



FACULTAD DE DERECHO

**LAS “PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIPS”
COMO COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN
EL CONTEXTO EUROPEO**

Tutora: María Burzaco Samper

Autora: Patricia Alonso Gómez

Madrid

Abril de 2014

ÍNDICE

ABREVIATURAS	4
1 INTRODUCCIÓN.....	5
2 COLABORACION PÚBLICO PRIVADA EN LA UNIÓN EUROPEA	6
2.1 PLANTEAMIENTO GENERAL.....	6
2.2 TRATADO DE MAASTRICHT COMO PUNTO DE PARTIDA DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.....	7
2.2.1 <i>La ejecución de las Redes Transeuropeas de Transporte</i>	<i>8</i>
2.2.2 <i>Principio de Estabilidad Presupuestaria</i>	<i>10</i>
A) Cuestiones Generales	10
B) Marco normativo aplicable	11
2.3 AUGE Y DESARROLLO DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA	12
2.3.1 <i>Antecedentes.....</i>	<i>12</i>
2.3.2 <i>Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones.....</i>	<i>13</i>
A) Primeras Aproximaciones al Libro Verde	13
B) Definición de la CPP según el Libro Verde.....	14
C) Elementos caracterizadores de la CPP según el Libro Verde	14
D) Modalidades de colaboración publico privada según el Libro Verde.....	15
3 COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL MODELO ANGLOSAJÓN Y EN EL MODELO CONTINENTAL EUROPEO	17
3.1 INTRODUCCIÓN	17
3.2 COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL MODELO ANGLOSAJÓN “LOS PPP”	18
3.2.1 <i>Cuestiones Previas.....</i>	<i>18</i>
3.2.2 <i>Nuevas fórmulas de PPP o “Public Private Partnerships”; El LIFT y el BSF.....</i>	<i>20</i>
A) EL Programa Local Investment Finance (LIFT) (“Sociedad Limitada de Inversion Local”) ..	20
<i>En cuanto a dicha fórmula, ésta está.....</i>	<i>20</i>
3.3 COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN EL MODELO CONTINENTAL EUROPEO; ALEMANIA Y ESPAÑA	22
3.3.1 <i>Cuestiones previas.....</i>	<i>22</i>
3.3.2 <i>Conceptos Generales sobre la colaboración publico privada en Alemania</i>	<i>23</i>
3.3.3 <i>Conceptos Generales sobre la colaboración publico privada en España.....</i>	<i>27</i>
A) Contexto general de las figuras de CPP y Contrato de Concesión de obra pública.....	29
B) Contrato de concesión de obra pública	31
C) Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado	34
D) Análisis comparativo de ambas figuras contractuales	38
E) Conclusión final en cuanto a ambos contratos	40
4 FINANCIACIÓN DE LAS PPP.....	41

4.1	FORMAS DE FINANCIACIÓN	42
4.1.1	<i>Referencia al Project Finance como forma de Financiación</i>	43
4.1.2	<i>Métodos de licitación en el Project Finance</i>	45
4.1.3	<i>Breve comparativa de ambos modelos de licitación en España y Alemania</i>	48
5	CONCLUSIÓN.....	51
	BIBLIOGRAFÍA.....	53
	LEGISLACIÓN	56

ABREVIATURAS

BSF	<i>Building Schools for the Future</i>
CE	Constitución Española
CES	Consejo Económico y Social
CPP	Colaboración público-privada
CPPC	Colaboración público-privada contractual
CPPI	Colaboración público-privada institucional
LCSP	Ley 30/2007, 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público
LIFT	<i>Local Investment Finance Trust</i>
PHF	<i>Partnerships for Health</i>
PFI	<i>Private Finance Initiative</i>
PPP	<i>Public Private Partnership</i>
PUK	<i>Partnerships United Kingdom</i>
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TRLCSP	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
TCEE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TUE	Tratado de Unión Europea o Tratado de Maastricht
CCPP	Contrato de Colaboración Público Privada
BAFO	<i>Best and Final Offer</i>
NHS	<i>National Health Service</i>
BMVBS	Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung

Resumen

Durante la última década, y en el contexto internacional, la Colaboración Público Privada ha adquirido bastante notoriedad. Los continuos ajustes presupuestarios y el control del déficit por las distintas administraciones han hecho emerger la CPP como un instrumento alternativo a la hora de proveer de infraestructuras y servicios públicos a un país. Además, en el esfuerzo por lograr una mejor recuperación económica y establecer las bases para una economía europea más sostenible, la Unión Europea ha apostado decididamente por estas fórmulas de colaboración público privada; y no solo eso, sino que también se ha intentado transmitir a los Estados Miembros la importancia de las mismas y las ventajas que estas ofrecen a la hora de contribuir al crecimiento económico de la unión europea en el actual contexto socio-económico.

Palabras clave

Colaboración público privada. Infraestructuras. Sector privado. Financiación.

Summary

During the last decade, and in the international context, the Public Private Partnership has become quite well known. The continuous budget adjustment and the deficit control by the various administrations, have made the CPP emerged as an alternative tool to provide infrastructures and public services to a country. Moreover, in the effort to achieve a better economic recovery and establish the basis for a sustainable European economy, the European Union has firmly backed these formulas of public-private partnership; and not only that, but has also tried to convey to the Member States the importance and advantages that these offer when contributing to the economic growth of the European Union in the current socio-economic context.

Keywords

Public Private Partnerships. Infrastructures. Private sector. Financing

1 INTRODUCCIÓN

Conscientes de que las infraestructuras y un buen desarrollo de las mismas influye no solo en el bienestar de los ciudadanos sino también en la economía de mercado y en la competitividad internacional de un país con respecto al resto del mundo, las administraciones públicas desde siempre han enfocado sus intereses en incrementar las inversiones no solo para proveer de bienes y servicios públicos a sus ciudadanos, sino también para reactivar la economía del país y por consiguiente mejorar el bienestar de los ciudadanos. Sin embargo, este interés en el incremento de inversiones en infraestructuras ha adquirido nuevas dimensiones en el actual contexto de crisis económica donde cada vez se acrecienta más el *dilema entre las políticas de reducción del gasto público con las políticas de impulso y desarrollo económico*.

Toda esta problemática y preocupación por las políticas de control del déficit público tanto a nivel nacional como internacional, se ha convertido en una cuestión fundamental en el ámbito de la Unión Europea a raíz de la asunción del Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Se ha buscado adaptar este pacto de estabilidad y crecimiento y el Principio de estabilidad presupuestaria a la oferta de infraestructuras y servicios por parte de las Administraciones Públicas, y para ello en Europa se ha abierto un debate sobre los medios adecuados a estos fines. Es pues en este contexto de restricción presupuestaria para la provisión de servicios e infraestructuras, donde las formulas de CPP ejercen un papel muy relevante. Se buscan pues alternativas para alcanzar un mayor desarrollo e incremento de la inversión en lo público lo cual supone a la larga una reactivación de la economía de un país.

La novedad que incorporan las CPP tiene que ver con la incorporación de la iniciativa privada (a terrenos tradicionalmente de carácter público) en cuanto a la financiación y gestión de proyectos públicos, la cual supone una vía de financiación rápida y eficiente en cuanto se refiere a suministro de bienes y públicos para la satisfacción de los ciudadanos.

2 COLABORACION PÚBLICO PRIVADA EN LA UNIÓN EUROPEA

2.1 Planteamiento General

Fue a principios de los años noventa cuando el concepto de CPP tuvo su impulso fundamental en las instancias comunitarias. En un contexto marcado por la necesidad inminente de impulsar el crecimiento de las economías de los países comunitarios mediante la ejecución de infraestructuras europeas de transporte (las redes transeuropeas) y la mejora de los servicios públicos prestados, junto con las restricciones presupuestarias y límites de endeudamiento fijados en el Tratado de Maastricht, la apuesta comunitaria por este tipo de fórmulas de colaboración entre el sector público y privado encontró su punto de partida y posterior expansión.

En este contexto CASARES MARCOS en su obra colectiva dirigida por T. QUINTANA LÓPEZ apunta, en concordancia con lo expuesto que

Los Estados Miembros se enfrentan, en el marco de la reciente ampliación y de unas restricciones presupuestarias cada vez más fuertes a la necesidad de acopiar fondos que permitan hacer frente a proyectos de interés público pero de necesidades económicas muy superiores a las disponibles o a las permitidas en función de la estabilidad presupuestaria propugnada desde la Unión¹

Por su parte, y en términos parecidos, R. MARTÍNEZ MANZANEDO también considera que

En el contexto de aplicación de políticas presupuestarias restrictivas, es donde la colaboración entre los sectores público y privado se contempla como uno de los sistemas de financiación capaces de aunar los dos objetivos, que en un principio pueden parecer contradictorios, y que son por un lado, la necesidad de incrementar la inversión en infraestructuras como base para la prestación de servicios públicos de gran calado social y económico y, de otra, lograr unas finanzas públicas saneadas²

No obstante, dichas fórmulas colaborativas en sus inicios, no eran novedosas en todo el ámbito europeo; en el Reino Unido venían desarrollándose desde hace tiempo.

¹ A. CASARES MARCOS, “Análisis del marco general, estado actual y nuevas perspectivas de la colaboración público privada”, en la obra colectiva dirigida por T. QUINTANA LÓPEZ, *Estado actual y perspectivas de la colaboración público privada*, CES, 2010, p.100.

² R. MARTINEZ MANZANEDO, “El sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad como marco de referencia conceptual contenido en la normativa de estabilidad presupuestaria” en la obra colectiva dirigida por M. GARCÉS SANAGUSTÍN, *La Estabilidad presupuestaria en el derecho español*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2004.

Gracias a la experiencia y ventajas de estas modalidades de cooperación en el ámbito de las infraestructuras y servicios públicos en el país británico, se hizo posible que las instancias comunitarias profundizaran más en esta figura de CPP mediante la creación de diversos grupos de alto nivel y elaboración de documentos de consulta donde se incluirían una tipología de múltiples fórmulas colaborativas entre el sector público y privado englobadas todas ellas bajo un mismo concepto, el de “*Public Private Partnership*” o PPP.

Con todo ello, y una vez planteadas de forma breve las cuestiones principales referidas al concepto de PPP y el contexto en que pasa a desarrollarse, nos dispondremos a analizar en los siguientes apartados de forma más extensa, tanto el origen comunitario de dicha colaboración público privada como su posterior auge y desarrollo.

2.2 Tratado de Maastricht como punto de partida de la Colaboración público-privada

Para entender mejor el contexto, antes haremos una breve referencia al Tratado de Maastricht pues el real origen de este concepto moderno de Colaboración Público privada encuentra su razón de ser en dicho tratado y en lo que este dispone en su redacción.

Entre sus previsiones, el Tratado de Maastricht impone a los países integrantes de la Unión Europea la obligación de llevar a cabo dos actuaciones contradictorias; por un lado la de conseguir “*un sistema más competitivo de infraestructuras que permita crear un mercado único*”, y por otro lado la exigencia a los Estados Miembros de “*evitar déficits públicos excesivos*”³.

En este último contexto de búsqueda de soluciones y alternativas para la ejecución de las disposiciones establecidas en el Tratado, será donde ejercerán las “*Public Private Partnerships*” (PPP) su papel principal.

³ Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea (TUE), firmado el 7 de Febrero de 1992 entró en vigor el 1 de Noviembre de 1993.

2.2.1 *La ejecución de las Redes Transeuropeas de Transporte*

En cuanto a la primera de las obligaciones impuestas en el *Tratado de Maastricht*, la de crear un Mercado Único, libre de barreras y de obstáculos a la libre circulación de personas, bienes y mercancías y, por tanto, una auténtica cohesión económica y social, el autor E. CARBONELL PORRAS apunta que la construcción de un mercado común

Presupone la eliminación de los obstáculos que, para los intercambios comerciales e industriales entre los Estados Miembros derivan del transporte, sector que, al intervenir en todos ellos, puede entorpecer la realización de las libertades económicas que caracterizan a la Comunidad Europea. Pero además será necesario articular un sistema de transportes intracomunitarios que asegure la rapidez, eficacia y seguridad de los desplazamientos. Estos fines genéricamente esbozados justifican, sin más, la relevancia del sector en la construcción europea⁴

Esto es, según el autor resulta imprescindible establecer una política común en cuanto a materia de transportes. Esto último ya se preveía en el *artículo 3 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCCE)* el cual, sin embargo, no fijaba en su contenido los objetivos y fines necesarios de esta acción común⁵.

Por consiguiente en primer lugar, y para hacer efectiva la implantación de este Mercado Único, era necesario como sostiene M. T. BRUNETE DE LA LLAVE

La creación de un sistema competitivo de infraestructuras que permitiera interconectar las ya existentes y construir, a su vez, las que fueran necesarias para la contribución al desarrollo de los países⁶

Para ello, el Tratado de Maastricht, con fecha de 7 de Febrero de 1992, hizo referencia en su *artículo 3, apartado n)* a una acción común para fomentar la creación y el desarrollo de las redes transeuropeas de transporte, y en su *artículo 129* incluyó la

⁴ E. CARBONELL PORRAS, *Régimen Jurídico-Administrativo del Transporte Interurbano por Carretera*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1993, p.111

⁵ TCCE, Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea

⁶ M.T. BRUNETE DE LA LLAVE, *Los contratos de colaboración público privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, Madrid, La Ley, 2009, p.111

regulación de este tipo de redes y la necesidad de desarrollarlas en los sectores de infraestructuras de transporte, telecomunicaciones y energía⁷.

Actualmente en idénticos términos que en el *artículo 129 del Tratado de Maastricht*, el *artículo 170 del vigente Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE), relativo a las redes transeuropeas, recoge el objetivo de las mismas que es hacer realidad la cohesión económica y social de la Unión. Lo hace en los siguientes términos:

“1. A fin de contribuir a la realización de los objetivos contemplados en los artículos 26 y 174 (...), la Unión contribuirá al establecimiento y al desarrollo de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transportes, de las telecomunicaciones y de la energía.

2. En el contexto de un sistema de mercados abiertos y competitivos, la acción de la Unión tendrá por objetivo favorecer la interconexión e interoperabilidad de las redes nacionales, así como el acceso a dichas redes. (...)”⁸

No obstante, las instancias comunitarias junto con el cumplimiento de esta primera previsión recogida en el Tratado de Maastricht, debían dar cumplimiento a la par al principio de estabilidad presupuestaria recogido también en el citado Tratado de Maastricht. Es en este contexto donde la Comisión, tras la publicación del *Libro Blanco <Crecimiento, competitividad y empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI>* y en orden a respetar este principio impuesto, comienza a apostar por la Colaboración entre el sector público y privado como fórmula para lograr la implantación real de las redes transeuropeas de transporte.

El fundamento principal por el que se ha de recurrir a estas fórmulas colaborativas para financiar la ejecución de dichas infraestructuras, se deriva no solo del cumplimiento obligado por parte de los Estados Miembros del principio de estabilidad presupuestaria, sino debido también como indica M. T. BRUNETE DE LA LLAVE en su obra a que

La financiación procedente del presupuesto de la Unión Europea en las redes resulta un tanto limitada y asciende a menos del 10 por ciento del total del capital necesario para ejecutarlas y aun cuando el Fondo de Cohesión, el Banco Europeo de Inversiones y los

⁷ Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea, cit. .

⁸ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), firmado en Roma en 1957.

Fondos de Investigación y Desarrollo Tecnológico desempeñan un papel importante, la viabilidad de la red dependerá en última instancia del capital privado⁹

Esto es, teniendo en cuenta que el capital proporcionado por la Comisión y los Estado Miembros es innecesario para realizar estos proyectos, habrá de considerar al sector privado como una alternativa para conseguir financiación y poder no solo ejecutar dichas infraestructuras, sino también hacerlo de una forma eficiente; todo ello se realizará por consiguiente a través de la Colaboración Público-Privada.

2.2.2 Principio de Estabilidad Presupuestaria

A) Cuestiones Generales

Una vez analizado el primer objetivo del Tratado de Maastricht, pasaremos a analizar el segundo objetivo. Esto es, el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria recogido en el mencionado Tratado.

Como hemos indicado, la necesidad de financiar la ejecución de las redes transeuropeas de transporte cumpliendo lo que implica el principio mencionado, fue una de las justificaciones esenciales en cuanto a la utilización de estas fórmulas de PPP en los Estados Comunitarios.

Según el autor J. GONZÁLEZ GARCÍA la búsqueda de una solución para estos problemas de financiación de las infraestructuras fue lo que motivó la incorporación de estas fórmulas como método alternativo, y lo que determinó el paso a lo que él denomina como “*La huida de la consolidación contable*” que según el

Consiste en idear operaciones financieras que no repercutan sobre ese límite de endeudamiento, escapando así a las restricciones presupuestarias correspondientes, con el fin de que las Administraciones públicas puedan, entre otras cuestiones, construir sin afectar a su déficit¹⁰

⁹ M.T. BRUNETE DE LA LLAVE, *Los contratos de colaboración público privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 274

¹⁰ J. GONZÁLEZ GARCÍA, *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p.27

B) Marco normativo aplicable

Por su parte, en cuanto al marco normativo aplicable al principio de estabilidad presupuestaria, aún cuando el Pacto de Estabilidad y Crecimiento se constituye en su instrumento básico, tal y como indica J. GONZÁLEZ GARCÍA, entre otros, “*ya en el Tratado de la Unión Europea se aludía, en el artículo 104, a la citada estabilidad presupuestaria*”¹¹

Así pues, con el fin de hacer efectiva dicha restricción del déficit dispone M. GARCÉS SANAGUSTÍN que se instauró en el ámbito comunitario

Un edificio normativo cuya estructura estaría constituida por el artículo 104.1 del Tratado de la Unión Europea, actual artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; el Pacto de Estabilidad y Crecimiento compuesto por la Resolución del Consejo Europeo de 17 de Junio de 1997 y los Reglamentos (CE) 1466/96 y 1467/97, del Consejo que lo instrumentan jurídicamente; y por las Recomendaciones que diversos Consejos Europeos han hecho en materia de finanzas¹²

En cuanto a la regulación de este principio de estabilidad presupuestaria en nuestro país, éste se encuentra plasmado y constitucionalizado en el *artículo 135* de la *Constitución Española* (CE), el cual dispone lo siguiente

“1. Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.

2. El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros. (...)”¹³

Por último, con respecto a dicho principio, considero relevante hacer mención a la *Ley Orgánica 2/2012, de 27 de Abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera* donde tienen cabida dos definiciones que no podemos obviar, y a las cuales haremos referencia de forma breve.

¹¹ J. GONZÁLEZ GARCÍA, *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, cit., p. 32

¹² M. GARCÉS SANAGUSTÍN, *La Estabilidad presupuestaria en el derecho español*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2004, P.46

¹³ Constitución Española de 1978 (CE)

En primer lugar, el *artículo 3.2* de dicha ley entiende por Estabilidad Presupuestaria de las Administración Pública “*la situación de equilibrio o superávit estructural*”, y en segundo lugar, el *artículo 4.2* entiende por Sostenibilidad Financiera “*la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial conforme a lo establecido en esta Ley, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea*”¹⁴

2.3 Auge y desarrollo de la Colaboración público-privada

2.3.1 Antecedentes

En cuanto al auge en la utilización de la colaboración público-privada en el ámbito europeo, las causas a las que hace referencia la Comisión Europea según la autora M. HERNANDO RYDINGS¹⁵ se concretan en las siguientes:

- El cambio de rol de las Administraciones Públicas como consecuencia de la evolución que han experimentado las mismas al haber pasado de ejercer el papel de prestadoras de servicios, a coordinadoras en la construcción de infraestructuras o prestación de servicios que ahora realiza el sector privado.
- La determinante influencia que tiene sobre estas cuestiones el Pacto de Estabilidad Presupuestaria, el cual determina según la autora que se recurra a “*auténticas operaciones de ingeniería financiera con el fin de que las ejecuciones que deben acometer las Administraciones Públicas no repercutan de forma negativa en los presupuestos públicos*”.
- Por último, la necesidad de contar con el sector privado por su “Know - How” y su mayor eficacia y eficiencia en la forma de acometer la construcción de infraestructuras o la gestión de servicios públicos.

¹⁴ Ley Orgánica 2/2012, de 27 de Abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera

¹⁵ M. HERNANDO RYDINGS, La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales, Civitas, 2012, p.163

Los motivos expuestos contribuyeron a que a finales de los años noventa se asentaran en el ámbito comunitario las bases de dicha colaboración público privada.

Sin embargo, la Comisión Europea aun siendo partidaria de este tipo de formas colaborativas entre ambos sectores, también era consciente de los obstáculos que podían encontrarse en su desarrollo (económicos, jurídicos, políticos...). Por ello, la Comisión decidió aportar soluciones mediante la creación de un marco jurídico que las desarrollará en mayor profundidad. A él haremos referencia en el siguiente apartado.

Referencia al Libro Verde *Libro Verde sobre la colaboración publico publico-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones*".

2.3.2 Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones

A) Primeras Aproximaciones al Libro Verde

La Comisión consideraba necesario elaborar un marco reglamentario no sólo que permitiera un desarrollo rápido de las diferentes formas de CPP, sino que permitiera también el establecimiento de un marco jurídico seguro en el ámbito Europeo de la contratación pública.

Por ello, dicha Comisión, en cumplimiento a lo establecido en la Comunicación de 2003 y con el fin de desarrollar un marco reglamentario amplio que regulase las asociaciones publico-privadas y transmitiera seguridad al sector privado, decidió llevar a cabo la elaboración del documento conocido como "*Libro Verde sobre la colaboración publico publico-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones*".

En cuanto a este último, fue presentado por la Comisión con fecha de 30 de Abril de 2004, y posteriormente informado por el *Comité Económico y Social Europeo y el Comité (CES) de las Regiones*, iniciando con todo ello como sostiene M.T. BRUNETE DE LA LLAVE "*el proceso de una completa regulación expresa de la colaboración público-privada en Derecho Europeo*".

Asimismo, el autor considera que “*quizá uno de los precedentes comunitarios más evidentes de nuestro contrato de colaboración entre el sector público y el privado se encuentra precisamente en este último documento, el Libro Verde sobre la colaboración público público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones*”.¹⁶

B) Definición de la CPP según el Libro Verde

Aún cuando el concepto de Colaboración Público Privada (CPP) se conforma por una definición inexacta en el ámbito Europeo, la UE apuesta por dicho modelo.

Sin embargo, dicha expresión «colaboración público-privada» (CPP) es entendida por la Comisión en el “*Libro verde sobre la Colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*” como

Las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio¹⁷

Mencionar por tanto, que antes de la redacción por parte de la Comisión en el Libro Verde de la expresión CPP, ésta carecía de una definición en el ámbito comunitario.

C) Elementos caracterizadores de la CPP según el Libro Verde

Además, en el Libro Verde se incorporan los cuatro elementos que caracterizan este tipo de colaboraciones según la Comisión, y que son los siguientes:

— *La duración relativamente larga de la relación*

Relación que implica una cooperación entre el socio público y el privado en los diferentes aspectos propios del proyecto que se va a realizar.

¹⁶ M.T. BRUNETE DE LA LLAVE, *Los contratos de colaboración público privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 370

¹⁷ “*Libro verde sobre la Colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*”

— *En cuanto al modo de financiación del proyecto*

Es asumida por el sector privado, en ocasiones a través de una compleja organización entre diversos participantes. No obstante, esta financiación privada puede completarse con una financiación pública.

— *En cuanto a los papeles de los operadores económicos que participan en el proyecto*

Distinguimos por un lado, al socio público que tiene tareas asignadas como la definición de los objetivos a alcanzar en materia de interés público, control en cuanto a la calidad de los servicios a utilizar propuestos, y control de la política de precios, todo ello garantizando a la par un control absoluto en cuanto al cumplimiento de dichos objetivos, y por otro lado al socio privado que presta el servicio.

— *El reparto de los riesgos entre el socio público y el privado*

Es al sector privado al que se le van a transferir los riesgos que habitualmente tiene que soportar el sector público. Sin embargo, esto no significa que en las operaciones de CPP sea el socio privado quien asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos; así pues, aunque normalmente suele asumir un mayor riesgo económico el sector privado, se llevara a cabo, caso por caso, un reparto preciso de los riesgos a soportar, todo ello en base a las capacidades respectivas de cada una de las partes en cuanto a la evaluación, control y gestión de los mismos.

D) Modalidades de colaboración publico privada según el Libro Verde

Por último, y puesto que el derecho comunitario no prevé ningún régimen específico que englobe el fenómeno de las CPP, el Libro Verde, en su redacción y a su juicio, distingue entre dos modalidades de Colaboración Público-Privada las cuales clasifica como “*la CPP de tipo puramente contractual*” y “*la CPP de tipo institucionalizado*”.

Sin embargo, como indica L. MÍGUEZ MACHO acerca de estas dos modalidades

Las mismas no tienen en cuenta las clasificaciones del Derecho Nacional puesto que, como suele ocurrir en el ámbito de la Unión Europea, es preciso trascenderlas para no encallar en las diferencias existentes entre los Ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros¹⁸

Esto es, estas categorías de CPP recogidas en el Libro Verde por la Comisión no se corresponden con las que establecen los Derechos nacionales, y por ello haremos una breve referencia a las mismas.

— *La CPP puramente contractual o CPPC*

Dicha colaboración se basa en vínculos exclusivamente contractuales entre las diferentes partes. En ella se engloban diversas tareas que se atribuyen al socio privado y que incluyen el proyecto, la financiación, la realización, la renovación o la explotación de una obra o de un servicio.

Además, con base a este tipo de colaboración, tiene lugar la aplicación de las directivas europeas sobre contratos públicos.

— *La CPP institucionalizada o CPPI*

Dicha colaboración por su parte, implica una cooperación en una entidad diferente lo cual puede conducir a la creación de una entidad *ad hoc* de participación conjunta entre el socio público y el privado, o a la toma de control de una empresa pública existente por parte de un operador privado. Todo ello con la finalidad de garantizar la entrega de una obra o la prestación de un servicio en beneficio de un servicio público.

¹⁸ L. MÍGUEZ MACHO, *Las fórmulas de colaboración público privada en el derecho español*, RAP nº 175, 2008, p. 169

3 COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL MODELO ANGLOSAJÓN Y EN EL MODELO CONTINENTAL EUROPEO

3.1 Introducción

En cuanto a la expresión Colaboración Público-Privada o “Public Private Partnership”, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ entiende que el acrónimo PPP es “*la expresión más amplia, el género que abarcaría a las especies y que sería una fórmula omnicomprendiva, hasta tal punto que incluiría no solo la construcción de obras sino también la prestación de servicios*”.¹⁹ Esto es, como ya hemos mencionado anteriormente, bajo el concepto de Colaboración Público – privada (PPP) quedarían comprendidas múltiples fórmulas contractuales, basadas en una relación entre el sector público y privado para la ejecución de proyectos de infraestructuras, donde uno de los rasgos básicos que integra esta estrecha relación entre ambos sectores consiste en la repartición de riesgos derivadas de las operación llevadas a cabo.

Además, este acrónimo se corresponde a la expresión “Partenariat public-privé” en francés, “Public Private Partnership” en inglés y Colaboración o participación publico privada en español.

La Unión Europea apostó por este concepto y su desarrollo por la necesidad de hacer frente a una demanda cada vez mayor en la sociedad en el ámbito de las infraestructuras y servicios públicos.

La inversión en ambos sectores favorece el crecimiento económico del país en que esta tiene lugar, lo que a la larga constituye una ventaja. Además, así lo manifiestan los autores B. BENITO LÓPEZ Y V. MONTESINOS JULVÉ cuando sostienen en su obra que “*resulta innegable el carácter impulsor que para la economía nacional tiene el desarrollo de las infraestructuras así como el de su incidencia en la mejora de la productividad y competencia y su capacidad para generar empleo*”²⁰

¹⁹ A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, “*El significado actual del contrato de concesión de obra pública*”, en *Instrumentos de colaboración público privada: el contrato de concesión de obras públicas*, que el mismo dirige, Civitas, 2010, p.20.

²⁰ B. BENITO LÓPEZ y B. Y MONTESINOS JULVÉ, “*Análisis de la financiación ¿privada? de infraestructuras*”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda* n.º. 9, III 2003, p.10

Sin embargo, la inversión en dichas infraestructuras o servicios públicos se encuentra condicionada en los últimos tiempos por una reducción del gasto público. Por ello, en el nuevo contexto de restricciones presupuestarias, es preciso acudir a nuevas formas de financiación prácticas para la consecución de dichos objetivos.

Con todo ello, este modelo de CPP a finales del Siglo XX fue calando de forma paulatina en el sector de las infraestructuras de transporte por un lado, y posteriormente en otros sectores como la sanidad, educación, prisiones, gestión de residuos, gestión del agua...

Por último mencionar que efectuaremos una breve aproximación y comparativa entre el modelo anglosajón, Reino Unido, y el modelo continental europeo, Alemania y España, en cuanto a algunas de las técnicas colaborativas concebidas en los respectivos países.

3.2 Colaboración público-privada en el modelo anglosajón “Los PPP”

3.2.1 Cuestiones Previas

El término genérico de “Public Private Partnership” lo componen distintas fórmulas de cooperación entre los sectores privado y público en la tarea de ejecutar infraestructuras y prestar servicios públicos.

Además, en cuanto a las características básicas de todas estas formas de CPP, se constituyen en contratos con una duración a largo plazo donde el sector privado será quien se encargue de diseñar, construir, financiar y explotar la infraestructura pública o servicio público los cuales han sido ejecutados por el mismo. Además, en cuanto a la remuneración del sector privado, ésta procederá o bien de los usuarios de la instalación o del servicio, bien del sector público o de ambos conjuntamente, sin olvidar que la infraestructura puede pasar a ser de titularidad pública una vez haya finalizado el contrato.

En cuanto a PPP en el Reino Unido se refiere, la fórmula de colaboración público-privada más desarrollada en este país es la Private Finance Initiative (PFI).

En lo que respecta a los proyectos de PFI y a las fórmulas desarrolladas en Reino Unido, estos han sido empleados en dicho país desde la adopción de la iniciativa de financiación privada, durante los primeros años de 1990, alcanzando valores que permiten concluir que su mercado a nivel mundial es uno de los más desarrollados acumulando más de 20 años de experiencia en el sector de la colaboración entre el sector público y el privado.

No obstante, los resultados de dichos esquemas británicos no solo se concretan en unos buenos resultados, sino también se incluyen como orientaciones, posteriormente seguidas por la Unión Europea, en la redacción del Libro Verde.

Por su parte, en el documento “*Public Private Partnerships; the governments approach, 2000*”,²¹ se plasman tres objetivos principales por los que se fundamentan los PPP y en base a los cuales el Gobierno Central desarrolla los mismos. Así pues se distinguen en el citado documento los siguientes:

- Mejorar la calidad y cantidad de los servicios públicos prestados a la ciudadanía
- Explotar todo el potencial de las infraestructuras publicas
- Proporcionar un mayor valor a los contribuyentes y mayores beneficios a la economía de manera que cada participante en los PPP puedan, de manera justa e igualitaria, participar y beneficiarse de este tipo de fórmulas.

No obstante, aún siendo la PFI la más importante de las fórmulas de PPP, ésta no es la única. Junto a ella, se han ido desarrollando otros mecanismos de cooperación entre el sector público y privado en Reino Unido. De entre estos últimos, en este trabajo haremos una breve referencia a dos de ellos como nuevas fórmulas, junto el PFI, de Public private Partnership. Estos son más concretamente la iniciativa denominada *Building Schools for the Future* (BSF) y la *Local Investment Finance* (LIFT) las cuales pasaremos a analizar a continuación.

²¹ “*Public Private Partnerships; the government’s approach, 2000*”.

3.2.2 Nuevas fórmulas de PPP o “Public Private Partnerships”; El LIFT y el BSF

Como acabamos de mencionar en el apartado anterior, junto con la fórmula clásica de PPP en el Reino Unido, el PFI (Private Finance Initiative), han ido surgiendo otras muchas fórmulas de colaboración público privada. Sin embargo, únicamente serán objeto de estudio en este trabajo las dos siguientes

A) EL Programa Local Investment Finance (LIFT) (“Sociedad Limitada de Inversion Local”)

En cuanto a dicha fórmula, ésta está creada para proporcionar atención médica primaria. En lo referente al ámbito sanitario en el Reino Unido, fue publicado el 1 de Julio de 2000 el *Plan Nacional del Servicio Público de Salud (National Health Service Plan o NHS Plan)* por el Departamento de Salud (hay pagina web de ese Plan- ponerla en la bibliografía). En este se planteaban problemas relacionados con la sanidad en este país, y entre los cuales se encontraban

Un déficit de profesionales de la salud en la atención privada; una ubicación errónea de estos últimos si se tenían en cuenta los datos actuales en ese momento de la demografía; y que la actuación de estos profesionales se realizaba conforme a patrones que no se ajustaban a las necesidades requeridas por la atención primaria en ese nuevo siglo²²

En base a esto último, tiene su fundamento “*el Programa LIFT*”. El objetivo del NHS Plan por consiguiente, se centraba según el autor D. HUNTER en

Buscar fórmulas a través de las cuales se pudiera ofrecer a los ciudadanos unos servicios de atención primaria rápidos y de calidad y a tal fin preveía invertir para la construcción de nuevos centros de atención primaria con el fin de transformar el sistema de atención sanitaria y social²³

²² el 1 de Julio de 2000 el *Plan Nacional del Servicio Público de Salud (National Health Service Plan o NHS Plan)* por el Departamento de Salud

²³ D. HUNTER, “*PPP structures: LIFT/BSF*”, en la obra colectiva dirigida por RADFORD, *PPP in the UK a practical guide, City & Financial Publishing*, 2009, p.39.

Para esto último, para llevar a cambio un cambio y mejora en el sector de la atención sanitaria primaria en el Reino Unido, dicho Plan Nacional del Servicio Público de Salud propuso para la consecución de sus objetivos la utilización de las PPP, más concretamente una fórmula de PPP que consistiera en la creación de un entidad mixta denominada Partnerships for Health (PfH) formada por el Departamento de Salud y por la entidad Partnerships UK (PUK).

Según el autor recién mencionado, D. HUNTER,

Se optó por la fórmula de crear una sociedad mixta porque se consideraba que a través de la misma se reforzarían los objetivos comunes que debían tener todas las partes involucradas en la misma y de esta forma se podrían evitar confrontaciones que podrían surgir con más facilidad en el seno de otro tipo de fórmulas de colaboración público privada. Además se conseguiría una mayor transparencia al estar representadas en la citada sociedad todas las partes que iban a intervenir en la actuación correspondiente, lo que además contribuiría a aumentar las posibilidades de éxito de la operación²⁴

En definitiva aún cuando dicha fórmula de PPP ha sido en determinados momentos criticada y ha peligrado por falta de recursos, los beneficios sanitarios y sociales que ésta ha aportado a los sectores más perjudicados de la sociedad han mitigado las críticas que haya podido haber al respecto y alguna consecuencia negativa derivada de la aplicación de dicha fórmula.

B) El Programa *Building Schools for the Future* (BSF) (“Construyendo colegios para el future”)

Fórmula cuyo objeto es la transformación de todos los centros educativos de Secundaria. El BSF fue lanzado por el gobierno laborista en 2003 con el objetivo de reformar los 3.500 centros de educación secundaria del Reino Unido, construir de nuevo la mitad de los centros escolares e introducir mejoras tecnológicas en los de reciente creación. Todo ello en un periodo de quince años, más concretamente del 2005 al 2020.

²⁴ D. HUNTER, “PPP structures: LIFT/BSF”, en la obra colectiva dirigida por RADFORD, *PPP in the UK a practical guide, City & Financial Publishing*, 2009, p.43.

Según el citado autor D. HUNTER este Plan se consideraba “*como una oportunidad para regenerar, a su vez, las entidades locales*”²⁵

En cuanto a la gestión de dicho programa, ésta se realizaría desde la Administración central a través de la entidad *Partnerships for Schools* (PFS) la cual coordinaría la ejecución de todas las iniciativas establecidas en dicho programa. Esto es, la fórmula propuesta de PPP para la consecución de los objetivos de dicho programa es muy similar al LIFT expuesto en el apartado anterior.

3.3 Colaboración público privada en el modelo continental europeo; Alemania y España

3.3.1 Cuestiones previas

Dentro de este modelo continental europeo rige una doble vertiente y problemática en cuanto a la figura del contrato y la admisión del contrato administrativo; aunque la admisión de la primera de las figuras es admitida de forma común en todos los sistemas europeos, en lo que respecta a la figura del contrato administrativo en materia de contratación pública, ésta no es admitida en países como Alemania, Italia o Gran Bretaña, a diferencia de países como España y Francia en la que sí que lo es.

A pesar de todo e independientemente de la admisibilidad o no del contrato administrativo en algunos países, sí que existe uniformidad entre los Estados Europeos en cuanto a la preparación y adjudicación de los contratos públicos regulados en la normativa comunitaria en materia de contratación pública.

Por su parte España, no solo reconoce y regula el contrato administrativo, sino que también lo ha constitucionalizado en el *artículo 149.1.18º* de la CE que reza

“1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

(...)

18.^a Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de los funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las

²⁵ D. HUNTER, “*PPP structures: LIFT/BSF*”, en la obra colectiva dirigida por RADFORD, *PPP in the UK a practical guide, City & Financial Publishing*, 2009, p.52.

especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.”²⁶

Por otro lado, en cuanto al Derecho Alemán, país que a diferencia de España no reconoce la figura del contrato administrativo en cuanto a contratación pública, según O. MAYER en este país

Los contratos de obras públicas, de suministros a la Administración, incluso las concesiones de servicios públicos, se consideran, bien contratos privados sujetos a normas civiles y mercantiles, y cuyos contenciosos se ventila ante la jurisdicción ordinaria, bien actos administrativos con ciertas connotaciones especiales²⁷

3.3.2 Conceptos Generales sobre la colaboración público privada en Alemania

En primer lugar, y en cuanto a la colaboración público privada en el Derecho Alemán, al igual que en el caso Español, ésta implica una forma de cooperación entre el sector público y el sector privado, por la cual tiene lugar la transferencia del cumplimiento de una tarea pública a un ente privado.

En base a esto último, y según el *Ministerio Federal de Transportes, Obras Públicas y Urbanismo de Alemania* (BMVBS 2003), podemos describir las PPP o “Public Private Partnerships”, como una

Cooperación entre el Estado y el sector privado de largo plazo y regulada contractualmente, para la ejecución de tareas públicas. Los recursos necesarios para dicha medida (Ejemplo, conocimientos, fondos de operación, capital, personal) pasan a formar parte de una estructura organizativa común, a la vez que los riesgos existentes se dividen entre los socios del proyecto de acuerdo a las competencias en gestión de riesgos de cada uno²⁸

Por su parte, M. T. BRUNETE DE LA LLAVE en cuanto al origen de la colaboración público – privada en Alemania sostiene que

²⁶ Constitución Española de 1978 (CE)

²⁷ O. MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, Traducción al español por Editorial de Palma, Buenos Aires, 1951.

²⁸ Ministerio Federal de Transportes, Obras Públicas y Urbanismo de Alemania (BMVBS 2003)

Es consecuencia fundamental de dos circunstancias; por una parte, la unificación de la Republica Federal que trajo consigo la apertura del este europeo y el desarrollo de un nuevo esquema de relaciones Este-Oeste, y por otra parte, la necesidad de convertirse en un país competitivo en el recién estrenado Mercado Europeo²⁹

Así pues, en los años noventa, Alemania junto con otros Estados Europeos se ve en la necesidad de buscar nuevas fórmulas de financiación extra presupuestarias que le permitan acometer inversiones en grandes infraestructuras para el desarrollo del país, y lo cual equivaldría a una mayor competencia del país alemán dentro del Mercado Único Europeo implantado en el Tratado de Maastricht.

Por todo ello, el Gobierno Alemán inicia un programa para llevar a cabo la ejecución de proyectos de infraestructuras mediante la financiación privada. Es en este apartado, donde se pone en marcha una de las figuras contractuales principales de PPP en Alemania, el *Mogendorfer Modell*.

En lo que respecta al citado modelo de contratación pública alemán, el autor B. ACERETE GIL hace referencia al mismo sosteniendo que

Bajo este modelo, la Administración contrata la construcción y financiación de un proyecto y reembolsa todos los costes e intereses una vez finalizada y recibida la obra, o incluso en un plazo de hasta diez años. De esta forma quedan excluidos los pagos parciales a cuenta y como consecuencia de ello es el contratista el obligado a financiar la construcción correspondiente, adelantando las cantidades necesarias hasta que se produzca la recepción de la obra³⁰

Bajo esta modalidad por tanto, la Administración lleva a cabo la contratación de la construcción y financiación de un proyecto. Una vez finalizada la obra de forma satisfactoria, ésta reembolsará los costes e intereses de la misma a la empresa contratista; la Administración podrá optar por dos opciones de pago, o bien por el pago del precio en una sola vez, o bien en un máximo de diez anualidades.

²⁹ M. T. BRUNETE DE LA LLAVE, *Los contratos de colaboración público privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 287

³⁰ B. ACERETE GIL, *Financiación y Gestión privada de infraestructuras y públicos. Asociaciones público –privadas*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2004, p. 106 y ss.

Por tanto, a modo esquematizado, esta modalidad alemana de PPP se caracteriza por:

— *Un diferimiento en el pago*

En este sentido, A. GONZÁLEZ MARÍN pone de manifiesto en su obra que

La Administración Pública que licita la obra debe contabilizar los compromisos de pago de forma independiente y por consiguiente no tendrá la consideración de deuda a efectos presupuestarios. Además, la adjudicataria por su parte podrá utilizar este compromiso de pago para obtener financiación acudiendo al crédito o al mercado de capitales³¹

— *Asunción plena por parte de la empresa contratista de los riesgos aparejados a la ejecución de la obra.*

Considerando los rasgos básicos y fundamentales de este modelo y lo que cada uno implica, los autores V. PINA y L. TORRES traen a colación en su obra, dos de los objetivos que consideran se consiguen a raíz de la implantación del modelo alemán *Mogendorfer Modell*. Según los citados autores en cuanto a los mismos,

El primero permite desplazar el endeudamiento de la Administración hasta el ejercicio en que se produce la recepción de la obra, facilitando su ejecución inmediata. Por su parte, el segundo, complementario del anterior, permite un correcto control del gasto diferido, ya que el precio de la construcción se concreta a la firma del contrato³²

Por último, en cuanto a esta modalidad de colaboración público- privada integrada en el sistema alemán, M. T. BRUNETE DE LA LLAVE sostiene que más bien lo que se produce a través de este sistema es “*un arrendamiento financiero o leasing inmobiliario de los equipamientos e instalaciones, que son financiados por el sector privado y arrendados a la Administración, adquiriendo esta la propiedad a la finalización del contrato*”³³

³¹ A. GONZÁLEZ MARÍN, “Límites a la financiación presupuestaria de infraestructuras”, en AAVV *Nuevas formas de financiación de proyectos públicos*, Madrid, Civitas, 1999, p. 26

³² V. PINA y L. TORRES, en *La iniciativa privada en el sector público: externalización de servicios y financiación de infraestructuras*, Madrid, AECA, 2003, p.33 y ss.

³³ M. T. BRUNETE DE LA LLAVE, *Los contratos de colaboración público privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 286.

En cualquier caso, además de la fórmula colaborativa recién expuesta, en este país también se han utilizado diversas técnicas de PPP que se extienden desde la creación de las *Joint Foundations* (grupos de trabajo mixto para el desarrollo de trabajos futuros) a modelos concesionales clásicos y de creación de entidades de capital mixto, e incluso a modelos de raíz anglosajona como es el caso del *Betreibermodell*.

En una breve aproximación a este último concepto de *Betreibermodell*, podemos definirlo como una forma de PPP basada en el modelo británico BDFO y en la que el sector privado diseña, construye, financia y explota el inmueble, correspondiéndole además la propiedad sobre el mismo durante la vida del contrato. Además, el sector privado será retribuido mediante pagos que realiza el sector público, recuperando inmediatamente este último la propiedad del mismo una vez expirado el plazo del contrato.

En cuanto a este último modelo alemán, el *Betreibermodell*, como forma de Colaboración público privada en Alemania, autores como RATLEDGE y P. LIGNIÈRES³⁴ han enunciado conceptos parecidos al mismo como por ejemplo “*el PPP FM Leasing Model*”, muy parecido al anterior con la diferencia de que el sector público no recupera automáticamente la propiedad del bien una vez finalizado el contrato, sino que puede elegir entre adquirirlo por un precio o continuar con el esquema anterior de *leasing*, y el “*PPP Ownership Model*”, en el que el sector público retiene la propiedad del bien objeto del contrato.

En Alemania, y en cuanto a materia de contratación pública, se mantiene una estricta dualidad sobre la que se pronuncia el autor J. M. BAÑO LEÓN quien sostiene que “*por un lado en cuanto a los contratos sujetos al derecho comunitario se aplican las normas alemanas que incorporan las Directivas europeas, y por otro lado el resto de contratos se siguen rigiendo materialmente por el derecho privado*”.³⁵

³⁴ RATLEDGE Y P. LIGNIÈRES, “France”, en la obra colectiva dirigida por BUTTON, *A practical guide to PPP in Europe*, 2008, City & Financial Publishing, p.148

³⁵ J. M. BAÑO LEÓN, “La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos”, *RAP* nº .151, enero-abril 2000, p.12.

Por tanto, podemos concluir en cuanto a la CPP alemana, que se encuentra regulada en las disposiciones generales en materia de obras públicas y en la normativa sectorial correspondiente.

3.3.3 Conceptos Generales sobre la colaboración público privada en España

En cuanto a las directivas comunitarias de contratación, permiten en su redacción que cada país miembro por un lado, conserve la forma peculiar que tenga en cuanto a la regulación de la contratación de las Administraciones Públicas, y por otro lado, acepta modos diversos a la hora de integrar estas directivas en el derecho interno de cada país.

En este sentido, y en cuanto al modelo Español, éste ha adaptado muchas de las Directivas de contratación y, como consecuencia de esto último, las normas europeas se han incorporado a los procedimientos de adjudicación de todos los contratos administrativos, aunque no estén en el ámbito comunitario.

En España, la utilización de esquemas contractuales e institucionales en virtud de los cuales tiene lugar una cooperación entre el sector privado y el público a la hora de ejecutar infraestructuras o prestar servicios públicos, tiene una larga tradición. Todos estos esquemas además, se agrupan bajo el concepto genérico conocido como “Colaboración Público Privada”.

Es por ello que nuestro país, tomando ejemplo de otros países comunitarios y a raíz de la inclusión de una nueva fórmula contractual, el contrato de Colaboración Público Privada, en *la Ley 30/ 2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público* (LCSP), elaboró un marco jurídico completo en cuanto a dicha colaboración público privada.³⁶

Esta última Ley fue derogada por el vigente TRLCSP. En este Texto Refundido tienen cabida todas las fórmulas de colaboración público privada que se encuentran establecidas en el Libro Verde elaborado por la Comisión en cuanto a materia de contratación pública.

³⁶ “*Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público*”.

Por consiguiente, retomando lo anterior, con esta inclusión del nuevo tipo contractual de Colaboración público privada en la ley, queda patente el interés y el esfuerzo de España por no quedarse atrás con respecto a otros países comunitarios en lo que a contratación pública se refiere. En este sentido, los autores A. DORREGO CARLOS y F. MARTÍNEZ VÁZQUEZ consideran

Que la citada Ley de Contratos realiza un esfuerzo por no quedar al margen de los nuevos mecanismos de mejora de la gestión pública. Asimismo, apuntan que siendo España consciente de los resultados que la CPP ha aportado en otros Estados Europeos no puede hacer oídos sordos a un instrumento valiosísimo, el de la CPP, que puede aportar flexibilidad y agilidad tantas veces demandadas en la contratación administrativa española, así como remediar un problema de financiación del sector público que no por ser común, debe interpretarse como menos acuciante³⁷

En cuanto a la normativa o marco jurídico sobre contratación pública aplicable en nuestro Estado encontramos por un lado, la norma general de contratación pública que es el actual *Real Decreto Legislativo 3/2011*, por el que se aprueba el *Texto Refundido de Contratos del Sector Público que entró en vigor el 16 de Diciembre de 2011* (TRLCSPP), (dicho Texto Refundido deroga y sucede a la anterior Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público). Por otro lado, respecto de las normas de contratación pública aplicables a los sectores excluidos, estas se incluyen en la *Ley 31/2007, de 30 de Octubre*, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y en la *Ley 24/2011, de 1 de Agosto, de contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y la seguridad*; estas dos últimas leyes son el resultado de la transposición de las siguientes Directivas Comunitarias:

- *Directiva 2004/17/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de Marzo de 2004, relativa a los contratos en los llamados sectores excluidos, es decir agua, energía, transporte y servicios postales*

³⁷ A. DORREGO CARLOS y F. MARTÍNEZ VÁZQUEZ, “La colaboración público privada” en la obra colectiva que ellos mismos dirigen *La colaboración público privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 87.

- *Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de Julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, suministros y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad*

En cuanto al TRLCSP recién mencionado y a las fórmulas contractuales de CPP recogidas en él, la autora M. HERNANDO RYDINGS recoge en su libro las siguientes “*el Contrato de concesión de obra pública, el Contrato de colaboración público privada, y el Contrato de gestión de servicio público*”.³⁸

No obstante, considero de gran relevancia la forma contractual de *Contrato de Concesión de Obra Pública* junto con la más actual figura de *Contrato de Colaboración Público Privada*, en cuanto ambas suelen ser objeto de confusión en tanto a sus similitudes más que diferencias, pasaremos a analizarlas a continuación.

A) Contexto general de las figuras de CPP y Contrato de Concesión de obra pública

La Ley 30/2007, de 30 de octubre (LA LEY 10868/2007), de Contratos del Sector Público introdujo en el sistema normativo de contratación pública española, el llamado Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado (CPP).³⁹

Esta nueva fórmula de colaboración entre el sector público y privado plasmada en dicha ley, creada e incorporada en el Ordenamiento Jurídico Español, encuentra su fundamento y razón de ser en los intentos por hacer frente a los gastos que desde siempre ha supuesto para la Administración la elaboración y ejecución de grandes proyectos de infraestructuras y la prestación de determinados servicios complejos.

³⁸ M. HERNANDO RYDINGS, *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Madrid, Civitas, 2012, p. 297.

³⁹ *La Ley 30/2007, de 30 de octubre (LA LEY 10868/2007), de Contratos del Sector Público*

Por su parte, E. GUIJARRO GONZÁLEZ considera que

Pese a que la incorporación al Ordenamiento Jurídico Español del CPP fuese llevada a la práctica por la Ley de Contratos del Sector Público, este tipo de relaciones posee una gran tradición jurídica en otros países del ámbito comunitario, especialmente en el Reino Unido y en su “*Public Private Partnership*”⁴⁰

Podemos calificar la CPP por tanto, de nuevo método para la cooperación entre el sector público y el sector privado, donde será este último quien adelante la financiación necesaria para este llevar a cabo este contrato, aun cuando los riesgos derivados de dicha infraestructura serán compartidos por ambos sectores.

Sin embargo, aún cuando este concepto de CPP parece tan evidente en el contexto de contratación pública actual, a menudo sin embargo es confundido con otras formulas contractuales. Nos remitiremos por tanto, a la más notoria en este ámbito y a la que considero más importante delimitar con respecto al contrato de colaboración público-privada. Como acabamos de mencionar, el análisis de comparación que nos dispondremos a realizar será entre las figuras contractuales de concesión de obra pública y el CPP.

En relación a este último concepto de CPP, por un lado M. A. GONZÁLEZ IGLESIAS considera que “*estamos ante un concepto más amplio que el de la concesión*”⁴¹

Por su parte, en el lado opuesto, B. C. DE CARVAJAL FIBLA expresa que

Existen, sin embargo, algunos autores, que han marcado el origen mismo del contrato de concesión de obra pública, que nace como contrato nominado en el ordenamiento jurídico español con la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 (LA LEY 1/1877), como punto de partida de los primeros CPP. Además, hay quien incluso sostiene que no estamos en absoluto ante una variante del contrato de concesión ni ante ningún tipo de contrato nuevo, sino simplemente ante una técnica contractual⁴²

⁴⁰ E. GUIJARRO GONZÁLEZ, *El fin de la tipicidad de los contratos públicos: hegemonía del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*. Abogada. Máster en Derecho de la Contratación Pública, *Contratación Administrativa Práctica*, N° 120, Sección Reflexiones, del 1 Jun. al 31 Jul. 2012, pág. 52, Editorial, LA LEY 6034/2012

⁴¹ M. A. GONZÁLEZ IGLESIAS en *Los contratos de colaboración público-privados*, *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 79, octubre 2008, Editorial LA LEY 39920/2008

⁴² B. C. DE CARVAJAL, en *El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: una aproximación a su verdadera utilidad pública* en “*Contratación Administrativa*” *Práctica* n.º 85, abril 2009, Editorial LA LEY, (LA LEY 11112/2009)

Para llevar a cabo el análisis y delimitación de ambas fórmulas contractuales, en primer lugar analizaremos profundamente los caracteres de cada uno para posteriormente realizar un análisis conjunto de ambas figuras.

B) Contrato de concesión de obra pública

En este apartado como hemos indicado anteriormente, analizaremos el concepto del contrato de concesión de obra pública junto con sus características más relevantes.

En primer lugar, en lo que respecta a la definición del mismo se encuentra recogida en el *artículo 7 del actual TRLCSP* podemos calificarlo como

“1. La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el art. 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.”⁴³

A su vez, el *artículo 6*, también por referencia del citado *artículo 7 del TRLCSP* (LA LEY 21158/2011), considera que son contratos de obras

Aquellos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante. Además de estas prestaciones, el contrato podrá comprender, en su caso, la redacción del correspondiente proyecto. 2. Por obra se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble⁴⁴

En segundo lugar, en cuanto al origen del citado contrato, este tiene cabida en una falta de medios económicos de la Administración para enfrentarse a las demandas propias de cada sociedad en relación a los proyectos de infraestructuras de obras públicas. Por tanto, y puesto que los mismos eran escasos, una alternativa para que la Administración no tuviese que hacer frente con cargo a su presupuesto del pago del precio por la ejecución de dichas obras, era la creación de esta figura contractual, el

⁴³ *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (LA LEY 21158/2011)*, TRLCSP, el cual derogada la anterior ley mencionada, la *LCSP, Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, como resultado de la evolución histórica de dicha figura desde que apareció por primera vez en el Derecho Español.*

⁴⁴ *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (LA LEY 21158/2011)*, TRLCSP

contrato de concesión de obras públicas, que permitiese la ejecución de dichas infraestructuras con capital privado.

En cuanto a esto último y referido a la contraprestación que recibe el sector privado por dicha concesión, éste ente a cambio de la construcción de la obra pública conseguirá una garantía de rentabilidad la cual se traducirá en la obtención por el ente privado del beneficio de la explotación de dicha obra, o éste más un precio durante un determinado periodo de tiempo. Todo ello justifica el interés que suscitó en su momento esta figura, y que actualmente continúa suscitando para las empresas privadas participantes.

Además, podemos calificar la concesión de obras públicas como un contrato que se caracteriza por ser un negocio, cuya peculiaridad reside también en su objeto y no sólo en la forma de financiación.

En cuanto al objeto esencial de dicho contrato de concesión de obras públicas, el Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de la Ley Reguladora de Concesión de Obras Públicas dispone en lo que respecta al mismo

Como uno de los rasgos distintivos del contrato de concesión de obra pública con respecto a otras figuras contractuales, la necesidad dentro de esta modalidad de que el objeto que constituya la obra pública, bien para su construcción o reparación, sea susceptible de ser explotada económicamente⁴⁵

Esto es, en dicho Dictamen se califica como esencial a la propia naturaleza de la concesión *“el hecho de que la «obra» objeto del contrato sea susceptible de explotación”*. Rasgo esencial debido a la evolución del objeto de este tipo de contratos que ha tenido lugar desde sus orígenes; expansión del ámbito ferroviario a campos como peajes, obras hidráulicas, red de transporte de energía eléctrica...

⁴⁵ *Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de la Ley Reguladora de Concesión de Obras Públicas de 5 de diciembre de 2001, n.º 3375 «el Consejo de Estado considera impertinente la inclusión de una previsión como la del art. 12.1, que permite la posibilidad de que puedan ser objeto de la concesión de obras públicas la construcción y mantenimiento de una obra “no susceptible de explotación económica”, pues ello, además de constituir en realidad un contrato administrativo de obra (construcción de la obra) y otro de asistencia técnica o de servicios (mantenimiento de la obra), desvirtúa injustificadamente la verdadera esencia y naturaleza de la concesión de obras públicas, corolario de una arraigada tradición jurídica que la configura como instrumento al servicio de la acción administrativa y que ahora se pueden menoscabar.»*

Por último, y para apoyar este rasgo clave dentro del contrato que nos atañe, debemos hacer mención expresa a las notas características del contrato de concesión de obra pública que según la autora E. GUIJARRO GONZÁLEZ⁴⁶ son las siguientes:

— *La necesidad de que el objeto del contrato sea susceptible de explotación económica*

Esto es, el objeto del contrato no comprenderá únicamente la construcción y conservación de la obra pública, sino también supondrá la misma o bien sea susceptible de una explotación, o bien sea susceptible de poder constituirse en un instrumento adecuado para fines de ejecución de actividades y servicios.

— *La forma de financiación*

Ésta, no constituye solo la incorporación del capital privado a la ejecución de la obra pública, sino que el concesionario obtendrá en relación a la obra que hay construido, un derecho de explotación de mismo que se traducirá en beneficios por su inversión en lo público.

— *Afectación a terceros*

A pesar de que el contrato de concesión de obras públicas es suscrito entre la Administración y el concesionario, los efectos del mismo finalmente van a afectar a terceros. Esto es, los particulares afectados serán los usuarios de la obra, quienes por la utilización de dicho proyecto, van a tener que asumir el pago de un precio.

Por su parte, el autor A. RUIZ OJEDA, en lo que concierne a esta característica del objeto del contrato de concesión de obra pública considera que

La concesión, en efecto, no es un contrato sinalagmático, porque la relación de intercambio no se da entre las partes contratantes, sino entre una de las partes del contrato, el concesionario, y los usuarios de la obra que son, precisamente, los terceros contractuales en la concesión. No quiere decir esto que no puedan existir y, de hecho, existan intercambios entre la Administración concedente y el concesionario, sino que tales intercambios no definen el núcleo constitutivo del negocio concesional que es, esencial e irrenunciablemente, un contrato asociativo y aleatorio. La bilateralidad es, pues, un complemento, un sustitutivo, una ficción conscientemente arbitrada para sustituir una plurilateralidad que, caso de

⁴⁶ E. GUIJARRO GONZÁLEZ, *El fin de la tipicidad de los contratos públicos: hegemonía del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*, cit., pág. 52.

trasladarse a la estructura contractual, haría inviable el negocio por los costes de transacción que lleva aparejados⁴⁷

— *Riesgo y ventura*

Este rasgo distintivo se encuentra caracterizado en la *Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho Comunitario* que recoge lo siguiente

«La Comisión considera que el criterio del derecho de explotación permite deducir ciertos indicios para distinguir una concesión de obras de un contrato público.

El derecho de explotación permite al concesionario cobrar derechos al usuario de la obra (por ejemplo, mediante peajes o percepción de tarifas) durante cierto período de tiempo. (...)

El derecho de explotación implica también la transferencia de la responsabilidad de explotación, que engloba los aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra. Es al concesionario a quien incumbe, por ejemplo, la tarea de realizar las inversiones necesarias para que su obra pueda, de forma útil, ponerse a disposición de los usuarios.

También recae sobre él la carga de la amortización de la obra. Por otra parte, el concesionario no sólo asume los riesgos vinculados a cualquier construcción, sino que deberá también soportar los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento.

De las consideraciones precedentes se deduce que, en una concesión de obras, los riesgos inherentes a la explotación se transfieren al concesionario».⁴⁸

Esto es, en cuanto a la responsabilidad de la explotación de la obra, será el concesionario quien asume los riesgos que se derivan de la construcción de la obra y de la gestión de la misma tanto en cuanto a los aspectos técnicos como financieros.

— *La necesidad de que el pago que recibe el concesionario se origine por el uso real de la obra*

C) Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado

Como se ha indicado anteriormente, la LCSP (LA LEY 10868/2007) introdujo un nuevo tipo de contrato denominado como “*contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*” (CPP).

⁴⁷ A. RUIZ OJEDA, *La Concesión de Obra Pública*, p. 380

⁴⁸ Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho Comunitario de 12 de abril de 2001 (Diario Oficial C 121 de 29 de abril de 2000).

Esta modalidad contractual, al igual que en el caso del contrato de concesión de obras públicas, justifica su razón de ser en la necesidad de encontrar una fuente de financiación privada que se comprometa a asumir los costes que conllevan las prestaciones públicas ya que dichos gastos no pueden ser afrontados por el presupuesto público.

La definición del CPP en el Derecho español, y a la cual ya hemos hecho referencia a lo largo del trabajo, la encontramos actualmente en el *artículo 11 de la TRLCSP* que dispone a grandes rasgos lo siguiente:

Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una Administración Pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones(...)⁴⁹

En dicha ley además se engloban también aquellos contratos en los que una Administración pública, entidad pública empresarial y órgano similar de las Comunidades Autónomas, encarga a una entidad de derecho privado la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación, comprenda actuaciones como la construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos, gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas, fabricación de bienes, prestación de servicios... todos ellos con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.

Esto último hace referencia a lo que plasma A. JIMÉNEZ DÍAZ, en su artículo donde expresa en cuanto a la relación del CPP con el resto de figuras contractuales que

La Ley concibe el contrato de colaboración en términos tales que permiten convertir en un contrato de esa naturaleza prácticamente todos los objetos contractuales previamente definidos en la propia Ley. Esto es, en la caracterización del objeto del contrato de colaboración se dan cita elementos del contrato de obras, del de concesión de obra pública, del contrato de gestión de servicios públicos, del de suministro y del de prestación de

⁴⁹ *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (LA LEY 21158/2011), TRLCSP.*

servicios, esto es, elementos propios de la mayoría de los contratos definidos previamente en los artículos precedentes⁵⁰

Esto último según C. BRIERA DALMAU, refleja que la definición del CPP establecida en la ley es

Un cajón de sastre en el que todo cabe, un contrato en el que tiene cabida el objeto de cualquiera de los otros contratos típicos, y al que se recurrirá una vez se haya justificado por parte de la Administración contratante que las otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas⁵¹

No obstante, y pese a las múltiples fórmulas contractuales recogidas por dicha ley, no podemos olvidar mencionar el «*principio de absorción del CPP*» respecto al resto de tipificaciones en la norma; principio que hace patente un predominio de este contrato, y supone un límite que equivaldrá a la aplicación del CPP en cuanto no se ponga de manifiesto que van a existir otras figuras contractuales distintas al CPP que sean capaces de satisfacer lo que se pretende con el objeto del contrato.

Por consiguiente, debemos identificar previamente la prestación principal a realizar, para en base a ello poder decidir cuál será la fórmula de contratación aplicable.

Ahora, de la misma forma que en el caso del contrato de concesión de obras públicas pasaremos a analizar algunos de los rasgos básicos del CPP plasmados en la TRLCSP (LA LEY 21158/2011):

— *Objeto del contrato*

Este objeto hace referencia a un servicio público o actuación de interés general.

Según C. CHINCHILLA MARÍN el objeto del CPP consiste en

La realización de una actuación global e integrada que, además de financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés

⁵⁰ A. JIMÉNEZ DÍAZ, en “*Técnicas contractuales de colaboración público-privada (II): el contrato de colaboración público-privada en la nueva ley de contratos del sector público*” en Obra Colectiva con *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros*, Editorial LA LEY, febrero 2009. Coordinador: Jorge Villarino Marzo.

⁵¹ C. BRIERA DALMAU en “*Los contratos de colaboración público-privado*” en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 149, enero-febrero 2011, p. 139

general, comprenda alguna prestación más, las cuales se encuentran enumeradas por la Ley y constituyen el objeto propio de los contratos típicos⁵²

Por su parte, M. CARLÓN RUIZ en cuanto a la cualificación de este tipo de contratos concluye que *“lo que determina la cualificación objetiva de estos contratos es la combinación del criterio de globalidad e integración de las actuaciones y, sobre todo, el de su complejidad”*.⁵³

— *Duración.*

En cuanto a este rasgo, estamos ante un contrato de una duración larga acorde con la complejidad del objeto del contrato. Por su parte, el *art. 314 TRLCSP (LEY 21158/2011)* establece un *“período máximo de 20 años”*. Sin embargo, en cuanto a dicha generalidad se establece una excepción cuando debido a la prestación principal, el régimen aplicable sea el de los contratos de concesión de obra pública, y que consistirá en alargar dicho periodo de 20 años establecido para los CPP.

En relación a este aspecto, J. A. HUERTA BARAJAS, califica éste como una de las debilidades de este tipo de contrato considerando que

La CPP implica una cierta dependencia a largo plazo (...). De aquí la necesidad de la planificación de objetivos estables de futuro que no limiten la acción de gobierno. Lo que hoy se considera óptimo, mañana puede ser inadecuado; se hace preciso establecer mecanismos correctores claros y precisos⁵⁴

— *Remuneración del contratista.*

A diferencia del contrato anterior, en esta ocasión y en virtud del *artículo 11.3 del TRLCSP*, *“será la Administración, y no un tercer usuario, quien va a pagar al contratista de forma periódica”*. Esto es, el pago del precio que va a recibir el contratista por la contraprestación se realizará a lo largo de la duración del contrato.

⁵² C. CHINCHILLA MARÍN, *“El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado» en Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)”*, nº 132, 2006, p. 625.

⁵³ M. CARLÓN RUIZ, en *“El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado»*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 140, Año 2008, p.663.

⁵⁴ J. A. HUERTA BARAJAS en *Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado en los programas y contratos de defensa*, *“Contratación Administrativa”*, Práctica nº 78 septiembre 2008, Editorial LA LEY, p. 32 y ss..

— *Principio de Riesgo y Ventura.*

En cuanto a este rasgo, será aplicable el régimen general del principio de riesgo y ventura recogido en el artículo 215 del TRLCSP (LA LEY 21158/2011). No obstante, el TRLCSP (LA LEY 21158/2011) por otro lado, y más referido al ámbito concreto de la CPP establece en su artículo 136 que en el documento contractual del mismo “*deberá incluirse el reparto de riesgos entre el sector público y el sector privado*”.

D) Análisis comparativo de ambas figuras contractuales

Una vez delimitados ambos conceptos procederemos a determinar el límite que permita conocer cuando ha de tener lugar la aplicación de una u otra figura contractual junto con su respectivo régimen jurídico.

En una primera aproximación general, ambos contratos:

Comparten un mismo origen por cuanto su objetivo y razón de ser es la búsqueda de financiación privada.

Se constituyen y recogen como fórmulas de colaboración público-privada en el *Libro verde sobre colaboración público-privada y en el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, donde además se establece una diferenciación entre la colaboración institucionalizada y la colaboración puramente contractual o no institucionalizada; es en esta segunda modalidad contractual basada en vínculos convencionales donde se integran tanto la concesión, como el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Por otro lado, además de su mismo origen y el hecho de que ambos sean formas de colaboración público-privada, la concesión de obras públicas y el CPP pueden compartir también su objeto. Así pues, según C. CHINCHILLA MARÍN

Existe una identidad de objetos que equipara ambos contratos y puesto que tanto la concesión de una obra y su explotación, como el contrato de CPP pueden tener por objeto una obra, su instalación o transformación y cabe la explotación de la misma, (...) ¿dónde radica entonces la diferencia entre la concesión de obras públicas y el contrato de colaboración de CPP?⁵⁵

⁵⁵ C. CHINCHILLA MARÍN, “*El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*» en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*”, nº 132, 2006, p. 626.

No obstante, a pesar de todo lo expuesto y aún cuando dichos contratos comparten no solo origen y finalidad sino también en ocasiones objeto del contrato, entre ellos existen diferencias las cuales obtendremos a raíz de una comparación de los rasgos básicos de cada una de las figuras anteriormente comentadas; remuneración del contratista, susceptibilidad de explotación de la obra y riesgo y ventura.

En primer lugar, y en cuanto a **la remuneración del contratista:**

En el caso de la concesión, la remuneración es por parte del usuario. El Libro Verde sobre colaboración público-privada establece que

El llamado «modelo de concesión», se caracteriza «por el modo en que se remunera al contratista, que consiste en cánones abonados por los usuarios del servicio, que se completan, en su caso, con subvenciones concedidas por los poderes públicos⁵⁶

Por su parte, en el caso de la CPP en relación al *artículo 11.4 TRLCSP (LA LEY 21158/2011)* “*el colaborador privado (contratista) recibirá de la Administración, no del usuario, periódicamente y durante toda la duración del contrato, una contraprestación resultante en dinero*”.

Esto es, mientras que en la concesión, el operador privado y el usuario se encuentran vinculados por dicha contraprestación dineraria, en el CPP no existe ningún tipo de vinculación entre ambos, pues el contratista recibe la contraprestación de la Administración y no del usuario.

En segundo lugar y en cuanto a **la susceptibilidad de explotación de la obra:**

A diferencia del contrato de concesión donde es requisito esencial que la obra construida sea susceptible de explotación económica, “*en el caso de los CPP no se constituye como un supuesto necesario ni distintivo*”⁵⁷

C. CHINCHILLA MARÍN trae a colación lo que el Libro Verde considera respecto a esta característica esencial de la concesión como rasgo distintivo de la misma con respecto al CPP estableciendo que

⁵⁶ Libro Verde sobre la Colaboración Público Privada y Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones, COM (2004) 327 final

⁵⁷ Consejo de Estado en su informe al Anteproyecto de la Ley de Concesión de Obras Públicas e informes de la Junta Consultiva de Contratación 61/03 ó 70/04).

Es, precisamente la existencia de explotación económica, derivada, a su vez, de la existencia de un usuario que paga al concesionario, lo que, en principio, no existiría en los contratos de naturaleza no concesional, en los que lo característico es que la Administración pague periódicamente al contratista⁵⁸

En tercer y último lugar en cuanto al **riesgo y ventura**:

En el contrato de concesión, *“el riesgo y ventura de las obras tanto en los aspectos técnicos y financieros como en los de gestión de la obra, es responsabilidad del concesionario quien asumirá por consiguiente todos los riesgos derivados de la construcción de la obra y de la explotación de la misma”*⁵⁹

En contraposición a lo anterior, y en virtud del artículo 136 del TRLCSP (LA LEY 21158/2011) en el caso de la CPP tiene lugar una *“repartición de los riesgos tanto en el sector público como en el privado”*

Todo ello supone que mientras que en la concesión la carga de los riesgos recae únicamente en la figura del contratista, por el contrario en el caso de la CPP tiene una responsabilidad común, de la Administración y del contratista, en cuanto a los mismos.

E) Conclusión final en cuanto a ambos contratos

Con todo lo recién expuesto, podemos concluir que ha quedado plasmado y patente que aun a pesar de las posibles semejanzas existentes entre ambos contratos, son contratos diferentes en los que los rasgos diferenciadores serán la clave a la hora de determinar qué régimen jurídico es el aplicable en cada caso.

Todo esto último sin olvidar, que como menciona L. MÍGUEZ MACHO, en su obra, *“la configuración del CPP en la normativa se constituye como una alternativa a la concesión de obras públicas cuando la aplicación de ésta no es viable bien por no*

⁵⁸ C. CHINCHILLA MARÍN, *“El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado» en Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)”*, nº 132, 2006, p. 626.

⁵⁹ Idea recogida por la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho Comunitario de 12 de abril de 2000 (Diario Oficial C 121 de 29 de abril de 2000).

ser susceptible de explotación económica la infraestructura, bien por motivos presupuestarios”⁶⁰

Además, como hemos mencionado anteriormente y en virtud del *artículo 11 del TRLCSP (LA LEY 21158/2011)*, el CPP se constituye como alternativa respecto del resto de figuras contractuales *“sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 134, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas”*.

4 FINANCIACIÓN DE LAS PPP

El actual desarrollo e incremento que está teniendo lugar en muchos países con respecto a las fórmulas de colaboración público-privada como forma de contribuir a la mejora económica de los países en situaciones de crisis e inestabilidad financiera que afecta a todos los sectores nacionales, va de la mano de una situación nacional en la que tenga cabida un mercado financiero que sea por una lado estable y por otro lado potente con capacidad para afrontar nuevos retos.

Como datos indican, hace años en lo referente a la competencia en los mercados por empresas activas, estas entidades financieras competían entre si de una forma elevada para conseguir prestar deuda. Sin embargo, la actual situación económica de muchos países ha afectado y transformado la situación de mercado tanto a niveles nacionales como internacionales. A ello hay que unirle un mayor rigor en cuanto a las condiciones de la financiación sobre todo en proyectos con gran demanda.

Según J. DÍAZ PÉREZ,

La consecuencia de estos dos últimos hechos junto con la concurrencia de más factores ha supuesto o bien el desplazamiento de muchas de estas empresas antes activas y competentes del mercado financiero a otros mercados, o bien en muchas ocasiones la retirada directa y definitiva del ámbito mercantil de estas entidades⁶¹

⁶⁰ L. MÍGUEZ MACHO, “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho Español”, en *Revista de Administración Pública*, RAP nº 175, Madrid enero-abril 2008, p. 190

⁶¹ J. DÍAZ PÉREZ, *Retos de la colaboración público-privada para el desarrollo de infraestructuras públicas (PPP)*, p. 22.

Es en este contexto, donde adquiere gran importancia tener en cuenta la financiación y lo que la misma supone para estas empresas. Una correcta financiación supondría la condición necesaria para un correcto funcionamiento del mercado financiero y por consiguiente una mejora de la situación económica actual.

4.1 Formas de Financiación

Para poder llevar a cabo una CPP y obtener resultados satisfactorios, tenemos que recurrir a fuentes de financiación que hagan posible la realización de la misma. Haremos referencia a continuación al Project-Finance o financiación de proyectos, una forma de financiación de las CPP, pero no la única. Dada la variedad de los múltiples proyectos existentes y la dificultad de los mismos, según J. GONZÁLEZ TORRIJOS, podemos encontrar otras fuentes de financiación a las que se puede recurrir cuando hablamos de CPP. Entre ellas podemos destacar: ⁶²

- *La Financiación Pública*, que consiste en traspasar directamente al sector público los fondos que necesite para ser el mismo quien lleve a cabo el proyecto.
- *La Financiación corporativa*, al contrario que la financiación pública anteriormente descrita, consiste en la recepción directa por parte de la compañía promotora de los fondos necesarios para la realización de la CPP, siendo el contratista quien lleva a cabo esta última.
- *La Titulización*, consiste en la venta de los ingresos que vaya a obtener la COO en un futuro a un fondo de titulización lo que significa que la deuda se sustentará en los fondos que vayan a generarse a raíz del proyecto sin recurso de ningún tipo a los socios.
- Por último, *la Emisión de Bonos* es una forma de financiación donde la sociedad vehículo para la consecución del proyecto se dispone a utilizar los fondos que le sean prestados por los tenedores de bonos u obligaciones.

⁶² J. GONZÁLEZ TORRIJOS, *La financiación de la colaboración público-privada: El «Project Finance»*, BBVA, Págs.178 y 179.

4.1.1 Referencia al Project Finance como forma de Financiación

Una vez expuestos algunos de los habituales tipos de financiación de las CPP, nos centraremos sin embargo en esta ocasión en el Project Finance o financiación de proyectos por ser la más utilizada en el ámbito de las CPP.

En cuanto al concepto de Project Finance o en castellano financiación de proyectos aunque no existe una traducción precisa del mismo en el mundo anglosajón, según J. GONZÁLEZ TORRIJOS podemos definirlo como “*la financiación de una CPP en base única y exclusivamente a los flujos de caja y los activos que genere o sea tenedora dicha CPP*”.⁶³

Previamente a realizar un análisis más profundo del concepto, debemos hacer una breve referencia a las entidades participantes en esta forma de financiación para así poder entender mejor la función que el mismo tiene dentro de las CPP.

Así pues, en cuanto a las entidades participantes en el Project Finance, destacamos las siguientes:

- **Entidades Financieras Privadas:** Su función será el asesoramiento y la provisión de los fondos necesarios para que tenga lugar la ejecución del proyecto.
- **Entidades Financieras Públicas:** Entidades dependientes de varias Administraciones Públicas y respaldadas por el Sector Público que participan en el mercado de Project Finance.
- **Ente Concedente:** Son las Administraciones Públicas encargadas de la licitación del proyecto, o bien de una forma directa o por el contrario a través de una sociedad o Ente Público.
- **Sponsor o Promotor:** Como licitante y desarrollador del proyecto (grupo industrial, financiero o ambos), su función principal consistirá en promover y desarrollar el proyecto, esto es, en la licitación del mismo.

⁶³ J. GONZÁLEZ TORRIJOS, *La financiación de la colaboración público-privada: El «Project Finance»*, BBVA, p.180.

— **Asesores:** Su función principal consiste en un asesoramiento general sobre el proyecto que va a llevarse a cabo (determinación de los costes, revisión de la normativa, determinación de los riesgos).

Todas las entidades financieras recién expuestas, deben previamente a dar su aprobación, delimitar y analizar en base a parámetros de todo tipo y de forma muy detallada, que proyectos serán financiados y reportarán beneficios, y cuales tienen muchas más probabilidades de no reportar beneficio alguno y únicamente derivar en múltiples pérdidas. Todo ello encuentra su razón de ser en que serán estas entidades las que asumirán directamente tanto el riesgo de demanda como el financiero, así como también el de construcción y por consiguiente las consecuencias pueden ser muy graves para dichas entidades financieras en cuanto a la responsabilidad que conlleva la ejecución de la obra.

Por último, y en cuanto al autor J. DÍAZ PÉREZ, éste en su texto presenta al método de Project Finance no como una alternativa a la que se recurre cuando la financiación tradicional no sirve, sino como una fórmula de financiación para proyectos que cumplen una serie de características. Además, considera que gran parte de las ventajas e inconvenientes que pueden existir en un PPP están íntimamente relacionadas con este nuevo concepto, disponiéndose a enumerar las ventajas y desventajas del mismo⁶⁴

Por una parte, entre las *ventajas del Project Finance* destaca las siguientes:

La necesidad de una inversión de capital relativamente pequeña por parte de los socios promotores en comparación con el tamaño del proyecto, el elevado endeudamiento eleva la expectativa de rentabilidad del accionista, el control riguroso de la gestión y riesgos del proyecto, debido sobre todo al seguimiento de las entidades financieras y la correcta asignación de los riesgos del proyecto, gracias a un conjunto de acuerdos contractuales entre las partes.

⁶⁴ J. DÍAZ PÉREZ, *Retos de la colaboración público-privada para el desarrollo de infraestructuras públicas (PPP)*, págs. 29 y 30.

Por otra parte, entre sus *principales inconvenientes* cita en su artículo las siguientes:

La alta complejidad contractual y estructuración financiera, que dilata los plazos; el alto coste de la financiación sin recurso al accionista frente a la financiación pública directa, por sus propias características y por los gastos asociados; y, por último, debido al coste y tiempo asociado al proceso de estudio y cierre financiero, hay un volumen de inversión por debajo del cual esta fórmula no suele interesar (en el entorno de 25 o 30 millones de euros).

4.1.2 Métodos de licitación en el Project Finance

Una vez mencionado brevemente el concepto de Project Finance y expuestas las entidades integrantes que posibilitan esta forma de financiación, pasaremos a explicar los dos métodos de licitación que actualmente rigen en el Project Finance.

Para ello, haremos referencia al artículo escrito por J. GONZÁLEZ TORRIJOS donde dicho autor hace mención y referencia a los mismos estableciendo una diferenciación entre ambos modelos, “*el británico y el continental*”.⁶⁵

En primer lugar, en cuanto al Modelo Británico este es muy comúnmente utilizado en países como Reino Unido, Irlanda, Portugal, **Alemania** y Austria.

Asimismo, este método consta de dos fases:

Una primera fase de precalificación. En esta etapa de la licitación, son invitados todos los grupos interesados en la licitación del proyecto. El número de licitantes puede ser amplio pues los requisitos que se exigen para participar en esta primera fase son poco exigentes y por consiguiente flexibles respecto de los interesados. Sin embargo, las ofertas de los licitantes son bastante imprecisas debido a que la información que es suministrada a los mismos por el Ente Licitador es realmente pobre y con apenas algunas directrices.

Por último en esta fase, y en base a todas las ofertas suscritas, el Ente Licitador con la ayuda en la mayoría de las ocasiones de un asesor, hace la selección de los grupos que considera se encuentran mejor adaptados a las circunstancias exigibles para la ejecución del proyecto; normalmente el número de grupos suele ser de 2 pero en ocasiones puede llegar a ser incluso hasta de 4 grupos.

⁶⁵ J. GONZÁLEZ TORRIJOS, *La financiación de la colaboración público-privada: El «Project Finance»*, BBVA, Págs.180 y 181.

Una segunda fase para la elección de la mejor oferta licitante. En esta segunda y última fase, la información ofrecida por el Ente Licitador dista bastante de la anterior; en esta ocasión, mediante el proceso conocido como Best and Final Offer («BAFO»), los licitantes reciben una información más detallada con respecto al proyecto. Esto es debido a que los mismos habrán de presentar su mejor oferta para que finalmente el Ente Licitador realice negociaciones bilaterales con la que entidad que considere más adecuada, en base a las circunstancias y requisitos exigidos, llegando a acordar finalmente los términos y condiciones definitivos de todos los contratos del Proyecto, incluidos el Contrato de Concesión y los de Préstamo. Esto es, de los grupos seleccionados en la primera fase, en esta última se elige a uno de ellos para formalizar finalmente el contrato y los documentos que atañen al mismo.

En segundo lugar, el autor en su artículo hace referencia a un segundo modelo de licitación, más concreto el Modelo Continental. Modelo utilizado en países como Francia, **España** Grecia e Italia, se diferencia del anterior en que únicamente consta de una fase.

En esta ocasión la información respecto del proyecto que el Ente licitador proporciona a las entidades resulta mucho más detallada que la presentada en la primera fase del modelo británico. Esto se explica porque al constar únicamente de *una sola fase*, las ofertas presentadas en la misma por los interesados son definitivas.

En cuanto a la relación con el Ente licitador, a diferencia del modelo anterior, la interacción entre el mismo y los solicitantes es prácticamente escasa limitándose únicamente a sesiones de preguntas, y además no existen por lo general negociaciones bilaterales. Todo ello deriva en que los licitadores presenten varias ofertas lo que dificulta en gran medida la comparación y elección de oferta más adecuada para la ejecución del proyecto.

En base a lo expuesto, y en cuanto a las ventajas e inconvenientes de ambos modelos, no es de esperar que los mismos funcionen de igual forma y resulten beneficiosos en la mayoría de las ocasiones para la licitación de los proyectos. Por ello, el autor J. GONZÁLEZ TORRIJOS esquematiza en el siguiente cuadro que exponemos a continuación, como ambos modelos benefician o perjudican a la licitación de los proyectos a ejecutar.

Tabla 1 Concepto	Modelo Británico	Modelo Continental
Coste	Muy alto	Razonable
Tiempo de licitación	Demasiado	Razonable
Definición del Proyecto	Alta	En algunas ocasiones escasa
Riesgo de sobrecostos y retrasos	Baja	Alta
Número de licitadores	Muy bajo	Elevado

En base a lo reflejado en la presente tabla considero oportuno realizar un breve análisis de los factores plasmados en él.

Así pues en primer lugar, en cuanto al *coste* y *al tiempo de licitación* propio de cada uno de los modelos, el modelo británico debido a las dos fases de las que consta, no solo supone un coste muy alto, sino que el tiempo que se dedica al mismo es bastante mayor en comparación con el modelo continental que debido a la única fase de que consta tiene una media razonable tanto en cuanto al coste de la licitación como al tiempo que dura la misma.

Por otro lado sin embargo, la *definición del proyecto* es más detallada y mejor en el modelo británico con respecto al modelo continental, donde a veces puede resultar bastante escasa o incluso insuficiente lo cual puede llegar a perjudicar a los entes interesados en la licitación a la hora de realizar oferta y proponerlas al Ente licitador.

Por último, pero no menos importante, el autor refleja en el cuadro las ventajas o inconvenientes que tanto el número de licitadores como los riesgos de sobrecostos y retrasos pueden generar tanto en un modelo y en otro.

En cuanto al primero, el *número de licitadores*, en el modelo británico es muy bajo a diferencia del continental donde es bastante elevado. Analizando los factores anteriores se podría presuponer que esto es debido al elevado coste y exceso de tiempo que resulta de la licitación en el modelo británico, a diferencia del continental. Esto es, puede resultar más atractivo para las entidades presentar ofertas y resolver las mismas en la mayor brevedad de tiempo y con el mínimo coste posible.

En cuanto al segundo, los *riesgos derivados de los sobrecostos y retrasos*, estos riesgos derivados de la licitación en el modelo británico son muy bajos a diferencia del continental donde son bastante altos. En mi opinión, esto encuentra su razón de ser en

las dos fases de que consta el modelo británico las cuales implican un alto coste, exceso de tiempo de licitación, elevada definición del proyecto y unos requisitos exigidos más estrictos para las ofertas licitantes. Aunque estos últimos factores descritos propios del modelo británico en un principio y a corto plazo pueden parecer desventajas, a la larga por el contrario pueden suponer una mayor estabilidad y mayores posibilidades de llevar a cabo una completa y correcta ejecución del proyecto con los menores riesgos posibles. Ello mismo aplicado al modelo continental, supone un riesgo bastante más alto en cuanto a los sobrecostes y retrasos, que va ligado a una mayor indefinición del proyecto, y a un coste y tiempo de licitación bastante más bajo que en el anterior modelo descrito.

4.1.3 Breve comparativa de ambos modelos de licitación en España y Alemania

En cuanto a la licitación pública en Alemania y en España, cada país se rige por un modelo u otro. Más concretamente España por el modelo Continental, y Alemania por el modelo Británico.

Como hemos visto reflejado, cada sistema tiene sus ventajas y desventajas en cuanto a las características propias de la licitación. Así pues, podemos pensar que el modelo británico propio de Alemania el cual consta de dos fases y es más complejo que el continental típico de España, podría perjudicar los intereses de los licitantes en el proyecto. Sin embargo, estas posibles “*desventajas*” podrían, como hemos expresado anteriormente, traducirse en ventajas a largo plazo en cuanto a la rentabilidad y resultados finales del proyecto ejecutado. Por su parte en cuanto al modelo continental de España, aun siendo más sencillo el proceso a seguir por constar únicamente de una fase, esto a largo plazo puede suponer pérdidas para la oferta seleccionada que lleve a cabo la ejecución del proyecto.

Una buena definición del proyecto como ocurre en el modelo británico, a diferencia del continental, considero que es la base y razón de ser para que un proyecto sea desarrollado de una forma mucho más rentable; si no es capaz el Ente licitador de programar bien la estructura del programa y transmitirla de la mejor forma posible a las entidades participantes, éstas últimas tampoco sabrán a qué atenerse y por consiguiente las consecuencias negativas de ello no solo se verán reflejadas a la hora de formular

ofertas sino durante toda la licitación, y por tanto también una vez comience la ejecución del proyecto.

Esto último va ligado en consecuencia, y como se refleja arriba en la tabla, a un mayor nivel de riesgo en cuanto a los sobrecostos y retrasos en la forma de licitar del modelo continental, propio de España. Todo ello, a diferencia de Alemania donde los objetivos bien programados no implican tantos riesgos sino como puede observarse una mayor estabilidad y seguridad de que el proyecto licitado finalmente llegue a buen cauce.

Y por último, con respecto al número de licitantes se podría pensar que es más positivo un mayor número de los mismos para así obtener mayores ofertas y por tanto más posibilidades de desarrollo. Sin embargo, es casi tan malo un número limitado de licitantes con pocas ofertas y oportunidades de desarrollo como ocurre en el modelo británico, como un número elevado de licitantes con ofertas mediocres, como ocurre en España, debido a la indefinición que presenta el Ente Licitador acerca de lo que le interesa en el proyecto.

Por todo lo recién expuesto, considero que sería importante tener en cuenta uno de los puntos clave a la hora de ejecutar un proyecto que es *“una correcta y precisa definición del proyecto por parte del Ente Licitador”* como ocurre en el modelo alemán. Esto permitiría un número razonable de licitantes, ni tan elevado como en el modelo continental (que puede significar la existencia de multitud de ofertas mediocres), ni tan reducido como en el británico (que aporta escasez de oportunidades), los cuales en base a los requisitos establecidos en el programa sabrían a qué atenerse y podrían por consiguiente presentar ofertas objetivas y adaptadas a la realidad del proyecto pudiendo hacer hincapié en sus puntos fuertes a la hora de ejecutarlo.

Otro punto a tener en cuenta considero que son las negociaciones bilaterales típicas del modelo alemán, las cuales pueden ser incorporadas al modelo que rige en España; pueden ser un punto a favor a la hora de reducir los elevados costes que tiene el proyecto sin llegar tampoco a dejar reducidos los costes a unos mínimos como ocurre en el modelo español. Respecto de esto último, la reticencia a la hora de invertir en la licitación, podría derivar en la consecuencia negativa de generar a largo plazo mayores riesgos de pérdidas económicas y menores oportunidades finalmente de un desarrollo correcto del proyecto.

En mi opinión, concluyo que aunque a veces una inversión más alta puede parecer un problema, a largo plazo puede llegar a aportar seguridad y más probabilidades de éxito; si inviertes en buenas condiciones, ni excesivamente ni de forma muy reducida sino de forma intermedia, lo más probable que el proyecto sea concluido de forma efectiva y por consiguiente no solo recuperes lo invertido sino que además generes unos ingresos. Por el contrario, una inversión excesivamente reducida por querer ahorrar dinero lo más probable es que derive no solo en la pérdida de lo invertido en la licitación del proyecto, sino también en la no obtención de ningún ingreso a la hora de ejecutarlo.

Por consiguiente, la forma de obtener mayores probabilidades de éxito, considero se encuentra aunando las ventajas que aporta cada uno de los modelos.

5 CONCLUSIÓN

1º La situación actual en Europa se encuentra principalmente en un contexto de crisis financiera. Además, esta situación de decadencia económica se ha visto endurecida con el paso del tiempo por las exigencias europeas impuestas en cuanto a restricción presupuestaria y control del déficit público lo que ha supuesto una contracción del mercado financiero lo que ha afectado principalmente a uno de los sectores más importantes de la economía nacional, el del sector público.

No obstante, a pesar de esta reducción a la hora de invertir en lo público, la ejecución de proyectos de infraestructuras es necesaria para la reactivación de la economía de un país. Es en este contexto donde Europa ha apostado por dichas fórmulas de colaboración público privadas como alternativas a la hora de financiar los proyectos de infraestructuras y servicios públicos.

2º Esto es, en una situación de limitaciones de gasto de las Administraciones públicas y falta de recursos de las mismas para llevar a cabo inversiones que reactiven la economía del país, la colaboración público privada encuentra su razón de ser mediante la cooperación del sector privado con el sector público en la financiación de infraestructuras de gran envergadura.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos por adaptar el marco regular actual a estas novedosas figuras que implican lo privado en la provisión y gestión de lo público, por un lado todavía subsisten elementos que dificultan la aplicación de las fórmulas de CPP, y por otro lado existen carencias en el ámbito público en cuanto a instrumentos financieros que se encuentren específicamente dirigidos a desarrollar esta nueva modalidad de proyectos; no existe un marco jurídico concreto lo que entorpece la utilización de dichas fórmulas colaborativas; aun cuando han quedado patentes las ventajas que éstas ofrecen, también generan inseguridad en cuanto a las entidades que participan en dichos proyectos.

3° Esto es, en el ámbito de las CPP, el papel fundamental lo ejerce el sector privado a través de inversiones sin las cuales en dicho contexto económico sería muy difícil llevar a cabo proyectos de gran envergadura los cuales equivalen a una mejora en el desarrollo y economía del país en que estas intervienen.

Por todo ello, considero fundamental la necesidad de implantar un marco jurídico más riguroso en cuanto a las CPP, y en el que se establezcan detalladas las regulaciones de las mismas. Esto se traduciría en una mayor seguridad para los entes licitantes, y por consiguiente un aumento de la participación de los mismos en lo que a inversiones en el ámbito público mediante estas fórmulas colaborativas se refiere; esta mayor intervención del sector privado en la ejecución de infraestructuras y previsión de servicios reactivaría la economía de los países haciéndoles emerger del actual contexto de crisis económica. Y no solo ello a nivel nacional, sino que al ser estos países más competitivos, a nivel internacional todo ello supondría una mejora de la economía mundial y situación de los mercados financieros.

BIBLIOGRAFÍA

ACERETE GIL, J. B., *Financiación y Gestión privada de infraestructuras y públicos. Asociaciones público –privadas*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2004.

BAÑO LEÓN, J.M., << La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos >>, RAP nº .151, enero-abril 2000.

BENITO LÓPEZ, B. Y MONTESINOS JULVÉ, F., <<Análisis de la financiación ¿privada? de infraestructuras>>, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda* nº. 9, III 2003.

BRIERA DALMAU, C., en “Los contratos de colaboración público-privado” en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 149, enero-febrero 2011.

BRUNETE DE LA LLAVE, M.T., *Los contratos de colaboración público privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, Madrid, La Ley, 2009.

CARBONELL PORRAS, E., *Régimen Jurídico-Administrativo del Transporte Interurbano por Carretera*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1993.

CARLÓN RUIZ, M., en “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *Revista Española de Derecho Administrativo*”, nº 140, Año 2008.

CASARES MARCOS, A., *La concesión de obras públicas a iniciativa particular; tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, Montecorvo, 2007.

CASARES MARCOS, A., “Análisis del marco general, estado actual y nuevas perspectivas de la colaboración público privada”, en la obra colectiva dirigida por T. QUINTANA LÓPEZ, *Estado actual y perspectivas de la colaboración público privada*, CES, 2010.

DE CARVAJAL, B. C., en *El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: una aproximación a su verdadera utilidad pública* en “*Contratación Administrativa*” Práctica nº 85, abril 2009, Editorial LA LEY, (LA LEY 11112/2009).

CHINCHILLA MARÍN, C., “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado» en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*”, nº 132, 2006.

DÍAZ PÉREZ, J., *Retos de la colaboración público-privada para el desarrollo de infraestructuras públicas (PPP)*.http://www.revistasice.com/cachepdf/bice_3012_15-32_81cf318748883fc5c3385363f98071f4.pdf

DORREGO CARLOS, A., Y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, *La colaboración público privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, Madrid, La Ley, 2009.

GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

GONZÁLEZ IGLESIAS, M.A, en “Los contratos de colaboración público-privados”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 79, octubre 2008, Editorial LA LEY 39920/2008.

GONZÁLEZ MARÍN, A., *Límites a la financiación presupuestaria de infraestructuras*, en AAVV, *Nuevas formas de financiación de proyectos públicos*, Madrid, Civitas, 1999.

GONZÁLEZ TORRIJOS, J., “La financiación de la colaboración público-privada: El «Project Finance»”, (BBVA) - http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/presu_gasto_publico/45_Financiacion.pdf)

GUIJARRO GONZÁLEZ, E., *El fin de la tipicidad de los contratos públicos: hegemonía del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*. Abogada. Máster en Derecho de la Contratación Pública, *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 120, Sección Reflexiones, del 1 Jun. al 31 Jul. 2012, pág. 52, Editorial, LA LEY 6034/2012.

HERNANDO RYDINGS, M., *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Madrid, Civitas, 2012.

HUERTA BARAJAS, J. A., en *Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado en los programas y contratos de defensa*, “*Contratación Administrativa*”, Práctica nº 78 septiembre 2008, Editorial LA LEY.

HUNTER, D., “*PPP structures: LIFT/BSF*”, en la obra colectiva dirigida por RADFORD, *PPP in the UK a practical guide*, City & Financial Publishing, 2009.

JIMÉNEZ DÍAZ, A., en “*Técnicas contractuales de colaboración público-privada (II): el contrato de colaboración público privada en la nueva ley de contratos del sector público*” en Obra Colectiva con *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros*, Editorial LA LEY, febrero 2009. Coordinador: Jorge Villarino Marzo

MARTINEZ MANZANEDO, M.R., “El sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad como marco de referencia conceptual contenido en la normativa de estabilidad presupuestaria” en la obra colectiva dirigida por M.GARCÉS SANAGUSTÍN, *La Estabilidad presupuestaria en el derecho español*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2004.

MAYER, O. *Derecho Administrativo Alemán*, Traducción al español por Editorial de Palma, Buenos Aires, 1951.

MENÉNDEZ DE LA CRUZ, C., “*El recurso especial en materia de contratación*”, *Contratación administrativa práctica : revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº. 71.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ. A, “*El significado actual del contrato de concesión de obra pública*”, en *Instrumentos de colaboración público privada: el contrato de concesión de obras públicas*, que el mismo dirige, Civitas, 2010.

MÍGUEZ MACHO, L., “Las fórmulas de colaboración público privada en el derecho español”, RAP nº 175, 2008.

PINA, V., y TORRES, L., en *La iniciativa privada en el sector público: externalización de servicios y financiación de infraestructuras*, Madrid, AECA, 2003.

QUINTANA LÓPEZ, T., *Estado actual y perspectivas de la colaboración público privada*, CES, 2010.

RATLEDGE Y P. LIGNIÉRES, “France”, en la obra colectiva dirigida por BUTTON, *A practical guide to PPP in Europe*, 2008, City & Financial Publishing.

RUIZ OJEDA, A., *La Concesión de Obra Pública*, 2012.

LEGISLACIÓN

Consejo de Estado en su informe al Anteproyecto de la Ley de Concesión de Obras Públicas e informes de la Junta Consultiva de Contratación 61/03 ó 70/04).

Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho Comunitario de 12 de abril de 2000 (Diario Oficial C 121 de 29 de abril de 2000).

“Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de la Ley Reguladora de Concesión de Obras Públicas de 5 de diciembre de 2001, nº 3375”

“Libro verde sobre la Colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones”

Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea, TUE

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, TCCE.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE.

Ley 30/ 2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Publico, LCSP.

Ley 30/ 2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Publico.

Ley Orgánica 2/2012, de 27 de Abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera

Constitución Española de 1978, CE.