



Sobre colaboración público-privada: una propuesta para ambas orillas del Atlántico

Miguel Ángel Campos Sánchez
España

Revista Iberoamericana de Gobierno Local
Número 10, Granada, Mayo, 2016
ISSN: 2173-8254

www.revista.cigob.net



Secretaría General
Iberoamericana

Secretaria-Geral
Ibero-Americana



SOBRE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: UNA PROPUESTA PARA AMBAS ORILLAS DEL ATLÁNTICO

SUMARIO: I.- Colaboración Público-Privada (CPP): Concepto lato. II.- Razones para el desarrollo y auge de las fórmulas de CPP. 1.- Mejora de la eficacia y eficiencia de la inversión pública. 2.-Solidaridad intergeneracional. 3.- Superioridad técnica de los socios privados.4.- Impulso del sector de la construcción. 5.- Ideológicas. III.-Cautelas frente a las fórmulas de CPP. IV.- Análisis casuístico: las sombras propias de toda luz. 1.- El caso de España y su relación con Iberoamérica. 2.- La experiencia española: los errores. 3.- Análisis telegráfico de las causas. V.- Propuestas fragmentadas. VI.- Una propuesta para ambos lados del Atlántico: las Agencias de CPP. 1.- Agencias de CPP: Definición, caracteres. 2.- Funciones. VII.- Conclusión.

RESUMEN: Tras analizar someramente las principales características, beneficios y peligros que presentan las figuras de CPP, se realiza una somera descripción de una serie de proyectos de CPP que han fracasado en España. Posteriormente se estudian las causas de tales desaciertos, donde cobran especial importancia los fallos en la evaluación de la necesidad misma de tales infraestructuras, así como los errores de bulto en las previsiones de demanda y, en definitiva, en los estudios económico-financieros que les sirvieron de base. Se propone la creación de una agencia para introducir especialización y coherencia en la concepción y desarrollo de dichos proyectos.

ABSTRACT: After analyzing the principal features, benefits and threats in the figures of public-private partnership (PPP), a brief description is realised about some failed PPP projects in Spain. Afterwards, the reasons of the mistakes are studied with special relevance in the evaluation of the necessity of an infrastructure as if the mistakes in demand predictions and therefore in the previous economic and financial studies. The creation of an agency is recommended to introduce the specialization and consistency in the development of these projects.

PALABRAS CLAVE: Colaboración público-privada, infraestructuras, agencia.

KEYWORDS: public-private partnership, infrastructures, agency.



I. Colaboración Público-Privada (CPP): Concepto lato.

En evitación del riesgo que supone tomar la especie por el género –lo que invalidaría cualquier pretensión de corrección en el presente trabajo– pretendemos adoptar, a los fines que aquí interesan, una concepción amplia de lo que deba entenderse por CPP, cuestión que resulta ineludible toda vez que los legisladores europeos han instituido un tipo de contrato¹ igualmente nominado, siendo que es más amplio el objeto del presente y nada pretenciosas las acotaciones de legislaciones particulares. Por tanto, nos ocupamos aquí del género y no la especie, que viene dada por la recepción en los Ordenamientos de raíz romana de las figuras contractuales de origen en el *Common Law*.

Así pues, «en toda forma de colaboración CPP la Administración pública encarga a un privado la realización de un determinado proyecto, pudiendo comprender, entre otras, la ejecución de obras y equipamientos, su mantenimiento, su explotación o la prestación de servicios. Son diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial privado, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio. Nos encontramos, pues, ante una forma de concebir la acción pública un tanto diferente a las responsabilidades propias de gestión directa de bienes y servicios (y de muchas de las prerrogativas que amparaban el ejercicio de su autoridad), pero en la que la Administración mantiene su posición de garante de los intereses públicos aunque dentro de un marco contractual de colaboración y confianza con el sector privado²». Si bien, y adoptado este concepto amplio de CPP, advertimos que género y especie, colaboración o contrato colaborativo, no difieren tanto, habiendo llegado a mantenerse –con fundado criterio– que las formas articuladas *ad hoc*, el contrato de Colaboración Público-Privada *stricto sensu*, no dejan de ser figuras

¹ Más bien, una técnica contractual, como de inmediato advirtió JIMÉNEZ DÍAZ, A., “El contrato de colaboración público-privada y el de concesión de obras públicas (en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”. Diario La Ley, N.º 6934, 28 Abr. 2008, Editorial La Ley: «al menos por su objeto, el contrato de colaboración puede satisfacer necesidades diversas de la Administración, de modo que tanto puede servir para la realización de una obra pública, como para prestar un servicio público o asegurar un

² SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A. “«Proyect Finance» en financiación de infraestructuras mediante colaboración pública-privada”. Revista española de Derecho Administrativo núm. 165/2014. Cívitas.





contractuales típicas a las que se ha adicionado la libertad de pactos del Derecho Privado³

En definitiva, en el presente trabajo trataremos de aportar ideas con las deficiencias propias que toda proposición conlleva para que sean otros quienes la anulen, modifiquen o completen; ello siendo conscientes de la evolución hacia la complejidad que tiene la realidad social en la actualidad, que hace que los fines de la Administración hallen lugares de encuentro con entes que persiguen fines de carácter privado, creándose un espacio común entre la Administración y los sujetos privados en el que se pueden aunar medios y esfuerzos y dar un valor añadido a sus intervenciones. El aprovechamiento de esos espacios constituye una responsabilidad tanto para la Administración, como para los sujetos privados, ya que la sociedad actual valora positivamente esa capacidad de innovación y de acuerdo para crear estructuras, reglas y procedimientos que promuevan el interés general⁴.

II. Razones para el desarrollo y auge de las fórmulas de CPP.

Con carácter previo e independientemente de las razones en favor de estas fórmulas que a continuación se exponen, ha de partirse de su virtud originaria: se trata de que la implicación del sector privado en la consecución de fines públicos, mediante los instrumentos adecuados, va más allá de la propia irradiación que toda actividad privada –en alto grado o casi ínfimo- alcanza a la sociedad entera. Pues ahora, con tales fórmulas, puede legítimamente aspirarse a un resultado multiplicador o más que sumatorio respecto de la adición coordinada de los intereses en liza: públicos y privados.

Sentado lo anterior, no pretendemos afirmar que esta sinergia sea común a la totalidad de fórmulas cooperativas, sino que en aplicación ha de aspirarse a la retroalimentación mutua entre sector público y privado pues, no siendo compartimentos

³ GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. “Colaboración Público-Privada e Infraestructuras de Transporte”. Marcial Pons. 2010. Págs. 25-26-

⁴ GIRALDÉS GUTIÉRREZ, Luis S. Revista española de Derecho Administrativo num. 168/2015. Cívitas.





estancos, la comunicación fluida entre sector público y privado es, sin duda, beneficiosa en términos productivos, necesitando de espacios escénicos donde llevarse a término. En definitiva, los sistemas CPP «fomentan la aparición de nuevas oportunidades de negocio para un sector privado especialmente dinámico y preparado, en el que destacan las empresas concesionarias españolas como líderes mundiales⁵».

Además, son varias las razones esgrimidas en defensa de la profusión de las fórmulas cooperativas. 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 ellas⁶». Sin ánimo de agotar la totalidad del argumentario existente en pro de estas fórmulas, han sido propugnadas con base en los siguientes razonamientos:

1. Mejora de la eficacia y eficiencia de la inversión pública.

Y ello porque la Administración consigue más y mejor a través de una más intensa colaboración con los empresarios, en la que estos aportan su mayor capacidad comercial, de gestión e innovación y de conocimiento y sus métodos de trabajo y aceptan mayores riesgos⁷. A este respecto ha de tenerse en cuenta el mayor rendimiento que se obtendrá de la obra, infraestructura o instalación si es el propio socio privado el encargado de su mantenimiento, dado que el control de costes es mucho más estricto en el sector privado que en el público.

El empresario, retribuido en función del uso del equipamiento o de la prestación del servicio, buscará intensificar la utilización de las infraestructuras y mejorar el *value for Money* (valor por precio) del proyecto en cantidad y calidad, con lo cual precisarán menor financiación pública y liberarán recursos públicos para proyectos económicamente menos rentables.

⁵ CARCÍA CAPDEÓN, Pedro M. “Los Contratos de Colaboración Público-Privada”. Revista Española de la Función Consultiva, núm. 3. (enero - junio 2005). Pág. 96

⁶ GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. “Contrato de Colaboración Público-Privada”. Revista de Administración Pública. Núm. 170. 2006.

⁷ GARCÍA CAPDEON, Pedro M. “Los Contratos de...” *Op. Cit*





2. Solidaridad intergeneracional.

Con ello quiere expresarse la mayor «justicia» existente cuando la realización de una gran infraestructura se realiza mediante CPP, por cuanto que se trata de vincular el periodo de abono de la infraestructura con su periodo vida útil. Si partimos de la base de que normalmente la obra o instalación en cuestión sobrevivirá a los ciudadanos que la vieron construir, se colige la mayor justicia de que sean todas las generaciones que la disfruten las que coparticipen en su abono.

De todas formas, debe tenerse en cuenta que esta no es una ventaja exclusiva de la CPP, sino que también se produce cuando se acude al endeudamiento para la contratación y construcción a través de las fórmulas tradicionales⁸.

3. Superioridad técnica de los socios privados.

Se plantea por sus defensores que en la CPP el sector público hace suyo –al menos parcialmente- la mayor superioridad técnica del sector privado. Esta cuestión se plantea con excesivo dogmatismo. Y ello porque esta superioridad técnica ha de ser atemperada por el mayor coste que representan las fórmulas de CPP en comparación con las figuras tradicionales de contratación. Cuestión esta que no ha sido ajena al legislador español –europeo en definitiva- que ha establecido que “sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto [...] que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas⁹”.

Por ello la propia Comisión, en el Libro Verde Sobre la Colaboración Público Privada y el Derecho Comunitario en Materia de Contratación Pública y Concesiones, advertía que «si bien es cierto que la cooperación entre los sectores público y privado puede ofrecer ventajas microeconómicas, al permitir realizar un proyecto con la mejor

⁸ LÓPEZ DÍAZ, Alternativas de financiación en época de crisis. LEX NOVA. 2014.

⁹ Artículo 11.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre



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».

Ello ha de ser cohonestado con el mayor coste que, por lo general, suponen los proyectos financiados vía CPP, por lo que resulta necesario realizar una ponderación ajustada entre lo que aporta el socio privado y lo que cuesta.

4. Impulso del sector de la construcción.

Cuando la amenaza de crisis o la legítima aspiración de salir de ella se cierne sobre las economías nacionales, los gobiernos suelen proponer como receta el aumento de la inversión pública, a fin de compensar –si quiera parcialmente- la ausencia de carga de trabajo de las empresas proveniente de encargos privados, lo que supone el aumento de la realización de obra pública. Más aún, cuando la crisis económica incide muy especialmente en el concreto sector de la construcción –tal y como sucedió en España a partir de 2008- desde lo poderes públicos se plantean de manera inmediata dos tipos de medidas: de una parte, la puesta en marcha de nuevos programas de infraestructuras y, de otra, la aceleración de los marcos programáticos preexistentes^{10 11}.

5. Ideológicas.

¹⁰ EFE, 10 de Septiembre de 2008: “Así lo aseguró hoy el secretario de Estado de Hacienda, Carlos Ocaña, tras reunirse por primera vez con las patronales CEOE y CEPYME y con los sindicatos UGT y CCOO para informarles sobre la orientación de los Presupuestos Generales del Estado del año que viene. Ocaña apuntó que el objetivo es fomentar las inversiones en infraestructuras porque la situación económica "lo demanda" y que ésta crecerá por encima del techo de gasto del 3,5 por ciento anunciado hoy por el presidente del Gobierno, José Luis Rodríguez Zapatero, en el pleno extraordinario del Congreso de los Diputados.

Explicó que el resto de partidas será "austero", lo que hará que el total de la inversión en 2009 "no crezca tanto".

¹¹ EUROPAPRESS, 21 de Septiembre de 2008: “Zapatero anuncia un aumento de 6% en las inversiones en infraestructura de transporte en los PGE y del 15% en CyL”.



El estudio de la CPP y de los contratos así nominados, constituye una sin par atalaya desde la que advertir los turbulentos tiempos que vive el Derecho Administrativo y las relaciones Estado-individuo. Así, se plantean en defensa de la CPP razones de corte liberal, como parte de un todo en el que se pretende reasignar los papeles propios de lo público y lo privado, lo que es tanto como decir que se trata de reordenar las relaciones Estado-individuo, sobre el basamento común de la retirada de lo público¹².

Las formulas CPP expresan, sobre todo, una nueva forma de entender el rol de las Administraciones públicas en el ámbito económico: de ser prestadoras de servicios pasan a ser reguladoras de las actividades de los privados. Más todavía, se defiende que la Administración moderna debe replegarse a hacer lo que sabe hacer, es decir, regular, controlar y ocuparse de incrementar la eficiencia del gasto público mediante contratos con terceros dado que no se ha demostrado que pueda conseguir con sus propios medios la misma eficiencia que alcanza el Sector privado en la provisión de servicios y bienes¹³.

Como señala VALCÁRCEL FERNÁNDEZ¹⁴, es innegable el carácter ideológico de la discusión subyacente. En concreto, afirma el autor la revitalización de lo que se conoce como “principio de subsidiariedad horizontal”, que no es más que la preferencia de la actuación de los particulares en la vida económica siempre que sea posible, en detrimento del actuar público que quedará relegado por norma.

El renovado impulso que estas concepciones ideológicas presentan en Europa, y que han alcanzado gran predicamento en la actualidad, es fruto de los mensajes que

¹² En este sentido, Boaz, D. Liberalismo, Una Aproximación. Gota a Gota, 2007. «Muchos piensan que la finalidad del gobierno es reemplazar al mercado ante la incapacidad de este para suministrar determinados servicios. Aunque esto fuera cierto, habría que preguntarse por qué los ciudadanos deben someterse a impuestos para recibir servicios que no desean pagar. Aunque se pudiera demostrar el carácter público de un bien o servicio, lo cual no resulta nada fácil según acabamos de ver, el argumento a favor del gobierno proveedor no hace sino anteponer las preferencias de algunos individuos a las decisiones que millones de consumidores toman cuando invierten su dinero.

¹³ GARCÍA CAPDEÓN, Pedro M. Los Contratos de... Op Cit.

¹⁴ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. Las Obras Públicas: su Ejecución y Financiación. Perspectivas Actuales. CDP, núm. 14, septiembre-diciembre 2001.





llegan desde el otro lado del Atlántico (Norte), en la eterna disputa entre dos modelos económicos y dos modelos de lo público: el europeo y estadounidense. Ya en 1982, ante el Parlamento Británico, Ronald Reagan puso negro sobre blanco las citadas diferencias: «Pues bien, soy consciente de que aquí, entre nosotros y en toda Europa existe una divergencia legítima en cuanto a la importancia que el sector público debe tener en la economía y la vida nacional. Pero en una cuestión estamos todos unidos: nuestro aborrecimiento de la dictadura en todas sus formas»¹⁵.

En definitiva: desde determinados ámbitos se defiende que el rol del Estado (de la Administración) 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.

Con todo, y siendo enjundiosas las razones esgrimidas en favor de la proliferación de modelos de CPP, todas han de decaer en favor de una circunstancia que ha sido decisiva en la expansión de estos modelos, y no es otra que la siguiente: evitar que aflore el déficit público. Por ello, resulta clara la necesidad de «extremar los controles y las garantías públicas sobre este tipo de mecanismos para evitar que se conviertan en un mero vehículo espurio de encubrimiento de deuda o en la justificación para un deterioro en la calidad de los servicios públicos¹⁶».

¹⁵ Para contextualizar el sentido del párrafo referido, transcribimos el inmediatamente anterior: «El enorme poder del Estado moderno presenta una amenaza para la libertad humana. La historia nos enseña los peligros de un Gobierno con exceso de poder: el control político adquiere prioridad sobre el libre crecimiento económico; la policía secreta, una burocracia indiferente: todo se une para ahogar la excelencia individual y la libertad personal».

¹⁶ FERNÁNDEZ LLERA, R. Colaboración público-privada como elusión de la estabilidad presupuestaria. Revista de Estudios Regionales. Vol. Ext. VIII.





III. Cautelas frente a las fórmulas de CPP.

Como en la Sociedad de Suma Cero de LESTER THUROW, a casi cada argumento en favor de la proliferación de CPP corresponde un contrapeso, inconveniente o necesidad de introducción de férreas cautelas. Cuestión distinta es si el inconveniente, cautela o efecto pernicioso es de tal calado que anule las bondades anunciadas. Como argumentos de oposición a la proliferación de fórmulas CPP, se han esgrimidos los siguientes:

- **La solidaridad intergeneracional puede tener su cara oscura**, pues si bien parece más lógico que la extensión en el abono a la vida útil de obra resulta una idea atractiva, no podemos pasar por alto que con ello se está comprometiendo los recursos de generaciones futuras por un periodo muy superior al común de cuatro años establecido en nuestro entorno para los procesos electorales.
- **Resultan menos conocidos por los operadores y por la Administración** y «son mucho más complejos con lo cual podrían aumentar los riesgos de falta de seguridad jurídica, de arbitrariedad y de “mala administración”¹⁷».
- No puede dejar de advertirse que la CPP **está pensada, por definición, para las grandes empresas**, pues sólo las mejores entre las más grandes podrán llegar donde la administración no ha podido llegar, dado el carácter subsidiario establecido para este tipo de contrato. Por tanto, las PYMES verán de lejos el fenómeno de la CPP.
- **Reticencias del sector empresarial.** Ha de tenerse en cuenta que, por definición, son proyectos que requieren de una fuerte inversión por el socio privado. Por ello, el socio privado será a menudo un socio compuesto por varias empresas con unos niveles de especialización en distintas partidas del proyecto. Además, la larga duración de la relación de cooperación es inversamente proporcional a la rapidez en la obtención del beneficio, y directamente proporcional respecto de los riesgos sobre cambios de políticas. A ello, ha de añadirse que la administración siempre conservará una parcela –a veces

¹⁷ GARCÍA CAPDEÓN, Pedro M. Op Cit. Los Contratos de... Pág. 99.





exorbitante- de poder sobre el contrato. En otros términos: dentro del ámbito estrictamente financiero, «las fórmulas de CPP suponen en algunos casos un incremento en el coste de los proyectos, teniendo en cuenta que el objetivo primordial de una empresa privada será la obtención de un beneficio económico, por lo que no aceptará proyectos con una tasa interna de rendimiento (TIR) demasiado baja. De lo anterior se podría derivar un sobrecoste para el Sector Público, un incremento en el precio que soporta el usuario o incluso ambos efectos»¹⁸.

- Rechazo por la ciudadanía, pues suelen exigir el pago por el uso de la infraestructura o del servicio.

IV. Análisis casuístico: las sombras propias de toda luz.

1. El caso de España y su relación con Iberoamérica.

España, como país que ha culminado su recepción de las fórmulas de CPP, y cuya utilización ha sido profusa, resulta un magnífico observatorio desde el que aprehender lecciones aplicables en ambos lados del atlántico. Una aproximación medianamente certera de lo que ha supuesto esta recepción definitiva de las fórmulas de CPP, nos viene dada por la puesta en relación de los índices de formación bruta de capital fijo¹⁹ (FBKF) con la relación entre provisión de obra pública mediante figuras de CPP y obra pública licitada total²⁰.

¹⁸ FERNÁNDEZ LLERA, R. Financiación mediante colaboración público-privada: el caso del Hospital Universitario Central de Asturias. Jornadas sobre la iniciativa privada en la financiación de proyectos públicos. Burgos, 2007.

¹⁹ BANCO MUNDIAL: La formación bruta de capital (anteriormente, inversión interna bruta) comprende los desembolsos en concepto de adiciones a los activos fijos de la economía más las variaciones netas en el nivel de los inventarios. Los activos fijos incluyen los mejoramientos de terrenos (cercas, zanjas, drenajes, etc.); las adquisiciones de planta, maquinaria y equipo, y la construcción de carreteras, ferrocarriles y obras afines, incluidas las escuelas, oficinas, hospitales, viviendas residenciales privadas, y los edificios comerciales e industriales. Los inventarios son las existencias de bienes que las empresas mantienen para hacer frente a fluctuaciones temporales o inesperadas de la producción o las ventas, y los “productos en elaboración”. De acuerdo con el SCN de 1993, las adquisiciones netas de objetos de valor también constituyen formación de capital.

²⁰ Fuente: SEOPAN.





Año	% FBKF	% CPP/OPL (datos aprox)
2007	31,3	28
2008	29,6	13,5
2009	24,6	13
2010	23,5	40
2011	21,8	35
2012	20,2	N.D.
2013	19,1	N.D.
2014	19,8	N.D.

En la actualidad, la región con unos índices de los más sostenidos (crecientes) de FBKF –con todas las cautelas que requiere hablar de regiones, expresión necesariamente generalizadora y, por ende, inexacta- es Iberoamérica.

Formación bruta de capital (% del PIB)²¹

AÑO	ARGENTINA	CHILE	COLOMBIA	PERÚ	BRASIL
2006	20,9	21,1	22,4	19,2	17,8
2007	22,3	21,2	23,0	22,3	19,8
2008	21,0	26,0	23,5	27,5	21,6
2009	16,1	20,3	22,4	20,9	18,8
2010	19,1	22,3	22,1	25,2	21,8
2011	19,7	23,7	23,9	25,7	21,8
2012	17,0	25,5	23,9	26,2	21,4
2013	18,5	24,3	24,2	27,8	21,7
2014	19,5	21,4	26,0	26,2	20,9

Vemos como, con índices similares de FBKF sobre % del PIB, en España se ha producido un aumento considerable de las formas de provisión de infraestructuras

²¹ BANCO MUNDIAL.



mediante fórmulas de CPP. Ciertamente es que España tiene sus propios condicionantes –el Pacto de Estabilidad, fundamentalmente-, pero no es menos cierto que sólo en países con una fuerte formación de capital fijo podrán darse fórmulas de CPP –valga la perogrullada-; que en dichas condiciones el sector privado estará maduro para entrar en estas relaciones y que los Estados requieren al socio privado cuando no pueden mantener el alto ritmo de inversión al que han acostumbrado a sus economías.

Y, finalmente, existe una razón de fondo: en una economía globalizada, donde los centros de producción tienden a trasladarse a aquellos países que presenten mejoras competitivas respecto de otros, el desarrollo de infraestructuras físicas es un factor muy relevante²², para lo que hace falta –y si no hace, hará- la conjunción de capital público y privado para no perder competitividad como país.

2. La experiencia española: los errores.

Dejó dicho Steve Jobs que «a veces, cuando se innova, se cometen errores. Es mejor admitirlos rápidamente, y seguir adelante con la mejora de tus [...] innovaciones».

- El fracaso jurídico más sonado de las CPP fue una operación de construcción de las infraestructuras de transporte a través de una entidad pública empresarial de la Comunidad de Madrid, MINTRA, en el momento de la ejecución de Metrosur. Dicho fracaso, y en atención a razones estrictamente jurídicas, vino dado por un nefasto reparto de riesgos, en el que las entidades dependientes de la Administración, en la práctica, no asumían riesgo alguno^{23 24}.

²² ESTEBAN GALARZA, Marisol. La Colaboración Público-Privada en la provisión de infraestructuras: una valoración de la experiencia internacional. *Ekonomiaz* nº 63. 2006.

²³ GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. Contrato de.... *Op. Cit.* Pág. 20.

²⁴ Diario EL PAIS (29/04/2005): «Eurostat confirma que la Comunidad de Madrid deberá asumir la deuda de Mintra La empresa propietaria del Metro debe 2.400 millones». http://economia.elpais.com/economia/2005/04/29/actualidad/1114759973_850215.html



Igual fracaso –a la fecha del presente sin solución definitiva es el de las autovías de peaje radiales que han proliferado en los últimos años en torno a las grandes ciudades, especialmente en el caso de la Comunidad de Madrid, en la que se han construido hasta seis de estas vías de comunicación (R-2, R-3, R-4, R-5, la conexión al aeropuerto (terminal T4) y la AP-41 entre la capital y Toledo), todas ellas, así como la AP-36 entre Ocaña-La Roda y la AP-7 entre Cartagena y Vera, en situación de concurso de acreedores. Y con graves problemas de solvencia se mantienen aún la autopista de peaje Madrid -Barajas (M12) y la de circunvalación de Alicante.

- La cuestión no es baladí pues, al fracaso jurídico incontestable, ha de unirse el coste económico, cifrado con amplísimo margen entre 3.000-8.500²⁵ millones de Euros, dependiendo de los sumandos que compongan el desastre. Pero es que el coste social puro, sin contar la parte alícuota que a cada contribuyente afecta tal despeño, no por menos aireado es de inferior calaña: «los afectados por las expropiaciones de la autopista AP-7 siguen sin cobrar las expropiaciones²⁶»; si tenemos en cuenta que el inicio de dicho expediente expropiatorio se produjo mediante publicación del «Anuncio de la Demarcación de Carreteras del Estado en Murcia de información pública y convocatoria del levantamiento de actas previas a la ocupación de bienes y derechos afectados por las obras del proyecto de trazado, Autopista de peaje AP-7. Tramo Cartagena-Vera (del p.k. 0+000 al p.k. 111+450)". Clave T8-MU-9903», fechado el 16 de Agosto de 2004²⁷, advertimos que pueden imaginarse pocas actuaciones administrativas que conculquen con mayor eficacia el Derecho a la propiedad privada, el Principio de Confianza Legítima en el actuar administrativo y que, en definitiva, contribuyan más a deslegitimar el actuar público.

²⁵ Diario LA VARGUARDIA (13/03/2015): «Seopan calcula que liquidar las autopistas de peaje en quiebra tendría un coste superior a 8.000 millones de euros, e insiste en que lograr que el pago de la deuda se haga a un tipo de interés equivalente al bono del Tesoro es clave para evitar esta opción».

²⁶ DIARIO DE ALMERÍA (16/04/2016).

²⁷ BOE núm. 211, del Miércoles 1 septiembre 2004.





Sentado lo anterior, que no es un listado con pretensión alguna de exhaustividad, ni agota los desmanes que a este respecto se han producido y de los que ya tenemos datos, la cuestión que debe plantearse no es el «sí» de la CPP, sino si el «cómo» ha cumplido con el estándar de calidad técnica que tanto la relativa novedad como la enjundia financiera de los proyectos acometidos, aconsejaban. Dicha posición (no discutir el sí, sino el cómo) ha sido mayoritaria en la doctrina, habiéndose reseñado «la existencia de un régimen jurídico de la colaboración público–privada que en determinados aspectos resulta deficiente, y que ha quedado en gran medida obsoleto como lo demuestran las situaciones concursales de algunos concesionarios de infraestructuras. En este ámbito, debemos denunciar que el legislador ha desaprovechado importantes oportunidades para introducir las necesarias reformas en las sucesivas modificaciones del actual TRLCSP»²⁸.

3. Análisis telegráfico de las causas.

- Ha de partirse de una cuestión objetiva y que concurre en toda relación de naturaleza Público-Privada, y es que, por propia definición, supone una relación duradera entre los socios que, al inicio de la misma, habrán de prever, calcular y avanzar la gestión de todas las vicisitudes que en tan larga vida *societaria* puedan producirse. Como ha expuesto LÓPEZ DÍAZ, **el largo plazo previsto para este tipo de operaciones, así como la necesaria asunción de riesgos por el agente privado generan importantes incertidumbres**, referidas tanto al desarrollo de las infraestructuras o los servicios como al coste que finalmente representarán para las arcas públicas.
- Además, **el cumplimiento del plan económico financiero** que, claro está, ha de trazarse al inicio de la relación entre los socios, **es crucial para la pervivencia del proyecto mismo y para las finanzas públicas**, toda vez «que la quiebra financiera del agente privado daría lugar a que la infraestructura pasase anticipadamente a integrar el activo de la Administración lo que, por otra parte,

²⁸ ALCOLEA CANTOS, A. Nuevos modelos de gestión y financiación de infraestructuras en España. 2014. Aranzadi.





exigiría la indemnización a la empresa responsable de la construcción y explotación de los costes en que hubiese incurrido para así evitar el enriquecimiento injusto de la Administración. De esta forma, no solo quebraría el diferimiento del pago, adelantándose al momento del abono de las indemnizaciones, sino que también se consideraría como gasto de ese ejercicio con el consiguiente impacto a los efectos de la cuantificación del déficit en términos de contabilidad nacional²⁹». Por no hacer excurso de la obviedad, no nos detendremos en las exigencias del Pacto de Estabilidad Europeo, y rígidas reglas de déficit y *ratio* de deuda pública.

- En todo caso, y como correctamente han advertido otros autores, «cabe preguntarse si entre las causas que han conducido a la situación generalizada de concurso de las concesionarias de autopistas de peaje, y sin desmerecer la confluencia de otros factores que sin duda también han coadyuvado a desembocar en esta situación (es el caso del sobrecoste ligado al incremento de los justiprecios de las expropiaciones determinado judicialmente), adquiera particular relieve **la justificación misma de la puesta en marcha de tales infraestructuras**, es decir, si realmente era necesaria su construcción y, sobre todo, si existía una demanda real por parte de potenciales usuarios que estuviesen dispuestos a pagar un peaje por el uso de estas nuevas infraestructuras³⁰».
- Si acudimos al estudio de la Jurisprudencia, volvemos a ver reproducidas, directamente o de manera tangencial, las causas recién enunciadas; esto es: falta de previsión, errores en la planificación financiera, apreciación errónea de las necesidades e ineficaces o no claros repartos de riesgos. La S.T.S.J. de Asturias, en Sentencia núm. 760/2011 de 30 junio, declaró que no puede alegarse como cambio imprevisible de circunstancia lo que es realidad «falta de previsión o de cálculo sobre su aprovechamiento, cuando además fue el propuesto por la recurrente que determinó que, en base a dicha oferta le fuere adjudicada la concesión del contrato». La concesionaria alegaba notorio incumplimiento de las

²⁹ Alternativas... *Op. Cit.*

³⁰ DOMÍNGUEZ LUIS, José A. Equilibrio económico *versus* riesgo imprevisible en la concesión de obras públicas: el supuesto de las autopistas de peaje. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 8/2015.





previsiones que, en el Estudio de Viabilidad Oficial entregado a los licitadores e incorporado al expediente, se hacían acerca de las infraestructuras, dotaciones y desarrollos urbanísticos que se suponía iban a ejecutarse en el entorno de la nueva autovía.

Esta Sentencia fue ratificada por la del T.S. de 25 de Enero de 2013 (Recurso de casación 4887/2011), sentando que «si el equilibrio económico del contrato se calculó mal *ab origine*, no cabe pretender su restablecimiento con posterioridad, en un marco de subsistencia del contrato. El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, modificado por la Ley 13/2008, norma aplicable al caso por razón de tiempo, regula en su art. 248.2 los supuestos en que es posible el restablecimiento del equilibrio económico en términos taxativos, que no permiten su extensión al eventual ajuste de cálculos económicos previstos erróneamente *ab origine*, que es de lo que aquí se trata. La remisión en el artículo 248.2.c) a los artículos 230.1.c y 233.1.d de la Ley, conducen en definitiva al pliego de cláusulas administrativas particulares como parámetro normativo de los supuestos de posible restablecimiento del equilibrio económico».

V. Propuestas fragmentadas.

En orden a enmendar los desatinos que –si quiera- hemos esbozado, se han realizado propuestas que, individualmente consideradas, tienen como función el taponamiento de cada una de las vías de agua abiertas en la nave de la CPP. Indicamos aquí las propuestas realizadas por ALCOLEA CANTOS³¹, en las que advertimos corrección técnica y conocimiento práctico certero, si bien nos posicionaremos con posterioridad sobre la bondad –o no- de que este paquete de medidas deba adoptarse como parcheo, sin que exista nexo de unión alguno entre las propias medidas entre sí.

³¹ Nuevos Modelos... *Op Cit.*





1. **Nuevo régimen jurídico sobre la materia que incida en un mayor grado de seguridad jurídica.** Seguridad jurídica, entendida en este caso, en el sentido de otorgar un mayor grado de previsibilidad de las posibles consecuencias de las relaciones jurídicas de colaboración público-privada.
2. **Introducción de la figura de los *Project Bonds*,** esto es, conseguir un reparto de riesgos eficiente que, en lugar de espantar al capital privado –como ya ha sido en algunos proyectos- lo atraiga haciéndole atractiva la inversión, y ello partiendo de la «Europe 2020 Project Bonds Initiative», esto es, una iniciativa promovida por las instituciones europeas cuyo objetivo es proporcionar garantías que apuntalen la solvencia de la deuda con el fin último de atraer y promover el mantenimiento en el tiempo del capital privado en los proyectos de infraestructuras. Se trata, entre otras cuestiones, de que los fondos europeos colaboren, corriendo el Banco Europeo de Inversiones con los riesgos residuales de esto proyectos.
3. **Mayor grado de implicación del Instituto de Crédito Oficial,** realizando labores de apoyo financiero en los actuales momentos de dificultad de acceso al crédito, máxime cuando de grandes inversiones se trata.
4. **La incorporación de determinadas figuras importadas del Derecho estadounidense** que, *grosso modo*, fundan su virtualidad en que la Administración actúa como *complemento* de lo que le *falte* al socio privado.
5. **La liberalización de los sectores,** «como vía para conseguir fomentar la inversión privada en las infraestructuras».
6. **Tarificación del uso de las carreteras,** pues se dice que «sin posibilidad de incorporar compromisos de deuda por parte de los agentes públicos, y en un contexto de fuerte restricción del crédito a los agentes privados, nos vemos abocados irremediamente a un sistema en el que sean los ciudadanos los que hagan frente directamente al coste de las infraestructuras».

Con independencia de la valoración que cada medida merezca, entendemos que existen algunas reconveniones que realizar tal retahíla de medidas, que simplemente esbozamos:



- a. No debiera ser prioritario el cambio de organismo como centro de imputación del gasto, trasladándolo total o parcialmente de las Administraciones responsables del proyecto al Instituto de Crédito Oficial o al Banco Europeo de Inversiones, pues dicho cambio de imputación financiera no garantiza una mejor relación coste/beneficio, sino únicamente ahondar en la ingeniería financiera pública en la que son peritas nuestras administraciones públicas en pos de la huida del déficit. Y es que, como se ha dicho, la huida de la consolidación contable está teniendo perniciosas consecuencias prácticas en nuestro país³².
- b. Esta relación de medidas, siendo valorables una a una, no conforman un todo orgánico –al que quizás no pueda aspirarse- pero tampoco son reconducidas con ningún criterio a la unicidad. Para muestra el botón de la tarificación de las autovías: toda vez que la mala planificación ha puesto en jaque hasta 8.500 millones de Euros que habrán de salir de las arcas públicas, el ciudadano se verá doblemente penalizado por tal dislate: el rescate de las autopistas y el abono de una tasa por el uso de las autovías. Kafkiano.

VI. Una propuesta para ambos lados del Atlántico (Centro-Sur): las Agencias de CPP³³.

La propuesta que realizamos –más que eso: recogemos y lanzamos- lo es para ser falsada como Popper nos enseñó. No pretendemos, por tanto, aferrarnos a las razones que, con apoyo de otros que lo han visto antes y mejor, daremos a continuación, sino proponer con la provisionalidad propia de la metodología científica.

³² GONZALEZ GARCIA, Julio V. Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria, 2007. Tirant lo Blanch. Pág. 27.

³³ Seguimos aquí a ANDREU ARASA, Jorge: Agencias de Colaboración Público-Privada. Una aproximación positiva. Boletín Económico de ICE. 2013. En dicho artículo el autor estudia el análisis realizado por la OCDE sobre una muestra de 18 Agencias de CPP (Alemania, Corea, Reino Unido, Victoria (Australia), Sudáfrica, Chequia, Dinamarca, Flandes, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Japón, Holanda, Nueva Gales del Sur, Polonia y Portugal).



Y decimos que es “para ambos lados del Atlántico” porque, a pesar de las muchas y muy exitosas experiencias de CPP habidas en Chile, y otras reseñadas en esta misma revista³⁴, o en ámbitos específicos como la seguridad en El Salvador³⁵, no cabe duda de que los problemas que plantea la CPP en sistemas jurídicos cercanos entre sí, han de ser necesariamente comunes. Según hemos advertido, la altas cifras de FBKF que hemos señalado en el epígrafe IV.1, han de llevar aparejada por fuerza la necesidad y la oportunidad de, bien con fórmulas generales de CPP, institucionales o contractuales, aprovechar los efectos multiplicadores que la colaboración entre lo público y lo privado, cuando se gestiona bien, ofrece a la sociedad entera.

1. Agencias de CPP: Definición y caracteres.

Con ANDREU ARASA, «definimos una Agencia de CPP como aquella organización creada con la ayuda parcial o completa de la Administración para garantizar la existencia de capacidad suficiente para crear, desarrollar y evaluar una multiplicidad de proyectos CPP. Estas Agencias pueden proveer apoyo técnico y capacidad institucional, promocionar el modelo CPP e incluso suministrar financiación directa a los CPP». Además, con la creación de esta Agencia el Estado manda un mensaje a los inversores mediante el que les hace saber su compromiso por el modelo de CPP, y demuestra la existencia de capacidad por parte de la administración para gestionar este tipo de proyectos, además de limitarse los posibles problemas en la gestión de los mismos.

De tal definición extraemos sus caracteres:

- a. Responde a criterios de unidad de acción en el tratamiento de la CPP creando, desarrollando, evaluando, apoyando, promoviendo e, incluso, financiando proyectos de CPP.

³⁴ SÁNCHEZ, María Guadalupe: Un caso de cooperación público-privada. El plan Ludueña en Rosario. Revista Iberoamericana de Gobierno Local. Núm. 5. 2013.

³⁵ GÓMEZ HECHT, Juan Ricardo. Revista de Policía y Seguridad Pública, nº 6. 2014.



- b. Unicidad funcional, toda vez que todo el flujo de información sobre los proyectos CPP son canalizados a través de una única institución, que conoce las vicisitudes de este tipo de proyectos en todos los niveles de la Administración.
- c. Especialización, que es su propia razón de existir.

2. Funciones.

- a. Creación de capacidad institucional, con un único centro de proposición negocial, desarrollo y seguimiento. Interlocución clara y única.
- b. Asesoramiento relativo al marco jurídico, incluyendo definición de sectores elegibles, modelos óptimos de CPP, asuntos relativos al procedimiento así como a la resolución de conflictos³⁶.
- c. Decisión sobre si un proyecto debe llevarse a cabo o no. La agencia realiza en ocasiones la tarea de *gate-keeper* en determinados momentos del proyecto, desde la evaluación preliminar hasta la aceptación del contrato firmado por las partes. La posición de la agencia puede resultar preceptiva.
- d. Apoyo técnico al Gobierno en diferentes fases de identificación, evaluación, procedimiento y gestión del contrato.
- e. Promoción de CPP en el sector público y privado así como en foros internacionales.

En el marco OCDE, cuando existen agencias, la mayor parte están incardinadas en el Ministerio de Finanzas (Reino Unido, Bélgica, Japón). Algunos países tienen agencias independientes (Corea, Portugal) y agencias en los Ministerios de Gasto (Dinamarca). En cuanto a las funciones, el apoyo técnico y el papel de liderazgo en aplicación de políticas públicas son generalizados. Más de la mitad de las 18 agencias

³⁶ Diferimos del autor que nos está siguiendo de guía en este punto, toda vez que la salvaguarda de los Principios de Interdicción de la Arbitrariedad y de Derecho a la Defensa, aconsejan que la resolución de conflictos entre el socio privado y el público salga de esta esfera para resolverse, primeramente ante tribunales administrativos especiales como sucede en España con el Tribunal de Recursos Contractuales y, posteriormente, ante los Tribunales Ordinarios de Justicia.



analizadas por la OCDE y referidas por el citado autor, desarrolla actividades de promoción de CPP (11) y poco menos de la mitad (8) desarrolla actividades de desarrollo institucional.

Según hemos examinado en el epígrafe IV.3, los fracasos más rotundos de los programas de CPP en España se han debido, casi exclusivamente, a defectos en la evaluación de la necesidad, definición y previsión de los estudios previos. En los modelos de Agencia,

- a. lo primero que se hace es conocer «si el proyecto tiene o no sentido, independientemente de que se implemente o no como CPP». Y dicha decisión se toma con la visión –pero también con la información- de ser el organismo centralizado lo que se minoran los errores sobre el sí o el no del proyecto. Además, en esta primera fase de análisis, «se analizaría la viabilidad desde el punto de vista técnico, realizándose además el análisis coste beneficio». Esta definición debe ser suficientemente amplia para poder aplicarse a proyectos ejecutados por medio de modelos CPP u otros. Una vez definido, en análisis se centra en determinar:
 - i. Su viabilidad técnica.
 - ii. Viabilidad legal.
 - iii. Ambiental y social.
- b. Sólo en la segunda fase, se analizará la **viabilidad económica del proyecto**. La mayor parte de los Gobiernos «realiza algún tipo de análisis de viabilidad con el fin de determinar si un proyecto supone un buen uso de los recursos de los ciudadanos. Los proyectos son económicamente viables cuando los beneficios económicos exceden sus costes económicos. El cálculo de costes y demanda servirán como *inputs* iniciales en la modelización financiera y el análisis de Valor por Precio». De nuevo, la mayor especialización, experiencia e información de que dispone la Agencia, serán decisivos en orden a no errar en esta fase del análisis, que es –como hemos señalado- vital en el buen fin de la relación de CPP.





- Viabilidad comercial.** Se trata de presentar el proyecto a inversores que, partiendo de la seriedad de los estudios de viabilidad precedentes, encuentren atractiva la inversión que se les plantea.
- d. **Comparador del Sector Público:** analizar si con la información de que se dispone en este momento –donde ya conocemos las condiciones de financiación- ofrece mayor Valor Por Precio que si se ejecutase con medios propios de la administración correspondiente.
 - e. **Viabilidad fiscal,** pues un «proyecto CPP puede ser técnica y comercialmente viable, y superar el análisis Valor Por Precio y no ser sostenible fiscalmente. Los compromisos fiscales pueden ser directos e indirectos (pasivos contingentes), y las Administraciones deberán valorar ambos».
 - f. **Buen gobierno.** En toda relación de CPP la actuación con arreglo pautas de buen gobierno resulta indispensable, pues habrán tenerse presentes –y conjugarse- los intereses de todos los actores, además de prever los retos a los que la relación se enfrentará en el futuro.

VII. Conclusión.

Las recientes experiencias fallidas de proyectos de CPP en España, cuyas consecuencias ahora empiezan a conocerse y no en toda su extensión, han avivado las críticas a estas figuras. Si bien estas reconversiones no están siempre libres de ligaduras ideológicas incapacitantes, no puede pasarse por alto que estos instrumentos colaborativos han de tener su origen –y finalidad- en políticas coherentes que vengán a solventar necesidades reales de provisión de infraestructuras y servicios. Han pasado los tiempos en que las administraciones bastaban para satisfacer las demandas crecientes de los ciudadanos, lo cual ha de hacerse ahora con unos recursos menguantes. La cuestión no es CPP sí o no, sino cómo. Las Agencias pueden ser un medio para mejorar el cómo, acrecentando la especialización de los órganos administrativos, la transparencia, la claridad en la imputación de responsabilidades, el acercamiento de estas figuras a las pequeñas y medianas empresas y, en definitiva, pueden constituirse en instrumentos al





servicio del tan manido Interés General que hoy, más que nunca, nace de la conjunción del interés público y del privado.

BIBLIOGRAFÍA

ALCOLEA CANTOS, A. Nuevos modelos de gestión y financiación de infraestructuras en España. 2014. Aranzadi

ANDREU ARASA, Jorge: Agencias de Colaboración Público-Privada. Una aproximación positiva. Boletín Económico de ICE. 2013.

BANCO MUNDIAL. <http://datos.bancomundial.org/indicador/NE.GDI.TOTL.KD.ZG>.

CARCÍA CAPDEÓN, Pedro M. “Los Contratos de Colaboración Público-Privada”. Revista Española de la Función Consultiva, núm. 3. (enero - junio 2005). Pág. 96

DOMÍNGUEZ LUIS, José A. Equilibrio económico *versus* riesgo imprevisible en la concesión de obras públicas: el supuesto de las autopistas de peaje. Revista Aranzadi Doctrinal num. 8/2015.

ESTEBAN GALARZA, Marisol. La Colaboración Público-Privada en la provisión de infraestructuras: una valoración de la experiencia internacional. Ekonimaz nº 63. 2006.

FERNÁNDEZ LLERA, R. Colaboración público-privada como elusión de la estabilidad presupuestaria. Revista de Estudios Regionales. Vol. Ext. VIII.

FERNÁNDEZ LLERA, R. Financiación mediante colaboración público-privada: el caso del Hospital Universitario Central de Asturias. Jornadas sobre la iniciativa privada en la financiación de proyectos públicos. Burgos, 2007.

GIRALDÉS GUTIÉRREZ, Luis S. Revista española de Derecho Administrativo num. 168/2015. Cívitas.

GÓMEZ HECHT, Juan Ricardo. Revista de Policía y Seguridad Pública, nº 6. 2014.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. “Colaboración Público-Privada e Infraestructuras de Transporte”. Marcial Pons. 2010. Págs. 25-26-





GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. “Contrato de Colaboración Público-Privada”. Revista de Administración Pública. Núm. 170. 2006.

GONZALEZ GARCIA, Julio V. Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria, 2007. Tirant lo Blanch

JIMÉNEZ DÍAZ, A., “El contrato de colaboración público-privada y el de concesión de obras públicas (en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”. Diario La Ley, N.º 6934

LÓPEZ DÍAZ, Alternativas de financiación en época de crisis. LEX NOVA. 2014.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A. “«Proyect Finance» en financiación de infraestructuras mediante colaboración pública-privada”. Revista española de Derecho Administrativo núm. 165/2014. Cívitas

SÁNCHEZ, María Guadalupe: Un caso de cooperación público-privada. El plan Ludueña en Rosario. Revista Iberoamericana de Gobierno Local. Núm. 5. 2013.

SEOPAN, Asociación de Empresas Constructoras y Concesionarias de Infraestructuras. <http://seopan.es/wp-content/uploads/2016/04/Evolucio%CC%81n-de-la-licitacio%CC%81n-de-Concesiones-2014-1.pdf>

