



9 770034 763905

00170

19,00 €