

La colaboración público-privada y su fiscalización^(*)

Manuel Aznar López

Consejero del Tribunal de Cuentas

RESUMEN

La realización de proyectos mediante la colaboración público-privada (CPP) no es una novedad, puesto que en el Derecho romano ya se contemplaba la concesión administrativa. En España, se han utilizado diversas formas de CPP y en 2007 se estableció un específico contrato de CPP, que fue escasamente utilizado y que desapareció en 2018 con la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público. La Unión Europea ha aprobado, desde los años noventa del pasado siglo, diversos documentos sobre la CPP, unos específicos y otros en el ámbito de las infraestructuras de transporte. Tanto España, como otros países europeos de su entorno, han realizado fiscalizaciones sobre la CPP y el Tribunal de Cuentas Europeo ha llevado a cabo un Informe Especial en 2018. La desaparición en España del específico contrato de CCP plantea la incertidumbre de si podrán conseguirse los mismos resultados a través de la aplicación de otras modalidades contractuales. El control externo de la CPP presenta interesantes perspectivas en ámbitos tales como la planificación y la evaluación, la transparencia, la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, la equidad y la calidad.

PALABRAS CLAVE: Colaboración público-privada, fiscalización, contratos, control externo, Unión Europea.

(*) Versión revisada de la ponencia preparada para el Panel «Fiscalización superior de empresas del Estado y asociaciones público-privadas». XXVIII Asamblea General de OLACEFS. Buenos Aires, 9-12 de octubre de 2018. Este trabajo está dedicado a Luis, Carlos y Carlota.

ABSTRACT

Implementation of projects through the Public Private Partnership (PPP) is not new, since the administrative concession was already contemplated in Roman Law. In Spain, various forms of PPP have been used until now. Even a specific PPP contract was established in 2007, although it was scarcely used and disappeared when the Public Sector Contracts Act entered into force in 2018. The European Union has approved various documents on PPP since the nineties of the last century, some of them in the area of transport infrastructures. Spain and other European countries have carried out audits on PPP and the European Court of Auditors has conducted a Special Report in 2018. The disappearance in Spain of the specific type of PPP contractual arrangement poses the uncertainty on how the same results will be achieved through other contracting mechanisms. The external control of PPP presents interesting perspectives in areas such as planning and evaluation, transparency, budgetary stability and financial sustainability, equity and quality.

KEYWORDS: *Public private partnership, audit, contracts, external control, European Union.*

1. INTRODUCCIÓN

En el año 1996, la Unión Europea, preocupada, al parecer, por el ritmo de implementación de la red transeuropea de transporte, creó un Grupo de Alto Nivel sobre financiación de proyectos de dicha red mediante la colaboración entre los sectores público y privado. El Grupo concluyó que la fórmula de la colaboración público-privada (en adelante, CPP)¹ podía desempeñar un papel crucial en la aceleración de los proyectos.

Muchos siglos antes, en la entonces *Hispania*, la actuación de un evergeta permitió financiar la reparación del camino que unía las ciudades mineras de *Castulo* (en la actual provincia de Jaén) y *Sisapo* (en la actual provincia de Ciudad Real). La evergesia en cuestión, conocida a través del testimonio epigráfico de rigor, fue un ejemplo más de la conjunción de esfuerzos públicos y privados, que, a decir de los historiadores, permitieron dotar a *Hispania* de una extensa y bien acondicionada red viaria². Este conjunto de

¹ Entre las diversas denominaciones en español de lo que en inglés se conoce como *Public Private Partnership*, me decanto por la de colaboración público-privada, por ser la más utilizada en España.

² MELCHOR GIL, ENRIQUE: «Sistemas de financiación y medios de construcción de la red viaria hispana», en *Habis* n.º 23, 1992, págs. 134-137. Según indica este autor, el evergeta en cuestión fue Quintus Torius Culleo, Procurador de la Bética, y el asunto, al parecer, tenía un interés económico, ya que contar con un camino en buen estado permitía disponer con mayor presteza del mineral necesario para la producción de oro

vías, por lo demás, estaba integrado en la que en aquel entonces era la «red transeuropea de transporte», es decir, en la red de calzadas, que había decidido construir y mantener la «unión europea» existente a la sazón, es decir, Roma.

Con independencia de la colaboración derivada de la actividad evergética de los particulares, el Derecho romano, según han demostrado las investigaciones en la materia, contempló la figura de la concesión administrativa, a través de la cual, entre otros objetos, se explotaban obras públicas y se prestaban servicios³.

Nihil novum sub sole, por tanto, al parecer, en la CPP para la construcción y mantenimiento de infraestructuras⁴, solo que en aquella época no se medían, pesaban y, en definitiva, se conceptualizaban las cosas en la magnitud que se hace en la actualidad.

La primera tentación que acomete a un jurista cuando trata acerca de cualquier asunto es definirlo y, aun intentando, por una vez, no hacerlo, no puedo por menos que señalar que la cuestión no es sencilla. Según constataba el Tribunal de Cuentas Europeo en un informe aprobado en febrero de 2018, la interpretación de lo que debe entenderse por CPP no es homogénea en los Estados miembros de la Unión Europea⁵. En sentido amplio, la que ha ve-

y plata por el método de la amalgama. No es este, empero, el único caso del que nos hablan los estudiosos de la *Hispania* romana. Así, otro ejemplo de lo que, *mutatis mutandis*, sería una auténtica CPP, estaría constituido, según refieren los historiadores, por la cofinanciación de la construcción de un edificio público también en Castulo por el emperador Claudio asociado con dos particulares, Publius Cornelius Tauro y Valeria Verecunda, según señala también MELCHOR GIL, ENRIQUE: «La construcción pública en la Hispania romana: iniciativa imperial, municipal y privada», en *Memorias de Historia Antigua* n.º 13-14, 1992-1993, pág. 132, que califica de «insólita» esta colaboración.

³ Ver CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, SANTIAGO: *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el Derecho romano*. Madrid, Dykison, 1996, págs. 91-238 y 241-242. Señala este autor que, mediante la *locatio-conductio*, se otorgaba a los particulares, ya fueran personas físicas, ya asociaciones (principalmente, las *societates publicanorum*), la explotación de una *res publica*, a cambio del pago de una renta (*vectigal*). Las concesiones recaían, entre otros objetos, sobre el *ager publicus*, el suelo urbano edificable, las minas públicas, las obras públicas (así, caminos, faros y puentes) y la prestación de servicios públicos.

⁴ Esta misma idea es expresada por GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V.: *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*. Madrid, Marcial Pons, 2010, pág. 16, si bien resalta que en la actualidad hay, en su contenido e impulso, razones vinculadas a la importancia de la contabilidad en la actividad pública. Este autor se refiere a la «reinención» de los modelos de CPP en el año 1992.

⁵ TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: *Informe especial 9/2018, «Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados»*, aprobado el 7 de febrero de 2018, pág. 24, nota 16, (www.eca.europa.eu).

nido a llamarse asociación o colaboración público-privada incluiría una gama muy amplia de fórmulas de gestión⁶. Abarcaría, en consecuencia, modalidades tales como la concesión, la gestión interesada, el concierto, las sociedades de economía mixta⁷, e incluso otras figuras como los convenios con particulares, los consorcios y las fundaciones mixtas. Por lo demás, la CPP no es, como ya hemos avanzado, un fenómeno contemporáneo, pues, sin necesidad de remontarnos de nuevo más atrás en el tiempo, inspiró las fórmulas concesionales a través de las cuales se construyeron y explotaron grandes infraestructuras en el siglo XIX⁸, como también existen ejemplos posteriores⁹. Sin embargo, la CPP puede ser referida en

⁶ Se ha sostenido al respecto que la CPP «no es, propiamente, un concepto jurídico, sino un tipo de política pública o un modo de gestión» (MAGIDE, MARIANO: «Instrumentos contractuales de Colaboración Público-Privada para la Provisión de Infraestructuras Públicas en el Derecho Español», en *Revista de Derecho Administrativo* n.º 16, 2016, pág. 127).

⁷ Modalidades todas ellas de gestión indirecta de servicios públicos que, en España, el artículo 277 del derogado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, englobaba en el contrato de gestión de servicios públicos.

⁸ En este sentido, se ha señalado que en el siglo XIX existían en España instrumentos precisos de CPP, mencionándose en concreto el contrato de concesión de obra pública regulado en la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, aunque le precedió una norma «infralegal», como era la Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas, de 10 de octubre de 1845 (Ver COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, BORJA: «Private Finance Initiative en el ordenamiento jurídico español: tres modelos asociativos de contratación pública», en *Noticias Jurídicas*, 1 de octubre de 2010, www.noticias.juridicas.com). Sobre estas normas de 1845 y 1877, ver también MENÉNDEZ GARCÍA, PABLO, y FERNÁNDEZ ACEVEDO, RAFAEL: «Análisis histórico-jurídico de la concesión de obra pública», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, ADOLFO (dir.): *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, 2.ª ed., Cizur Menor, Civitas Thompson Reuters, 2010, págs. 76-79 y 85-92, que asimismo mencionan ejemplos anteriores desde la época romana hasta el siglo XVIII (págs. 67-76).

⁹ COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, BORJA: «Los orígenes remotos del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en *Noticias Jurídicas*, de 1-2-2010, www.noticias.juridicas.com, se refiere al Real Decreto-Ley de 28 de julio de 1928, por el que se regulaban las cooperaciones y auxilios de los usuarios industriales en las obras de regularización y aprovechamiento de los ríos; al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (Decreto de 17-6-1955), que recogió la concesión como forma de gestión indirecta de servicios públicos; y a la Ley de Contratos del Estado de 1965 (texto articulado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril), que contempló el contrato de gestión de servicios públicos. También cita este autor (COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, BORJA: «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en el ordenamiento jurídico español: orígenes, características y naturaleza de una experiencia exitosa», en *Noticias Jurídicas*, 1 de octubre de 2009, www.noticiasjuridicas.com), la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, en la que, en alguna ocasión, se ha situado el punto de

sentido estricto a una fórmula contemporánea, cuyo origen puede datarse en 1992, en el Reino Unido¹⁰, y cuya manifestación más usual es la que engloba la totalidad de las fases del proyecto: diseño, financiación, construcción, explotación, mantenimiento¹¹.

partida del desarrollo de las CPP en España (ver TELLO BLASCO, CRISTINA MARÍA: «Modelos aplicados de colaboración público-privada por la Administración Pública. Experiencias en la Administración General del Estado», en *Revista Española de Control Externo* n.º 28, 2008, pág. 71). Sin embargo, tras dejar constancia de todo ello en diversos trabajos, el referido autor muestra su desacuerdo con quienes identifican el origen del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado con el del contrato de concesión de obra pública, ya que, pese a guardar similitudes en cuestiones esenciales, sus mutuas diferencias justifican un tratamiento separado (COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, BORJA: «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: una aproximación a su verdadera utilidad», en *Contratación Administrativa Práctica* n.º 85, 2009, pág. 54). Se citan también como antecedentes la Ley 13/1996, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, desarrollada por el Decreto 704/1997, de 16 de mayo, por la que se reguló el régimen jurídico, presupuestario y financiero del contrato administrativo de obra bajo la modalidad de abono total del precio, o, en otras palabras, el conocido como «método alemán», y el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo artículo 246, en la redacción dada por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública, contempló la modalidad de los peajes en sombra. No obstante, además de esta última ley, que también constituye un antecedente, el más inmediato fue el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005, que ordenó incorporar al anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público una regulación de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado (SANBRIA LUENGO, MIGUEL ÁNGEL: *La aplicación del contrato de colaboración público-privada a los programas de armamento del Ministerio de Defensa de España*. Tesis doctoral. Madrid, Universidad Complutense, 2016, págs. 62-64).

¹⁰ Con la denominada *Private Finance Initiative* (PFI), fundamentada en el reparto de riesgos entre el sector público y el operador privado y en el principio *Value for Money* (VFM). Aquel se refleja en la regla de que el riesgo debe ser asumido por quien pueda afrontarlo; este vincula la elección de la forma en que se lleve a cabo un proyecto de infraestructura o de prestación de un servicio a criterios de eficiencia, valorándose a través del *Public Sector Comparator* (PSC). En la literatura española, ver sobre la evolución de la PFI en la década de los noventa del siglo XX, NIETO GARRIDO, EVA: «La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido (De *Private Finance Initiative* a *Public Private Partnerships*)», en *Revista de Administración Pública* n.º 164, 2004, págs. 391-395; SANBRIA LUENGO, MIGUEL ÁNGEL: *ob. cit.*, 2016, págs. 17-28. Sobre la CPP en el Reino Unido, ver HERNANDO RYDINGS, MARÍA: *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*. Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2012, págs. 49-91 y 209-231. También, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, ADOLFO: «El significado actual del contrato de concesión de obras públicas», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, ADOLFO (dir.): *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, cit., págs. 30-44.

¹¹ No obstante, se ha resaltado que precisamente la estructura concesional subyacente en la mayoría de las modalidades de CPP ha permitido en países como España u otros de estirpe latina su aplicación de forma poco traumática, aunque

De la magnitud de las CPP en la Unión Europea da idea que, según datos del Tribunal de Cuentas Europeo, entre 1990 y 2016 alcanzaron la fase de cierre financiero en el mercado de CPP de la Unión un total de 1.749 proyectos por valor de 336.000 millones de euros, aunque también se constata que desde 2008, y durante la crisis económica, el número de proyectos experimentó un acusado descenso¹². No obstante, la distribución territorial no es homogénea, ya que el 90% del mercado se concentró en cinco países¹³, con incidencia muy significativa en el Reino Unido¹⁴. Desde la perspectiva sectorial, la mayoría de los proyectos pertenecían al sector del transporte, seguido de los de la asistencia sanitaria y de la educación¹⁵.

Es interesante añadir la ventaja que pueden presentar las fórmulas de CPP en el ámbito contable, ya que no es ni mucho menos desdeñable¹⁶. En efecto, en el marco contable de la Unión Europea (SEC 2010), la participación pública en una CPP puede no ser registrada, siempre que cumpla determinadas condiciones¹⁷, como partida de balance, lo que constituye un incentivo para su utilización, puesto que contribuye al cumplimiento de los denominados «criterios de Maastricht»¹⁸. En tal sentido, bajo determinadas con-

ello haya tenido su contrapartida negativa en el plano conceptual (ver FUERTES FERNÁNDEZ, ADOLFO: *Fundamentos de la colaboración público-privada para la dotación de infraestructuras y servicios*, www.cerecom.org. Versión revisada y corregida a 20 de enero de 2009 del artículo publicado en la *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras* año X, n.º 29, 2007, págs. 7-14).

¹² TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: *Informe especial 9/2018, «Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados»*, cit., págs. 17-18.

¹³ Reino Unido, Francia, España, Portugal y Alemania (TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: *ibid.*, pág. 18).

¹⁴ Más de 1.000 proyectos por valor de cerca de 160.000 millones de euros, seguido de Francia, con 175 proyectos con un valor de cerca de 40.000 millones de euros (TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: *ibid.*, págs. 18-19).

¹⁵ TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: *ibid.*, págs. 17-18.

¹⁶ Hasta el punto de que en el ámbito doctrinal se han situado las causas del auge de las operaciones de CPP precisamente en su tratamiento contable (ver HERNANDO RYDINGS, MARÍA: *ob. cit.*, pág. 529).

¹⁷ De acuerdo con la Decisión 18/2004 de *Eurostat*, cuando la parte privada asuma en su integridad el riesgo de construcción y el riesgo de disponibilidad o el riesgo de demanda (ver VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA: «Del peligro que pueden suponer algunos contratos basados en fórmulas de colaboración público-privada en orden a respetar el objetivo de estabilidad presupuestaria», en *Observatorio de la Contratación Pública*, www.obcp.es, 24 de octubre de 2011).

¹⁸ Tal y como oportunamente lo recuerda el TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: *Informe especial 9/2018, «Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados»*, cit., pág. 17.

diciones, la operación no afectará al objetivo de estabilidad presupuestaria, ni al endeudamiento del sector público.

2. LA CPP EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La legislación española de contratos del sector público se caracteriza por su inestabilidad, ya que ha estado sometida a frecuentes cambios como consecuencia, primordialmente, de la obligatoria transposición al ordenamiento jurídico español de las sucesivas Directivas de la Unión Europea en materia de contratación pública. De la velocidad de los cambios legislativos da idea el hecho de que, desde el año 2000, España ha contado con cuatro leyes sucesivas sobre contratación del sector público¹⁹. Y eso no es todo, ya que habrían de añadirse las diversas modificaciones de cada una de estas leyes. Así, las dos leyes que precedieron a la actualmente vigente fueron objeto, respectivamente, de diez y de quince modificaciones²⁰.

En este contexto, las CPP se habían desarrollado hasta el año 2007 a través de la figura del arrendamiento operativo, consistente en el encargo de la construcción de una infraestructura y su arrendamiento a la Administración encomendante, que se aplicó fundamentalmente en los supuestos en los que no había una explotación económica y, consecuentemente, no se podía utilizar la modalidad contractual de concesión de obra pública²¹. Pese a ello, este contra-

¹⁹ Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por la que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; y Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

²⁰ Sobre estas modificaciones, ver GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL: «El Derecho de la contratación pública: evolución normativa y configuración actual», en GAMERO CASADO, EDUARDO, y GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL (dirs.): *Tratado de contratos del sector público*, tomo I. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, págs. 83-93.

²¹ GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V.: *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, cit., págs. 145-159, y «Contrato de colaboración público-privado», en *Revista de Administración Pública* n.º 170. 2006, págs. 31-36. Sobre el arrendamiento operativo, ver HERNANDO RYDINGS, MARÍA: *ob. cit.*, págs. 346-373. También COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, BORJA: *El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: una perspectiva jurídica, política y emocional*. Valencia, Bubok Publishing, 2010, págs. 32-35, y VILLARINO

to había sido también utilizado con una reformulación de la explotación de la obra pública. Fue el caso, en concreto, de la contratación referente a una serie de hospitales realizada por la Comunidad de Madrid en el año 2005, en la que se encargó al concesionario el diseño, la construcción, el mantenimiento y la explotación, consistente en la puesta a disposición del hospital en unas condiciones óptimas de utilización y calidad, a través de la provisión de los servicios no sanitarios, residenciales y complementarios, correspondiendo también al concesionario la explotación de las zonas complementarias y de los espacios comerciales y prestándose, por el contrario, directamente, la asistencia sanitaria por el servicio público de salud mediante su propio personal²². Transcurridos los treinta años de duración del contrato, la obra pública revertirá a la Administración concedente, con las zonas complementarias y los bienes e instalaciones incluidos de los espacios de explotación comercial. Los riesgos de construcción y de disponibilidad son transferidos al concesionario, pero no el de demanda, de modo que la retribución no depende de la frecuentación o, si se prefiere, de la población asistida. Dicha retribución se compone de una cantidad máxima anual, que puede dividirse en una cantidad fija, no sujeta a deducciones, y una cantidad variable, si bien la mayoría de los licitadores optó por ofertar una cantidad máxima anual sujeta en su totalidad a deducciones²³.

MARZO, JORGE: «Técnicas patrimoniales de colaboración público-privada: las concesiones demaniales y el arrendamiento operativo», en DORREGO DE CARLOS, ALBERTO, y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, FRANCISCO (dirs.), y VILLARINO MARZO, JORGE (coord.): *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público: Aspectos administrativos y financieros*. Las Rozas, La Ley, 2009, págs. 497-518.

²² Correspondería, por tanto, al modelo que se ha denominado de «CPP de bata gris-bata verde», frente al modelo «CPP de bata blanca», que incluye la provisión de los servicios asistenciales (ALONSO, PALOMA; PINTO, DIANA; ASTORGA, IGNACIO; y FREDDI, JAZMIN: *Conceptos generales y modelos. Serie de notas técnicas sobre asociaciones público-privadas en el sector de la salud de América Latina*. Banco Interamericano de Desarrollo, 2014, págs.15-17). El modelo «CPP de bata gris» es también, al parecer, el más utilizado en Iberoamérica, habiéndose aplicado, a febrero de 2016, en el 70% de los proyectos (ASTORGA, IGNACIO; ALONSO, PALOMA; PINTO, DIANA; FREDDI, JAZMIN; y CORREDERA SILVÁN, MARTÍN: *10 años de asociaciones público-privadas (APP) en salud en América Latina: ¿Qué hemos aprendido?: Nota 4 de la serie de notas técnicas sobre asociaciones público-privadas en el sector de la salud en América Latina*. Banco Interamericano de Desarrollo, 2016, págs. 3-6.

²³ Para una descripción amplia del modelo aplicado, ver RODRÍGUEZ VARELA, NIEVES: «Modelos de colaboración público-privada. Experiencia de la Comunidad de Madrid: nuevos equipamientos sanitarios», en *Revista Española de Control Externo* n.º 28, 2008, págs. 99-107, quien señala que en estos proyectos no

En el ámbito sanitario fue utilizado asimismo el contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad concesional, abarcando también la concesión, en este caso, junto a la construcción del hospital, la prestación de la asistencia sanitaria, tanto hospitalaria como ambulatoria, para lo cual el contratista aportaba el personal que dispensaba la atención hospitalaria, fijándose la retribución a cargo de la Administración en una cantidad fija por año y persona protegida. La asistencia prestada a los pacientes de otras áreas de salud se facturaba por separado. No existía, por último, aportación directa de los usuarios²⁴.

También se habían aplicado otras fórmulas como «el peaje en sombra» o «método británico», que, a decir de algún autor, ya se encontraba prevista en la Ley 55/1960, de 22 de diciembre, de carreteras en régimen de concesión²⁵; el llamado «modelo alemán» o de «llave en mano», introducido en España por el artículo 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, con la denominación de «contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio»²⁶; el denominado «modelo español», consistente en la actuación a través de sociedades instrumentales que operaban como mandatarias de la Administración²⁷, las concesiones demaniales²⁸, la constitución de un

era apropiado transferir al privado concesionario el riesgo de demanda, ya que escapa del control del concesionario, que exigiría un precio para su asunción que se traduciría en un mayor coste para Administración.

²⁴ Es, en concreto, el llamado «modelo Alcira». Con la retribución sobre base capitativa y no por acto médico se pretendía salir al paso de las prestaciones innecesarias que esta última modalidad incentiva, según explica VILLAR ROJAS, FRANCISCO JOSÉ: «La privatización de la gestión de los servicios sanitarios públicos: las experiencias de Valencia y Madrid», en *Derecho y Salud* vol. 17, extra, 2009, pág. 2, quien señala que no es, en rigor, un supuesto de financiación privada, sino de financiación pública, presupuestaria, diferida de la obra. La concesión fue resuelta en 2003 y licitada de nuevo con modificaciones hasta que, finalizado el periodo de concesión, el establecimiento hospitalario pasó, en 2018, a gestionarse directamente por la Administración sanitaria.

²⁵ Así lo señala GARCÍA CAPDEPÓN, PEDRO MARÍA: «Los contratos de colaboración público-privada», en *Revista Española de la Función Consultiva* n.º 3, 2005 pág. 103, haciendo la observación de que «como en otras tantas veces, hemos acabado copiando nuestras propias ideas cuando son presentadas por terceros».

²⁶ Su régimen jurídico, presupuestario y financiero fue desarrollado por el Real Decreto 704/1997, de 16 de mayo.

²⁷ GARCÍA CAPDEPÓN, PEDRO MARÍA: *ob. cit.*, págs. 104-105.

²⁸ Ver VILLARINO MARZO, JORGE: *ob. cit.*, 451-458. Sobre una de las experiencias de CPP a través de la figura de la concesión demanial (Plan Alquiler 45.000 de la Comunidad de Madrid), ver GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, ERNESTO: «Algunas experiencias prácticas de colaboración público-privada en España», en PALOMAR OLMEDA, ALBERTO (dir.) y ÁLVARO MONTERO, ÁNGEL DE (coord.):

derecho de superficie²⁹, e incluso la vieja institución civilista del censo enfiteúatico³⁰. La utilización de estas fórmulas y su combinación no estaba, empero, exenta de problemas³¹.

Así las cosas, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, tipificó normativamente el que dio en denominar «contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado» (en adelante, contrato de CPP), como figura contractual que, según señalaba la exposición de motivos de dicha ley, podría utilizarse «*para la obtención de prestaciones complejas o afectadas de una cierta indeterminación inicial, y cuya financiación puede ser asumida, en un principio, por el operador privado, mientras que el precio a pagar por la Administración podrá acompañarse a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyen su objeto*».

La regulación inicial de esta figura contractual fue objeto de modificación en el año 2011³². En los términos de esta modificación, se entendía por contrato de CPP aquel por el que una Admi-

La colaboración público-privada: análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad contractual. Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2011, págs. 358-399.

²⁹ Ver, por ejemplo, ARIMANY LAMOGLIA, ESTEBAN: «La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras y equipamientos locales», en *Cuadernos de Derecho Local* n.º 11, 2006, págs. 31-32.

³⁰ ORTEGA, BEATRIZ y TRAVÉ, MONTSERRAT: *La formas de colaboración público-privada en Catalunya. Incidencia en los trabajos de fiscalización.* www.Eurorai.org, págs. 2-3, quienes explican que fórmulas como el «método alemán» y el censo enfiteúatico acabaron cayendo en desuso por la interpretación dada por la normativa SEC.

³¹ Así, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 72/04, de 11 de marzo de 2005, consideró contraria al sistema de reglas que disciplinaba la contratación administrativa una actuación compleja integrada por la constitución de un derecho de superficie sobre un solar municipal para que un particular construyera un edificio destinado a usos sociales y culturales, el arrendamiento del edificio por el Ayuntamiento mediante el pago de una renta fija mensual y un canon fijo de mantenimiento, y la reversión automática y gratuita de la propiedad del inmueble al Ayuntamiento una vez transcurrido el período de concesión del derecho de superficie. Para la Junta, esta opción era un «claro subterfugio para eludir la aplicación de las normas reguladoras de los contratos típicos», además de ser inviable por vulnerar la exigencia legal, aplicable a los contratos mixtos, de que los contratos fueran de la misma naturaleza administrativa, lo que impedía que concurrieran contratos administrativos y privados.

³² Disposición final 16.ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Una modificación anterior fue la introducida por el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptaron medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, que estableció la emisión, con carácter previo a la autorización de un contrato de CPP, así como de un contrato de concesión de obra pública, cuyo valor estimado excediera de 12.000.000 euros, de un informe preceptivo y vinculante del entonces Ministerio de Economía y Hacienda sobre las repercusiones pre-

nistración o entidad pública empresarial³³ «encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones: a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión; b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas; c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado; d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado»³⁴.

La celebración del contrato quedaba subordinada a que otras fórmulas contractuales alternativas no permitieran la satisfacción de las finalidades públicas, a cuyo efecto debía elaborarse, por un órgano colegiado integrado por expertos cualificados, un documento de evaluación en el que se pusiera de manifiesto que, por la complejidad del contrato, la Administración no se encontraba en condiciones de definir, previamente a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos propuestos, o de establecer los mecanismos jurídicos, y financieros para llevar a cabo el contrato. Este mismo documento debía incluir un análisis comparativo con otras formas alternativas de contratación para justificar, en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste glo-

supuestarias y compromisos financieros que conlleve, así como acerca de su incidencia en el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

³³ En la configuración original, recogida en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, el contrato de CPP solo podía ser celebrado por las Administraciones Públicas. En el ámbito de las entidades públicas empresariales, únicamente se extendía la posibilidad de utilizar este contrato al Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), en virtud de la disposición final 5.^a de dicha ley, que modificó el art. 22.3.b de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario.

³⁴ Art. 11 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, conforme a la redacción dada por la disposición final 16.^a de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. La definición se reprodujo posteriormente en sus propios términos en el artículo 11 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

bal, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos jurídicos, económicos, administrativos y financieros que recomendaran la elección de esta fórmula de contratación. La evaluación, sin embargo, podía realizarse de forma sucinta en el caso de que concurrieran razones de urgencia, no imputables a la Administración contratante, que aconsejaran la utilización del contrato, previsión que fue criticada por la doctrina debido a la dificultad de conciliar la urgencia con la complejidad del contrato en cuestión³⁵.

A la vista de los resultados de la evaluación, debía elaborarse un programa funcional con los elementos básicos para el diálogo con los contratistas, en el que se expresaría la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que deberían reunir las ofertas para ser admitidas al diálogo competitivo, y los criterios de adjudicación del contrato. Se regulaba, de otra parte, el contenido del contrato; se abría la posibilidad de que el contratista pudiera asumir la dirección de las obras, la realización, total o parcial, de los proyectos y la contratación de los servicios precisos, y se señalaba que la contraprestación a percibir por el contratista consistiría en un precio a satisfacer durante toda la duración del contrato y que podría estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento. Esta duración no podría exceder de veinte años, pero si el régimen aplicable, en virtud de la prestación principal, fuera el del contrato de concesión de obra pública, podría llegar a cuarenta años³⁶, e incluso a setenta y cinco años en el caso de concesión de obras hidráulicas³⁷.

³⁵ CHINCHILLA MARÍN, CARMEN: «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)», en COLÁS TENAS, JESÚS, y MEDINA GUERRERO, MANUEL (coords.): *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*. Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institución Fernando el Católico, 2009, págs. 468-469; y «La nueva Ley de Contratos del Sector Público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas. Especial referencia al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)», en ORTEGA MARTÍN, EDUARDO (dir.): *Derecho Administrativo del siglo XXI*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008, pág. 254.

³⁶ Arts. 11, 118-120 y 289-290, así como arts. 5, 13, 19, 29, 164.3, 199, 296.2, disposición adicional 35.^a y disposición final 10.^a, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, conforme a la redacción dada a los arts. 11 y 118 por la disposición final 16.^a de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y, posteriormente, arts. 11, 134-136 y 313-315, así como arts. 5, 13, 19, 29, 180.3, 215, 321.2 y disposición adicional 29.^a, del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

³⁷ Art. 134 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.

De esta regulación se desprendían las características definitorias del contrato, como eran su complejidad³⁸, su carácter subsidiario, la transferencia parcial de riesgos al operador privado, su acomodación a los principios de eficacia y eficiencia, y su larga duración³⁹.

De otra parte, la adjudicación del contrato de CPP debía llevarse a cabo necesariamente por el procedimiento de diálogo competitivo, lo que, en el ámbito doctrinal, fue considerado innecesariamente riguroso, además de resaltarse el riesgo de vulnerar la confidencialidad⁴⁰, el peligro de adoptar soluciones poco adecuadas para el interés público como consecuencia de la participación del contratista en la configuración del contrato, y el alto coste del procedimiento⁴¹.

Así las cosas, la vida del contrato de CPP se ha extendido tan solo por espacio de una década, ya que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, ha suprimido esta modalidad contractual, por considerar, según se expresa en la exposición de motivos, que en la práctica tenía una utilidad muy escasa, habiendo mostrado la experiencia que el objeto del contrato desaparecido puede obtenerse a través de otras figuras contractuales, fundamentalmente mediante el contrato de concesión⁴². De esta forma, a partir de la entrada en vigor de la mencionada ley, que se produjo el 3 de marzo de 2018, España carece de un contrato específico de CPP.

Sería, no obstante, interesante cuestionarse acerca de la razón por la que se ha optado por la supresión del contrato de CPP, en lugar de introducir en su regulación modificaciones que le dieran

³⁸ De la regulación del contrato de CPP se infería que la complejidad podía afectar a las especificaciones técnicas de la prestación, pero también a la cobertura jurídica o financiera del contrato, tal y como señaló la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 53/09, de 26 de febrero de 2010, especificando que la renovación y mantenimiento integral de una red de carreteras podía constituir el objeto de un contrato de CPP según el nivel de calidad exigido al adjudicatario y la extensión territorial mayor o menor de la red.

³⁹ Ver SANABRIA LUENGO, MIGUEL ÁNGEL: *ob. cit.*, págs. 79-92.

⁴⁰ HERNANDO RYDINGS, MARÍA: *ob. cit.*, pág. 539.

⁴¹ BRUNETE DE LA LLAVE, MARÍA TERESA: *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Especial aplicación a las entidades locales*. Las Rozas, La Ley, 2009, pág. 661.

⁴² Esta circunstancia ya había sido advertida en el ámbito doctrinal incluso cuando la Ley 30/2007, de 30 de octubre se encontraba aún en fase de proyecto, al sostenerse que «la esencia...de este tipo de contratos (de CPP)...no se aparta del tradicional contrato de concesión» (RAMALLO MASSANET, JUAN: «El control externo en las nuevas formas de colaboración público-privada», en *Revista Española de Control Externo* n.º 26, 2007, pág. 28).

una mayor operatividad⁴³, o de inclinarse por la alternativa, propuesta en el ámbito doctrinal, de establecer una clara distinción entre el contrato de concesión y el contrato de CPP, a partir de los criterios de *Eurostat*, aplicando el primero para los casos de pago al concesionario por los usuarios, con asunción por la parte privada de los riesgos de construcción y de demanda; y el segundo a los supuestos en que los ingresos del concesionario provengan fundamentalmente del sector público, con asunción por la parte privada de los riesgos de construcción y de disponibilidad⁴⁴. Sin embargo, la exposición de motivos de la Ley supresora no responde a esta cuestión.

Sea cual fuere la razón que ha movido al legislador español a suprimir la específica modalidad contractual de CPP, es lo cierto que, como señala la exposición de motivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, a través de la figura concesional se pretenden lograr los objetivos perseguidos por el extinto contrato. Respecto de ella, la citada ley contempla dos modalidades: el contrato de concesión de obras y el contrato de concesión de servicios.

En relación con el primero, la Ley especifica que la contraprestación del concesionario consiste en el derecho a explotar las obras, o en este derecho junto al de percibir un precio. El derecho de explotación implica la asunción de un riesgo operacional, que abarca el riesgo de demanda, o el de suministro, o ambos.

Respecto del segundo, es interesante señalar que desaparece el contrato de gestión de servicios públicos, que es sustituido por el contrato de concesión de servicios. Por tal se entiende *«aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio»*. Como sucede en el contrato de concesión de obras, también en este contrato el derecho de explotación supone la transferencia del riesgo operacional al concesionario, que com-

⁴³ Ver, por ejemplo, las propuestas realizadas por RIDAO i MARTÍN, JOAN: «La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras de servicio público. Revisión crítica y alternativas al actual marco regulador», en *Revista Catalana de Dret Públic* n.º 45, 2012, págs. 200-201 y 208.

⁴⁴ RIDAO i MARTÍN, JOAN: «La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras de servicio público. Revisión crítica y alternativas al actual marco regulador», *cit.*, págs. 207-208.

prenderá el riesgo de demanda, o el de suministro, o ambos. Si no se produce esta transferencia y es la Administración la que asume este riesgo, se trataría de un contrato de servicios y no de un contrato de concesión de servicios, siguiendo el criterio recogido en la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión⁴⁵.

Esta decisión del legislador español es de una notoria trascendencia y amerita un comentario, que ha de partir de la opinión sustentada por el Consejo de Estado en su Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, sobre el anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público. En este Dictamen se señala que la naturaleza de la prestación como fundamento de la distinción entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos había sido desplazada por el criterio de la transferencia o no del riesgo operacional en la distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios, haciéndose abstracción de si el servicio sobre el que recae el pacto establecido entre las partes tiene o no la consideración de servicio público.

Así las cosas, no puedo por menos que suscribir la crítica del Consejo de Estado recogida en el Dictamen citado, cuando, tras recordar la importancia que en Derecho continental europeo ha tenido y tiene el servicio público como elemento vertebrador de la actividad administrativa, afirma inequívocamente:

«El desplazamiento de la noción de servicio público como elemento diferenciador de las dos modalidades contractuales aludidas, para poner el foco en un aspecto, sin duda, importante, pero de índole organizativa, como es si se transfiere o no el riesgo operacional, es el germen de diversas distorsiones. Al fin y al cabo, si el adjudicatario asume o no el aludi-

⁴⁵ Como señala HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, FRANCISCO LORENZO: «La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* n.º 60, 2016, pág. 52, el criterio del riesgo se impone al de la naturaleza de la prestación, lo que entra en colisión con la tradición jurídica española. ya que «la jurisprudencia comunitaria, primero, y el Derecho derivado, después rompen la ecuación que une la concesión con la prestación de un servicio público». En obligada consonancia con ello, el contrato de concesión de servicios regulado en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, «no pivota sobre la categoría de servicio público, sino sobre la de riesgo operacional» (AVEZUELA CARCEL, JESÚS: «El contrato de concesión de servicios», en PALOMAR OLMEDA, ALBERTO, y GARCÉS SANAGUSTÍN, MARIO (dirs.) y VÁZQUEZ GARRANZO, JAVIER (coord.): *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público, adaptados a la Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre*. Las Rozas, Wolters Kluwer, 2018, pág. 757).

do riesgo es una cuestión capital para regular las relaciones entre las partes en el contrato, pero sin impacto directo en los ciudadanos destinatarios de los servicios públicos, en beneficio de los cuales ha de garantizarse la continuidad y la igualdad de la prestación»⁴⁶.

Frente a la desaparición de la específica modalidad contractual de CPP, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, contempla expresamente la modalidad institucional⁴⁷, recogiendo en tal sentido la posibilidad de que, siempre que se cumplan determinadas condiciones⁴⁸, tanto el contrato de concesión de obra, como el de concesión de servicios, sean adjudicados directamente a una sociedad de economía mixta, en la que concurra mayoritariamente el capital público⁴⁹. No obstante, podrían ser trasladables, *mutatis mutandis*, a esta

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO: Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. El texto puede ser consultado en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2015-1116>. En opinión del Consejo, la supresión del contrato de gestión de servicios públicos y la configuración de los contratos de servicios y de concesión de servicios no aseguraba un régimen adecuado para garantizar los principios de igualdad, universalidad y continuidad de los servicios públicos o de interés general.

⁴⁷ Aunque en el ámbito doctrinal se ha puesto en tela de juicio la distinción entre ambas modalidades, al entenderse que en el fondo la cooperación institucional es una variante de la colaboración contractual, considerándose como un formalismo la constitución de una entidad distinta de los socios que participan en ella, sociedad que actuaría como un velo que aseguraría la producción de efectos frente a terceros. Respecto de ello, se indica que la relación entre el socio público y el privado nace con anterioridad a la creación de la entidad, ya que tiene su origen en un acuerdo previo de los socios, siendo la entidad la manifestación externa de la colaboración preestablecida. Por ello, en el fondo, la colaboración institucional sería también contractual, al seleccionarse el socio privado en virtud de un contrato (BERNAL BLAY, MIGUEL ÁNGEL: «La colaboración público-privada institucional», en *Revista Aragonesa de Administración Pública* n.º 37, 2010, págs. 105 y 133).

⁴⁸ Que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y que no se introduzcan modificaciones en el objeto y en las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

⁴⁹ Disposición adicional 22.^a de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que, según se declara en la exposición de motivos, sigue los criterios recogidos en la STJUE de 15 de octubre de 2009, asunto 196/2008, caso ACOSSET, y en la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 5 de febrero de 2008, relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada. En la sentencia citada, se señala que «la diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación del servicio...En un contrato público de servicios, en el sentido de las Directivas 2004/18 y 2004/17, la contrapartida es pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador del servicio...Existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho a explotar el servicio y el prestador del servicio asume el riesgo vinculado a la explotación del servicio de que se trate»

previsión legal las críticas que en su día se dirigieron a la similar recogida en el texto refundido de 2011, referentes a la incompleta regulación de la modalidad institucional de la CPP⁵⁰.

De otra parte, a partir del año 2005 (Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo), y como consecuencia de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recaída a partir de la sentencia *Teckal*, de 18 de noviembre de 1999, se habían contemplado en la legislación española los encargos a medios propios⁵¹. Mediante estos encargos a otra persona jurídica, bien de derecho público bien de derecho privado, que tenga reconocida la condición de medio propio personificado, pueden ejecutarse de manera directa prestaciones propias de los contratos, a cambio de una compensación tarifaria. En el caso de que el destinatario sea una persona jurídico-privada, la totalidad del capital o patrimonio deberá ser de titularidad o aportación pública⁵². La consideración de medio propio y servicio técnico está vin-

(apartado 39). En la sentencia se concluye que no es contrario al Derecho comunitario «*que se adjudique directamente un servicio público que exija la realización previa de ciertas obras...a una sociedad de capital mixto, público y privado, especialmente creada para prestar dicho servicio y con este único objeto social, y en la que el socio privado sea seleccionado mediante licitación pública, previa verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión relativos al servicio que deba prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las prestaciones que deban realizarse, a condición de que dicho procedimiento de licitación respete los principios de libre competencia, de transparencia y de igualdad de trato impuestos por el Tratado en materia de concesiones*».

⁵⁰ Así, BERNAL BLAY, MIGUEL ÁNGEL: *ob. cit.*, págs. 113-116 y 134, que, cuando el texto refundido se encontraba aún en fase de proyecto, ponía de relieve, entre otros extremos, además de deficiencias de técnica legislativa, la insuficiencia de la norma, al no contemplar todas las modalidades de CPP de tipo institucional. Contrasta esta opinión con la expresada por COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, BORJA: «Private Finance Initiative en el ordenamiento jurídico español: tres modelos asociativos de contratación pública», *cit.*, quien señalaba que, tras las modificaciones introducidas por la Ley de Economía Sostenible en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, existirían en el ordenamiento jurídico español tres tipos de CPP, entre ellos el de las CPP institucionalizadas.

⁵¹ La doctrina no duda en incluir los encargos a medios propios entre las modalidades de CPP (ver en tal sentido, GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V.: *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, *cit.*, pág. 45, que cita, como ejemplo, el Hospital de Cartagena).

⁵² Art. 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Sin embargo, la doctrina ha hecho notar que la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, abre la posibilidad de que el capital privado participe en un ente instrumental de personificación jurídico-privada que recibe encargos, siempre que no ejerza una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada (Ver NOGUERA DE LA MUELA, BELÉN: «Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos», en GAMERO CASADO, EDUARDO y, GALLEGÓ CÓRCOLES, ISABEL (dirs.): *ob. cit.*, págs. 702-703).

culada, además de a la disposición de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de la actividad que se corresponda con el objeto social, a la mayor eficiencia de esta opción por comparación con la contratación pública, así como a su sostenibilidad y eficacia, contemplada según criterios de rentabilidad económica. No obstante, podrá acudir también a esta fórmula *in house providing* por razones de seguridad pública o de urgencia. La comprobación de estos requisitos formará parte del control de eficiencia de los medios propios y servicios técnicos⁵³.

Ha de añadirse, para completar el panorama de la colaboración del sector privado, que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, contempla asimismo la ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresas particulares o a través de medios propios no personificados. Aquellas pueden consistir en la ejecución de obras o en la fabricación de bienes muebles, determinándose en la Ley los casos en que puede acudir a esta modalidad de ejecución⁵⁴.

3. LA ACTIVIDAD FISCALIZADORA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS DE ESPAÑA EN RELACIÓN CON LA CPP

El Tribunal de Cuentas de España ha realizado diversas actuaciones fiscalizadoras en relación con distintas fórmulas de CPP⁵⁵. Entre ellas, puede citarse, en primer lugar, el Informe de fiscalización de los contratos de obras adjudicadas por el Ministerio de Fomento bajo la modalidad de abono total del precio desde su instauración hasta el 31 de diciembre de 2002, aprobado por el Pleno de dicho Tribunal en su sesión de 20 de julio de 2006.

⁵³ Art. 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

⁵⁴ Art. 30.

⁵⁵ Los órganos autonómicos de control externo (en adelante, OCEX) también han llevado a cabo actuaciones en la materia. Así, pueden citarse el informe de la Cámara de Comptos de Navarra sobre los gastos futuros derivados de la Autovía del Camino, las zonas regables del Canal de Navarra y el Montepío de Funcionarios, de 17 de septiembre de 2007; y el informe del *Concello de Contas* de Galicia sobre la financiación de infraestructuras realizadas por la Junta de Galicia a través del sistema de peaje en sombra, de julio de 2011, así como el Dictamen de este mismo OCEX sobre la definición de una regla fiscal aplicable a los acuerdos de colaboración público-privada (2012). En relación con el informe del OCEX gallego, ver LÓPEZ DÍAZ, ANTONIO: «Colaboraciones público-privadas: resultados de su fiscalización y propuesta de reglas fiscales», en AGULLÓ AGÜERO, ANTONIA (dir.) y MARCÓ PEÑAS, ESTER (edit.): *Disciplina presupuestaria, colaboración público-privada y gasto público*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, págs. 174-177.

En esta fiscalización sobre infraestructuras construidas por el llamado «método alemán», se llegó a la conclusión de que la forma de financiación propia de esta modalidad de contratación había producido un coste financiero adicional con respecto al que hubiera supuesto la apelación al mercado de deuda, oscilando el diferencial entre el 0 y el 1,90%, con la excepción de un contrato en el que se había elevado al 5%. Este coste financiero adicional ascendió, en términos relativos, a un 13%. También se comprobó que habían existido retrasos en el inicio de las obras de los 33 contratos fiscalizados, siendo el retraso medio de 2,3 meses. En cuanto al plazo de ejecución, de los 22 contratos cuya recepción se había efectuado, en 4 se había terminado en el plazo previsto, en 10 hubo retrasos y en 8 se adelantó la finalización. En conjunto, el plazo real de ejecución ascendía a una media de 31,6 meses, inferior al plazo contractualmente previsto (33,3 meses de media), no pareciendo ajena a esta reducción temporal la ventaja financiera que suponía para el contratista. Además, en 19 de los contratos cuyas obras se habían ejecutado, se habían producido modificados, si bien no habían generado costes adicionales, excepto en uno de los casos.

De otra parte, en consonancia con la escasa utilización de la específica modalidad del desaparecido contrato de CPP, son contadas las actuaciones fiscalizadoras llevadas a cabo sobre esta extinta figura contractual. Por citar algún ejemplo, el informe de fiscalización de la contratación de las Entidades Locales de las Comunidades Autónomas sin órgano de control externo propio, periodo 2013-2014, aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas en su sesión de 27 de octubre de 2016, relaciona la fiscalización de un contrato de CPP, cuyo objeto era la actuación global integrada de suministro y gestión energética del alumbrado público exterior de un determinado ayuntamiento. De las actuaciones fiscalizadoras llevadas a cabo respecto de este contrato, se desprendía que el documento de evaluación previa no había sido suficientemente concreto al realizar la comparación con otras fórmulas de contratación alternativas, ya que se pronunciaba en términos genéricos⁵⁶.

La modalidad institucional de la CPP ha sido, por el contrario, objeto de mayor atención por el Tribunal de Cuentas de España en el ejercicio de su función fiscalizadora. En tal sentido, desde la

⁵⁶ TRIBUNAL DE CUENTAS: *Informe de fiscalización de la contratación de las Entidades Locales de las Comunidades Autónomas sin órgano de control externo propio, periodo 2013-2014*, pág. 63. El texto puede consultarse en www.tcu.es.

perspectiva organizativa, el ejercicio de esta función se lleva a cabo por una serie de Departamentos, uno de los cuales es precisamente el de Empresas Estatales y Otros Entes Públicos, que asume la fiscalización de las entidades públicas empresariales, las sociedades mercantiles estatales, otros organismos públicos y los consorcios estatales sometidos al plan general de contabilidad privada.

En esta vertiente institucional, el Tribunal de Cuentas de España ha prestado también una acentuada atención, dentro de su actividad fiscalizadora, a los encargos a medios propios. En tal sentido, entre los años 2013 y 2016, el Tribunal de Cuentas de España realizó un total de ocho informes de fiscalización sobre estos encargos, aparte de otros referentes a las sociedades que tenían la condición de medio propio o servicio técnico⁵⁷. Estas actuaciones fiscalizadoras permitieron constatar que los encargos a medios propios estaban regulados por un conjunto normativo disperso y asistemático, difícilmente compatible con la seguridad jurídica. Esta regulación, por añadidura, era confusa, desde el momento en que se usaba a la sazón la denominación de «encomienda de gestión», coincidente con la figura del mismo nombre regulada en la legislación administrativa dentro de las relaciones interadministrativas, lo que daba lugar a perturbaciones sobre el régimen jurídico a aplicar en cada caso. Además, la falta de un marco legal de carácter básico y común, regulador de los encargos a medios propios, provocaba una falta de homogeneidad en la tramitación administrativa de estos encargos⁵⁸. A la vista de todo ello, el Tribunal de Cuentas de España aprobó, en la sesión de su Pleno de 22 de diciembre de 2016, la *Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas*, en la que se propugnaba que se regulase la figu-

⁵⁷ Estos informes están citados en la *Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas*, aprobada por el Pleno del Tribunal de Cuentas en su sesión de 22 de diciembre de 2016, págs. 13-15. El texto de esta Moción puede consultarse en www.tcu.es. Por su parte, la mayoría de los OCEX realizaron también informes de fiscalización sobre esta figura en los años 2015 y 2016. La información recogida en estos informes, integrada con los que había realizado el Tribunal de Cuentas de España respecto de las Comunidades Autónomas sin OCEX, dio lugar al *Informe de fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión, regulada en la legislación de contratación pública aplicable, por las Entidades del Sector Público Autonómico Español durante el ejercicio 2013*, aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas en sesión de 22 de diciembre de 2016.

⁵⁸ *Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas*, cit., págs. 15-18.

ra de los encargos a medios propios, y se le diese una denominación específica que evitara la confusión con las encomiendas de gestión administrativas⁵⁹.

En la Moción citada se recomendaba además que en la regulación que se aprobara se solventasen los problemas que se habían constatado en las fiscalizaciones sucesivamente desarrolladas, entre los que puede citarse, en primer lugar, los referentes al cumplimiento meramente formal de la necesidad, derivada del carácter excepcional de los encargos a medios propios, de justificar el empleo de esta figura, sin que se documentase la necesidad de dicho empleo mediante los correspondientes informes o estudios, de modo que no quedaban patentizadas las ventajas del recurso al encargo de medios propios frente a los contratos⁶⁰.

Por otro lado, el cabal significado del encargo a medios propios es la atención a determinadas necesidades puntuales, atendiendo a criterios relacionados con la especificidad, la complejidad y el carácter técnico de las prestaciones a realizar. Sin embargo, pudo verificarse que el recurso al encargo a medios propios había tenido por objeto la satisfacción de necesidades permanentes, lo que estaba vinculado a la existencia de déficits estructurales en las plantillas de la administración matriz. Por tanto, se pretendía resolver un problema estructural mediante el recurso a una vía configurada para atender a necesidades excepcionales y coyunturales. Todo ello provocaba que algunas unidades administrativas tuvieran una fuerte dependencia de los medios instrumentales hasta el punto de que su operatividad se habría visto seriamente comprometida si se hubiera prescindido de este recurso. El problema se agravaba, además, cuando el encargo comprendía la realización de tareas que conllevaban el ejercicio de potestades públicas, lo que había sido declarado nulo por los Tribunales de Justicia, ya que aquel no puede incluir el ejercicio de estas potestades⁶¹.

Resultaba asimismo especialmente llamativo el hecho de que el medio propio, ente instrumental creado para cumplir unas determinadas tareas, acudiera con frecuencia a la subcontratación para ejecutar una parte sustancial e, incluso, en algunos casos, la totalidad del encargo, ya que ello acababa por generar una sucesión de sujetos interpuestos en cascada (personas públicas y privadas) que

⁵⁹ *Ibid.*, págs. 33-34.

⁶⁰ *Ibid.*, págs. 19-20.

⁶¹ *Ibid.*, págs. 20-22.

alejaban cada vez más del titular originario de la competencia el control de la ejecución del objeto del encargo⁶². Esta cuestión, por lo demás, estaba relacionada con la circunstancia de que el contenido de algunos de los encargos no era plenamente concordante con el objeto social del ente instrumental, o no encajaba adecuadamente en el área de especialización funcional del medio propio⁶³, por no decir que, en algún caso, era totalmente ajeno a aquel y a esta.

Además, se concluyó que no había existido una planificación suficiente, lo que, unido a las deficiencias en el control y seguimiento de la ejecución del encargo, impedía llegar a conocer si el empleo de la fórmula *in house providing* había sido una vía más eficaz y eficiente que las demás alternativas⁶⁴.

Por último, se verificó la existencia de problemas referentes al sistema tarifario. En tal sentido, se señalaba que la certeza del precio quedaba afectada por la inexistencia de una regulación que garantizara la homogeneidad del régimen económico de los encargos y los criterios para la determinación de los precios, habiéndose constatado que existían significativas diferencias entre las tarifas aplicadas a prestaciones similares, diferencias que llegaban incluso al 100%⁶⁵.

Por todo ello, junto a las propuestas referentes a la regulación del encargo a medios propios, se propugnaba en la Moción que se adoptasen las medidas tendentes a resolver los problemas observados, tales como la necesidad de que se justificase suficientemente el empleo del encargo a medios propios mediante informes y estudios que acreditasen la idoneidad del recurso a esta fórmula frente a otras vías alternativas, en especial la contractual; la concreción detallada de los trabajos objeto de los encargos; la selección adecuada del ente instrumental, asegurando que su objeto se corresponda con las actividades a encargar; la constatación de que el ente cuenta con medios suficientes para afrontar la realización del encargo, sin necesidad de tener que recurrir, de modo significativo, a la subcontratación; el establecimiento de un límite general a esta; el aseguramiento del control efectivo y del seguimiento de la realización del encargo; y la introducción de criterios homogéneos para la fijación de las tarifas⁶⁶.

⁶² *Ibid.*, págs. 22 y 24-26.

⁶³ *Ibid.*, pág. 30.

⁶⁴ *Ibid.*, págs. 26-28.

⁶⁵ *Ibid.*, págs. 30-33.

⁶⁶ *Ibid.*, págs. 33-36.

Estas propuestas realizadas por el Tribunal de Cuentas de España han sido recogidas en gran medida en la regulación incluida en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, donde se contempla, en sus artículos 32 y 33, el régimen jurídico de los medios propios personificados, siendo de aplicación supletoria lo establecido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público.

También pueden mencionarse las actuaciones fiscalizadoras llevadas a cabo respecto de la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre (en adelante, SEITTSA), incluida por el Banco Mundial entre las Unidades de CPP⁶⁷.

SEITTSA es una sociedad mercantil de titularidad estatal, constituida en el año 2005 como sociedad anónima, siendo el Estado español el propietario de la totalidad de las acciones⁶⁸. Su objeto social es el proyecto, construcción, conservación, explotación y promoción de las infraestructuras del transporte de titularidad estatal por cuenta de la Administración General del Estado en el marco de los mandatos de actuación que se establezcan. Estos mandatos podrán comprender una variada gama de actuaciones, como son la gestión y control de la construcción de las infraestructuras; la explotación, incluyendo la conservación y mantenimiento de dichas infraestructuras; la explotación de las zonas de dominio público y áreas de servicio, así como de otros elementos funcionales asociados a las infraestructuras; la realización de convenios de colaboración con Administraciones Públicas y entidades dependientes de ellas; la participación en sociedades estatales y privadas; el desarrollo de las actividades mercantiles relacionadas con su objeto social. SEITTSA es una empresa especializada en contratos de CPP dentro del Ministerio de Fomento de España, que únicamente

⁶⁷ Ver *World Bank Group. Public Private Partnership Legal Resource Center* (ppp.worldbank.org).

⁶⁸ Esta creación se amparaba en el artículo 158 de la Ley 13/1996, de 30 de septiembre, que autorizó al Consejo de Ministros a constituir una o varias sociedades estatales, cuyo objeto social fuera la construcción y explotación, o solo aquella o esta, de carreteras. En este precepto se indicaba también que las relaciones entre la Administración General del Estado y estas sociedades estatales se regularían mediante los correspondientes convenios, en los que habría de figurar el régimen de construcción y explotación; las potestades de la Administración General del Estado en relación con la dirección, inspección, control y recepción de las obras, cuya titularidad sería en todo caso de aquella; las aportaciones económicas de la Administración General del Estado a la sociedad estatal, sin perjuicio de las que esta pudiera recibir de otros sujetos públicos o privados; y las garantías en favor de las entidades que financiaran la construcción y explotación de las carreteras.

trabaja para dos clientes: el citado Ministerio (Dirección General de Carreteras) y la Entidad Pública Empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), los cuales seleccionan las obras para las que SEITTSA lleva a cabo el procedimiento de licitación, realizándose las solicitudes a través de convenios en los que se señalan las obras a ejecutar. Estos convenios son de dos tipos: convenios de gestión directa, por los que SEITTSA se encarga del pago de las expropiaciones y de la licitación, adjudicación, contratación y pago de las obras cuya ejecución le encomienden el Ministerio de Fomento y ADIF, y convenios financieros, mediante los cuales SEITTSA financia el pago de las certificaciones de obra que se le indiquen por el Ministerio de Fomento respecto de la construcción de estructuras ferroviarias⁶⁹.

Desde su creación en el año 2005, SEITTSA ha sido objeto de dos fiscalizaciones por parte del Tribunal de Cuentas: la primera, referente a la financiación de infraestructuras ferroviarias, y la segunda, específica sobre la actividad desarrollada por SEITTSA en el periodo 2012-2014⁷⁰.

Según expresa el Tribunal de Cuentas de España en el primero de los informes reseñados, la creación de SEITTSA se debió, de una parte, a la necesidad de incrementar la inversión en infraestructuras de transporte terrestre, ferroviario y de carreteras, para cumplir los objetivos de la política económica, en concreto compensar la caída de la demanda inmobiliaria con el incremento de la inversión en infraestructuras y atender a las inversiones más urgentes previstas en el Plan Estratégico de Infraestructuras y Transporte 2005-2020; y, de otra, al recurso a fórmulas de CPP para financiar la parte de las inversiones en infraestructuras del transporte que no podía cubrir el Estado. A tal efecto, se preveía, a través de SEITTSA, participar en sociedades privadas que se encargarían de la construcción y explotación de infraestructuras a cambio de la percepción de un canon anual que compensase los gastos de explotación y amortización finan-

⁶⁹ Ver www.seitt.es.

⁷⁰ *Informe de fiscalización de la financiación de las inversiones e infraestructuras ferroviarias realizadas por la entidad Pública Empresarial «Administrador de Infraestructuras Ferroviarias» (ADIF) y por la «Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, S.A.» (SEITTSA) desde 1 de enero de 2005 hasta 31 de diciembre de 2008, e Informe de fiscalización de la actividad realizada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre S.A., en el periodo 2012-2014*, aprobados, respectivamente, por el Pleno del Tribunal de Cuentas en sesiones de 30 de septiembre de 2010 y de 30 de junio de 2016.

ciera de la inversión en las infraestructuras en cuestión. Se buscaba, a través de esta fórmula, que el coste no se concentrase en el período de duración de la construcción, sino que se repartiera en un período más amplio, lo que tendría un menor impacto en la capacidad y la necesidad de financiación del Estado, además de permitir que las inversiones de SEITTSA en las sociedades privadas no se contabilizaran para calcular el déficit del Estado como inversiones de la Administración General del Estado, al instrumentarse esas inversiones a través de préstamos participativos o mediante la suscripción de acciones de las sociedades. Se añadía que, sin embargo, a 31 de diciembre de 2008, SEITTSA no había participado en la constitución de ninguna sociedad para realizar inversiones en infraestructuras con intervención de la financiación privada, siendo, por lo demás, la inversión directa de SEITTSA muy escasa, ya que en dicho período supuso únicamente el 1,2% de la efectuada por ADIF, de modo que la naturaleza de sociedad y la consiguiente tramitación presupuestaria más sencilla no parecía haberse traducido en el incremento de las inversiones en infraestructuras ferroviarias, ni dado lugar a la CPP en estas inversiones con aportación de financiación privada⁷¹.

En el segundo de los informes, el Tribunal de Cuentas de España reiteraba que, a pesar de que en el acto de su creación se contemplaba la posibilidad de recurrir a fórmulas de CPP, así como de participar en sociedades de capital mixto, tampoco al cierre del ejercicio 2014 SEITTSA había participado en la constitución de ninguna sociedad, ni había suscrito ningún acuerdo de CPP, de forma que no se había cumplido el objetivo, pretendido con su creación, de contribuir al cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria, y todo ello pese a que uno de los motivos para dicha creación fue potenciar la CPP para obtener una financiación privada adicional a la pública sin producir impacto en la capacidad y necesidad de financiación de la Administración General del Estado⁷², por ello, el Tribunal de Cuentas de España, que ya había recomendado infructuosamente en el informe precedente la fusión de ADIF y de SEITTSA, recomendaba en esta ocasión que, a la vista de la limitada relevancia de la actividad de esta sociedad en rela-

⁷¹ Informe de fiscalización de las inversiones e infraestructuras ferroviarias realizadas por la entidad Pública Empresarial «Administrador de Infraestructuras Ferroviarias» (ADIF) y por la «Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, S.A.» (SEITTSA) desde 1 de enero de 2005 hasta 31 de diciembre de 2008, págs. 93-95 y 99.

⁷² Informe de fiscalización de la actividad realizada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre S.A., en el período 2012-2014, cit., págs. 15, 38 y 43-44.

ción con los objetivos para los que fue creada y sus costes de funcionamiento, se adoptarían las medidas necesarias, en virtud del principio de economía, para optimizar los recursos asignados a SEITTSA o, alternativamente, si ello no fuera posible, se procedería a su disolución⁷³. Esta recomendación no ha sido atendida hasta el momento.

Es interesante añadir que, desde 2013, SEITTSA realizó diversas actuaciones respecto de los procedimientos concursales que afectaban a las autopistas radiales de Madrid, habiendo asumido por convenio de gestión directa suscrito con el Ministerio de Fomento, el 16 de agosto de 2017, la explotación de estas cuatro autopistas, así como de otras cuatro autopistas españolas⁷⁴, cuyas sociedades concesionarias se encontraban desde el año 2012 en situación de concurso de acreedores.

4. ACTUACIONES DE CONTROL DE OTRAS ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES EUROPEAS SOBRE LA CPP

Las Entidades Fiscalizadoras Superiores (en adelante, EFS) de otros países europeos también han desarrollado actuaciones controladoras en relación con la CPP⁷⁵. Por el amplio desarrollo de las CPP en el Reino Unido, es lógico que la *National Audit Office* (NAO) haya prestado una atención sostenida a su control, que se

⁷³ *Ibid.*, pág. 46.

⁷⁴ *Ibid.*, págs. 38 y 44.

⁷⁵ Por lo que se refiere a Iberoamérica, algunos países cuentan con una específica regulación legal de la CPP. Así sucede, a título de ejemplo, en Brasil (Ley Federal n.º 11079, de 30 de diciembre de 2004, sobre *parcerias público-privadas*, modificada por la Ley Federal 12766/2012); Perú (Decreto legislativo n.º 1012-2008, que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada. Su reglamento fue aprobado por Decreto Supremo n.º 146-2008-EF, de 8 de diciembre de 2008); Uruguay (Ley 18786, de 12 de julio de 2011); Colombia (Ley 1508, de 10 de enero de 2012, que establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas); y Ecuador (Ley Orgánica, de diciembre de 2015, de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas). Además, en América del Norte, puede citarse la ley canadiense de participación público-privada en materia de infraestructuras del transporte (2000). Ahora bien, la existencia de esta regulación específica no quiere decir necesariamente que haya un específico tipo contractual de CPP. Así sucede, por ejemplo, en Perú, donde una CPP puede ser instrumentada a través de cualquier forma contractual (ver HUAPAYA TAPIA, RAMÓN: «Diez Tesis sobre las Asociaciones Público-Privadas (APP) en nuestro régimen legal», en *Revista de Derecho Administrativo* n.º 13, 2013, págs. 20-21).

ha traducido en un significativo número de informes⁷⁶. Limitando solo la referencia a países de estirpe latina, pueden traerse a colación actuaciones desarrolladas por las EFS de Francia, Bélgica —si bien en este caso no por la valona, sino por la flamenca— y Portugal.

Respecto de Francia, ha de advertirse, como primera providencia, que ha contado con un específico contrato de CPP (*Contrat de Partenariat*), incorporado al ordenamiento galo por la *Ordonnance* núm. 2004-559, de 17 de junio de 2004, que tuvo una influencia en el contrato español de CPP, configurado legislativamente tres años después. Dicha Ordenanza fue modificada por la Ley 2008-735, de 28 de julio de 2008. En esta regulación se definía el *contrat de partenariat* y se disciplinaban sus aspectos esenciales, estableciéndose, además, su carácter subsidiario⁷⁷, tal y como haría años después la Ley española de 2007. A partir de la *Ordonnance* 215-2015, de 23 de julio de 2015, el *contrat de partenariat* se convierte en el

⁷⁶ Así, a título de ejemplo, *Department of the Environment, Transport and the Regions. The Private Finance Initiative: The First Four Design, Build and Operate Roads contracts* (HC 400) (1998); *The Private Finance Initiative. The Contract for the Defence Fixed Telecommunications System* (2000); *The Financial Analysis for the London Underground Public Private Partnerships* (2000); *Managing the relationship to secure a successful partnership in PFI projects* (HC 375, session 2001-2002), 29-11-2001; *Public Private Partnerships: Airwave* (2002); *PFI refinancing Update* (2002). También, *PFI: Construction Performance* (2003); *Improving public transport in England through light rail* (2004); *London Underground PPP: Where they good deals* (2004); *London Underground: Are the Public Private Partnerships likely to work successfully* (2004); *Update of PFI debt refinancing and the PFI equity market* (2006); *Improving the PFI tendering process* (2007), mencionados todos ellos por ESTEBAN GALARZA, MARISOL: «La Colaboración Público-Privada en la provisión de infraestructuras: una valoración de la experiencia internacional», en *Ekonomiaz: Revista Vasca de Economía* n.º 63, 2006, págs. 46-49, y 53-59. Asimismo, *Private Finance Projects* (2009); y *Lessons from PFI and other projects* (HC 920, session 2010-2012), 28-4-2011, citados ambos por MACHO PÉREZ, ANA BELÉN: «Disciplina presupuestaria, transparencia y control del gasto público en los contratos de colaboración público-privada», en AGULLÓ AGÜERO, ANTONIA (dir.) y MARCO PEÑAS, ESTER (edit.): *ob. cit.*, págs. 78, nota 8, y 102-103, notas 84 y 85. Con posterioridad, *Savings from operational PFI contracts* (2013); *Review of the VFM assessment process for PFI* (2014); y *PFI and PF2* (2018).

⁷⁷ Sus características principales eran la de ser un contrato global y de larga duración, derogatorio de las reglas generales de contratación, sometido a un procedimiento específico que incluía una fase de evaluación previa, y sujeto al procedimiento de dialogo competitivo (ver BERGÈRE, FRANCOIS: «Le partenariat public-privé en France», en *Presupuesto y Gasto Público* n.º 45, 2006, pág. 60). Sobre la CPP en Francia y el *contrat de partenariat*, ver también HERNANDO RYDINGS, MARÍA: *ob. cit.*, págs. 235-258, y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, ADOLFO: *ob. cit.*, págs. 44-49.

marché de partenariat, en el que quedan incluidos el contrato extinguido y otras figuras⁷⁸.

Hecha esta advertencia, puede indicarse que los trabajos realizados por la *Cour des Comptes* se han traducido en diversos documentos, como son, a título de ejemplo, la comunicación dirigida a la Comisión de Finanzas, Economía General y Control Presupuestario de la Asamblea Nacional francesa, sobre la auditoría «*Les partenariats public-privé pénitentiaires*», de 12 de octubre de 2011; la auditoría «*Les partenariats public-privé du plan Hôpital 2007: une procédure mal maîtrisée*», incluida en el Informe público anual 2014; y la titulada «*Les partenariats public-privé des collectivités territoriales: des risques à maîtriser*», insertada en el Informe público anual 2015.

En la auditoría «*Les partenariats public-privé pénitentiaires*» se concluía que la eficacia de la fórmula CPP para la gestión de los establecimientos penitenciarios era innegable, pero se añadía que resultaba difícil establecer su eficiencia, dada la insuficiencia de instrumentos de medida y comparación de los costes de la gestión pública y de la gestión privada en la materia, si bien, en el estado de cosas existente a la sazón, parecía apuntarse que la gestión pública podría ser menos onerosa que la privada. De otra parte, la *Cour des Comptes* constataba la ausencia de análisis sobre la sostenibilidad presupuestaria de los proyectos en el marco de las evaluaciones previas exigidas por la *Ordonnance* de 2004.

En la auditoría incluida en el Informe Público Anual de 2014, la *Cour des Comptes* concluía que había existido una preparación insuficiente para aplicar el nuevo procedimiento, una inexperiencia en los negociadores y una asistencia muy orientada en favor de las CPP, circunstancias que condujeron a celebrar contratos que conllevaban incertidumbres financieras. Añadía que las condiciones financieras de la participación del sector privado no fueron consideradas esenciales a la vista de las ventajas esperadas: respeto de los plazos, limitación del número de interlocutores y aportación de soluciones técnicas innovadoras. Se ponía finalmente el acento en la mejora de la elaboración del programa funcional y la negocia-

⁷⁸ El art. 67 define el *marché de partenariat* como «*un marché public qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet: 1.º La construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou des biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général; 2.º Tout ou partie de leur financement*».

ción con la parte privada, así como en la conveniencia de establecer buenas prácticas que pudieran servir de referencia a la correcta utilización de las CPP para favorecer una mayor selectividad de los proyectos a la vista de las dificultades relacionadas con la evolución rápida del sector hospitalario⁷⁹.

Por último, en la auditoría incluida en el Informe Público Anual 2015, se concluía que el *contrat de partenariat* no tenía para las colectividades locales ventajas decisivas por comparación a otras fórmulas clásicas y se confirmaban los resultados obtenidos en las dos actuaciones precedentes que se han citado: evaluaciones previas sesgadas; riesgo financiero unido a una ausencia de sostenibilidad presupuestaria de los contratos y una debilidad global del acompañamiento por la Administración, y la dificultad para establecer los costes reales. En consecuencia, para la *Cour des Comptes* sería conveniente no hacer de este instrumento derogatorio⁸⁰, es decir, excepcional, un instrumento financiero desviado de sus objetivos iniciales, que permitían a las colectividades locales superar a corto plazo las restricciones presupuestarias y contables y diferir temporalmente el coste y la carga de determinadas inversiones. Según la *Cour des Comptes*, el *contrat de partenariat* estaría justificado si se respetaran una serie de condiciones, como son una inversión de cuantía significativa; una sostenibilidad presupuestaria demostrada; un motivo demostrado de complejidad, de urgencia o de eficacia; una evaluación previa no sesgada; un reparto de riesgos realmente equilibrado; una concurrencia real en la adjudicación del contrato; y una capacidad de la entidad local para negociar y para asegurar el seguimiento del contrato⁸¹.

⁷⁹ COUR DES COMPTES: «Les partenariats public-privé du plan Hôpital 2007: une procédure mal maîtrisée», en *Rapport Public Annuel 2015*, tomo I, págs. 394-395 (www.ccomptes.fr).

⁸⁰ El *Conseil Constitutionnel* francés (Decisiones 2003-473, de 26-6-2003, y 2008-567, de 24-7-2008) interpretó que el uso de los contratos CPP no podía ser generalizado, debiendo estar reservados únicamente a situaciones que respondan a motivos de interés general, con lo que ponía de relieve el carácter derogatorio del derecho común que tenía dicho contrato. En la primera de estas Decisiones (considerando 18.º) se relacionaban dichos motivos con la urgencia o con la necesidad de tener en cuenta las características técnicas, funcionales o económicas de un equipamiento o de un servicio determinado; la segunda se refería también a la complejidad del proyecto y a la mayor eficiencia que los demás contratos (considerando 9.º).

⁸¹ COUR DES COMPTES: «Les partenariats public-privé des collectivités territoriales: des risques à maîtriser», en *Rapport Public Annuel 2015*, tomo I, págs. 175-176 (www.ccomptes.fr).

La *Cour des Comptes* de Bélgica aprobó el 23 de febrero de 2009 un informe referente a los proyectos y programas de CPP llevados a cabo por el Gobierno de Flandes a partir de 2004. La auditoría realizada permitió constatar el riesgo de que, durante la fase inicial y de preparación, la atención se concentre más sobre la neutralidad a efectos contables que sobre las ventajas operativas y financieras. Se comprobó asimismo que se habían subestimado por la Administración los riesgos y el coste, así como los perjuicios para la eficiencia y la transparencia de los proyectos, derivados de la falta de estandarización. Además, raramente se había llevado a cabo el «comparador del sector público»⁸², lo que vendría explicado por la exigencia gubernamental relativa a la neutralidad presupuestaria-contable de los proyectos, pero impedía evaluar los proyectos desde la perspectiva de sus ventajas sociales, operativas y financieras⁸³.

En Portugal, donde se reguló un específico contrato de *Parceria Público-Privada* por *Decreto-Lei* n.º 86/2003, de 26 de abril, que fue modificado por el *Decreto-Lei* 141/2006, de 27 de julio, y posteriormente derogado por el *Decreto-Lei* 111/2012, de 23 de mayo⁸⁴, que reguló dicha *Parceria*, el *Tribunal de Contas* ha llevado a cabo asimis-

⁸² En el Glosario anexo a la norma ISSAI 5020 (Lineamientos para la mejor práctica en la auditoría de financiamiento público/privado y concesiones), se define el «comparador del sector público» como «un cálculo de lo que costaría el proyecto si se utilizaran métodos de adquisición tradicionales. Se utiliza para ayudar a determinar si la financiación privada ofrece una mejor relación calidad-precio que la adquisición tradicional». Por su parte, GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V.: *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, cit., pág. 128, y «Contrato de colaboración público-privada», cit., págs. 25-26, señala que el citado «comparador» consiste en una evaluación hipotética de los costes durante la vida de la CPP, teniendo en cuenta que el proyecto fuera ejecutado por la Administración y ajustado a la valoración de los riesgos. Para ello, habrán de tomarse en consideración una serie de factores. Con ello se pretende lograr una mayor objetivización de la opción por la CPP, como mecanismo para lograr un mayor nivel de eficacia de la gestión y el gasto público.

⁸³ *Publiek-private samenwerking bij de Vlaamse overheid*, abstract (www.ccrek.be).

⁸⁴ El art. 2 de este último *Decreto-Lei* define la *Parceria Público-Privada* como «o contrato ou a união de contratos por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar, mediante contrapartida, o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, em que a responsabilidade pelo investimento, financiamento, exploração, e riscos associados, incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado». Sobre esta definición se ha señalado que el legislador portugués optó por un concepto que engloba realidades diversificadas, con contornos poco precisos (ANTÓNIO, ISA: *As Parcerias Público-Privadas no Sector da Saúde. O Advanto do Estado Mínimo de Regulação e o Direito de Acesso à Saúde*. Dissertação de Doutoramento. Universidad de Santiago de Compostela, 2014, pág. 305, www.minerva.usc.es).

mo auditorías sobre las CPP. Así, a título meramente ilustrativo, pueden citarse los *Relatórios de Auditoria* 10/2008, de 13 de marzo de 2008, *Auditoria à gestão das Parcerias Público Privadas —concessões rodoviárias—*; 15/2009, de 30 de abril de 2009, *Auditoria ao programa de Parcerias Público Privadas da Saúde, primeira vaga de hospitais*; y 3/2014, de 13 de febrero de 2014, *Regulação de PPP no sector das águas (sistemas em baixa)*⁸⁵.

En el primero de estos *Relatórios*, se constató, entre otros aspectos, que no se había llevado a cabo el «comparador del sector público», siendo realizados los programas sin evaluar el *value for money*, así como la ausencia de un control, por el concedente, de la actividad del concesionario⁸⁶; en el segundo, se destacaban, entre otros problemas, los retrasos en la ejecución del programa de *Parcerias Público Privadas* en el sector de la salud, ya que cinco años después del comienzo del primer concurso, aún no había sido completado ningún procedimiento de contratación⁸⁷; y, por último, en el tercero de los *relatórios* mencionados se constataban, entre otros extre-

⁸⁵ Además, pueden mencionarse los posteriores *Relatórios de Auditoria* 11/2015, de 28 de mayo de 2015, *Auditoria às PPP Ferroviárias*, y 24/2016, de 30 de noviembre de 2016, *Auditoria à execução de contrato de Gestão do Hospital de Braga em Parceria Público Privada (PPP)*. Acerca del control ejercido sobre las *Parcerias Público Privadas* en Portugal y en Brasil, ver PAIVA PESSOA, JOÃO GUSTAVO DE: «Auditoria de PPP: O controlo exercido pelo Tribunal de Contas de Portugal versus a fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas da União do Brasil», en *Revista Controle* vol. 14, n.º 2, 2016, págs. 116-141. También, acerca del papel determinante del *Tribunal de Contas* portugués en la viabilidad de las *Parcerias Público-Privadas*, ver ANTÓNIO, ISA: *ob. cit.*, págs. 371-397.

⁸⁶ *Relatório de Auditoria* 10/2008, de 13 de marzo de 2008, *Auditoria à gestão das Parcerias Público Privadas —concessões rodoviárias—*, págs. 41 y 59-60. Esta circunstancia ya había sido observada en *Relatórios* anteriores (ver, por ejemplo, *Relatório de Auditoria* 14/2003, de 15 de mayo de 2003, *Auditoria às concessões rodoviárias em regime de Portagem SCUT*, pág. 8, y la recomendación recogida en la pág. 14, así como la recomendación incluida en el *Relatório de Auditoria* 33/2005, de 17 de noviembre de 2005, *Encargos do Estado com as Parcerias Público Privadas. Concessões Rodoviárias e Ferroviárias*, pág. 35). Sin embargo, del seguimiento de las recomendaciones parece desprenderse que en la mayoría de las *Parcerias Público Privadas* se realizaba el «comparador del sector público» (ver *Relatórios de Auditoria* 34/2005, de 17 de noviembre de 2005, pág. 16, referente al seguimiento de las recomendaciones recogidas en el *Relatório de Auditoria* 14/2003, de 15 de mayo de 2003, y *Relatório de Auditoria* 4/2007, de 25 de enero de 2007, pág. 8, concerniente al seguimiento de las recomendaciones incluidas en el *Relatório de Auditoria* 33/2005, de 16 de noviembre de 2005) (www.tcontas.pt).

⁸⁷ *Relatório de Auditoria* 15/2009, de 30 de abril de 2009, *Auditoria ao Programa de Parcerias Público Privadas da Saúde. Primeira vaga de hospitais*, págs. 7 y 33, si bien se añadía que, ya finalizados los trabajos de auditoría, fue visado por el *Tribunal de Contas* el contrato del Hospital de Cascais (www.tcontas.pt).

mos, un inadecuado reparto de los riesgos; un desfase en las proyecciones referentes al crecimiento poblacional; la falta de la garantía de una significativa y efectiva transferencia de riesgo al socio privado o concesionario; y la ausencia, en el 95% de los contratos, de un estudio de viabilidad económico-financiera al objeto de evaluar el *value for money* del proyecto⁸⁸.

5. LA UNIÓN EUROPEA Y LAS CPP

En el marco de la Unión Europea, las CPP han sido objeto de una reiterada atención, que ha tenido su reflejo en diversos documentos desde la década de los noventa del pasado siglo, unos referidos específicamente a ellas y otros relativos a otras materias⁸⁹. Seguidamente, se hace referencia, sin ánimo exhaustivo, a algunos de ellos.

Así, todavía en el último lustro del siglo XX, la Comunicación de la Comisión COM (98) 143, de 11 de marzo de 1998, sobre contratación pública en la Unión Europea, constataba que, dentro de lo que podía incluirse en el concepto de la CPP, solo las concesiones de obra estaban sujetas a un régimen específico recogido en una directiva. Señalaba que, en cambio, las concesiones de servicios, los contratos de servicio público u otras formas de colaboración en este ámbito de los servicios no estaban reguladas. Por ello, consideraba que era preciso instaurar un marco jurídico para las CPP, garantizando así una mayor seguridad jurídica. Con vistas a la simplificación y clarificación, se preveía que la Comisión presentaría propuestas para establecer un régimen uniforme en todos los casos de concesión y examinaría otras formas de CPP para determinar la medida en que las normas sobre contratación pública podían constituir un marco jurídico adecuado para garantizar el respeto a las normas del Tratado, permitiendo al tiempo el desarrollo de estas formas de colaboración. Dicha reflexión podría conducir a clarificar y modificar los textos existentes. En una segunda fase, se pondría una modificación de las Directivas para incluir todas las formas de concesión que no estuvieran aún reguladas.

⁸⁸ *Relatório de Auditoria* 3/2014, de 13 de febrero de 2014, *Regulação de PPP no sector das águas (sistemas em baixa)*, págs. 8-9 y 18. El seguimiento de las recomendaciones recogidas en este *relatório* fue efectuado mediante el *Relatório de Auditoria* 2/2015, de 8 de enero de 2015 (www.tcontas.pt).

⁸⁹ Sobre la evolución de la CPP en la Unión Europea, ver HERNANDO RYDINGS, MARÍA, *ob. cit.*, págs. 93-203. También, BERNAL BLAY, MIGUEL ÁNGEL: *ob. cit.*, págs. 96-103.

Ya en el siglo XXI, puede mencionarse el documento *Guidelines for Successful Public-Private Partnerships*, de marzo de 2003.

Pero, entre los documentos que tratan específicamente acerca de la CPP, el que presenta quizás un mayor interés es el Libro Verde sobre *la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, COM (2004) 327, de 30 de abril de 2004. En este documento, tras constatarse la carencia de una definición de la CPP en el ámbito comunitario, se entendía como tal «*las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio*», y se consideraban como elementos de estas operaciones: la duración relativamente larga de la relación; la financiación garantizada parcialmente por el sector privado; la participación del operador económico en distintas partes del proyecto, mientras que el socio público asume las tareas de definir los objetivos, la calidad de los servicios y la política de precios, además de garantizar el control del cumplimiento de dichos objetivos; y el reparto de los riesgos entre ambas partes, transfiriéndose a la privada riesgos que habitualmente soporta el sector público, y realizándose este reparto caso por caso, en función de las capacidades respectivas para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos. El recurso a la CPP está explicado por factores tales como las restricciones presupuestarias y la necesidad de contar con financiación privada, el aprovechamiento de los métodos de funcionamiento del sector privado, y la evolución del papel del Estado desde operador directo a organizador, regulador y controlador. El Libro Verde establecía, además, la distinción entre operaciones de CPP de tipo contractual y operaciones de CPP de tipo institucionalizado, según se base la cooperación en vínculos contractuales o se produzca en el seno de una entidad diferente.

Las CPP de tipo contractual pueden comprender combinaciones diversas según las tareas encomendadas a la parte privada. En ellas queda comprendido el modelo concesional, en el que el servicio es prestado por la parte privada bajo el control de la pública, remunerándose la prestación del servicio mediante cánones abonados por los usuarios, complementados, en su caso, con aportaciones públicas. También queda comprendida en este tipo de CPP la «*iniciativa de financiación privada*» (IFP), en el que la remuneración de la parte privada se lleva a cabo a través de pagos periódicos de la parte pública, que pueden ser fijos o variables según factores tales como la disponibilidad o la frecuentación. Por su parte, las

CPP de tipo institucionalizado suponen la creación de una entidad en la que participan conjuntamente ambos socios, el público y el privado y que tiene como finalidad garantizar la entrega de una obra o la prestación de un servicio. Esta fórmula de sociedad mixta permite al socio público conservar un control relativamente elevado sobre las operaciones.

Al año siguiente, la Comunicación sobre *colaboración público-privada y derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, de 15 de noviembre de 2005 (COM 2005/569), señalaba que el interés por la CPP venía dado por los beneficios que podían obtenerse de los conocimientos y experiencia del sector privado y por las restricciones del presupuesto público. Se añadía que era, no obstante, necesario evaluar cada proyecto para llegar a la conclusión de si era la opción más ventajosa por comparación con otras opciones. El documento, además, se extendía en una serie de consideraciones acerca de las concesiones y de las CPP institucionalizadas.

Mediante Resolución Legislativa sobre *la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* (2006/2043-INI), el Parlamento Europeo se pronunció sobre el Libro Verde, así como sobre la mencionada Comunicación, mostrándose contrario al establecimiento de un régimen jurídico propio para las CPP, aunque consideraba necesario prever una iniciativa jurídica en el ámbito de las concesiones en la que, entre otros extremos, se clarificara el ámbito de las CPP institucionalizadas. El Parlamento expresaba asimismo su oposición a la creación de una agencia europea para las CPP, siendo, en cambio, partidario de otras formas de intercambio de experiencias, tales como la creación de redes entre las autoridades públicas responsables de la gestión de las CPP.

Años más tarde, en 2008, la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a *la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)*, de 12 de abril de 2008, tuvo por objeto esclarecer la aplicación de las normas comunitarias a las CPP institucionalizadas, entendiendo por estas las sociedades de capital mixto, público y privado, creadas para la ejecución de contratos públicos y concesiones.

La Comunicación de 19 de noviembre de 2009 COM (2009) 615, sobre *la movilización de las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la co-*

laboración público-privada (CPP), consideraba que las CPP pueden contribuir a facilitar la realización de proyectos de infraestructuras y servicios públicos a escala transfronteriza; compartir los riesgos financieros y reducir los costes; favorecer el desarrollo sostenible, la innovación, la investigación y el desarrollo; y ampliar las cuotas de mercado de las empresas europeas en terceros países. No obstante, el establecimiento de una CPP puede exigir el empleo de importantes recursos financieros, una experiencia y formación específica en el seno del sector público, unas disposiciones financieras complejas y un compromiso a largo plazo. De modo específico, se enfatizaba la importancia de las CPP en el ámbito de la innovación tecnológica. Se preveía, por fin, llevar a cabo una serie de acciones específicas, como eran crear un grupo de diálogo y de intercambio entre los sectores implicados en iniciativas CPP; aumentar los recursos financieros disponibles; velar por el trato equitativo de los gestores públicos y privados cuando exista financiación europea; favorecer la innovación; y proponer un nuevo instrumento jurídico sobre concesiones de servicio público al sector privado.

Es también relevante, en el ámbito de *Eurostat*, la Decisión 18/2004, de 11 de enero, sobre tratamiento de las CPP en las cuentas nacionales, en la que se recoge el criterio para la determinación de la no consolidación del coste y financiación de la adquisición o construcción de bienes en las cuentas públicas, consistente en la necesidad de que se transfiera al contratista privado el riesgo de construcción y, al menos, uno de los riesgos de disponibilidad o de demanda. Este criterio ha quedado reflejado posteriormente en el Sistema Europeo de Cuentas (SEC 2010), establecido por el Reglamento (UE) 549/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea⁹⁰, que, para determinar quién es el titular de la propiedad económica de los activos en una CPP, se refiere, junto a los riesgos señalados, también al riesgo de valor residual y al de obsolescencia, así como la existencia de financiación del garante o de concesión de garantías, o de cláusulas de rescisión ventajosas, sobre todo en caso de rescisión a iniciativa del operador, ya que la financiación mayoritaria, las garantías que cubren la mayoría de la financiación percibida, o las cláusulas de rescisión que prevén un reembolso mayoritario del proveedor de la financiación en caso de rescisión a iniciativa del operador provocan la ausencia de una transferencia

⁹⁰ Para su implementación, se aprobó el *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA10*.

efectiva de los riesgos de construcción y de demanda o de disponibilidad⁹¹. La determinación de la titularidad de la propiedad económica implica la evaluación de las disposiciones de cada contrato⁹², lo que requiere un análisis exhaustivo de la documentación contractual así como otros estudios e informes⁹³.

Conforme a lo previsto en el artículo 11 del Reglamento (UE) 549/2013, de 21 de mayo de 2013, la Comisión dirigió al Parlamento Europeo el Informe COM (2015) 314, de 30 de junio de 2015, sobre los pasivos implícitos con posibles repercusiones en los presupuestos públicos⁹⁴.

Además de estos documentos específicos, las CPP han sido objeto de atención especial en el ámbito del transporte, pudiendo traerse a colación, a título ilustrativo, los siguientes documentos: La Comunicación de 10 de septiembre de 1997 (COM 197/453, referente a las asociaciones entre los sectores público y privado en los proyectos de red transeuropea de transporte⁹⁵; el Libro Blanco, presentado por la Comisión Europea el 12 de septiembre de 2001, *La política europea de transportes de cara a 2010* (COM 2001/370)⁹⁶; la Comunicación (COM 2003/132), de 23 de abril de 2003, *desarrollo de la Red Transeuropea de Transporte: financiaciones innovadoras-interoperabilidad del telepeaje*⁹⁷; la Comunicación de la Comisión COM

⁹¹ Reglamento (UE) 549/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, Anexo A, capítulo XV, apartados 20.283. y 20.284.

⁹² Reglamento (UE) 549/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, Anexo A, apartado 20.286.

⁹³ Ver MARTÍNEZ MANZANEDO, ROSARIO: «El tratamiento de la colaboración público-privada en el sistema europeo de cuentas. Criterios de contabilización: normativa interna y comunitaria», en AGULLÓ AGÜERO, ANTONIA (dir.), y MARCO PEÑAS, ESTER (edit.): *ob. cit.*, págs. 72-73.

⁹⁴ Conforme a este mandato, en 2018 la Comisión debería presentar al Parlamento Europeo y al Consejo otro informe para evaluar la medida en la que la información sobre pasivos publicada por *Eurostat* representa la totalidad de los pasivos implícitos, incluidos los pasivos contingentes, fuera de las administraciones públicas. En fecha 4-11-2018 no constaba que se hubiera presentado este informe.

⁹⁵ En este documento se predica, a la vista de limitaciones de las finanzas públicas, la utilidad y urgencia de las CPP para obtener recursos suplementarios y mejorar la rentabilidad.

⁹⁶ Donde se ponía de relieve que la fórmula CPP no había conseguido atraer a los inversores privados.

⁹⁷ Se aludía a la posibilidad de acudir a la CPP en algunas categorías de proyectos como complemento de la financiación pública, se indicaba que dicha fórmula no se aprovechaba suficientemente y se analizaban las condiciones a las que debía ajustarse y sus limitaciones, poniéndose el acento en los costes, frecuente-

(2006) 314, de 22 de junio de 2006, *Por una Europa en movimiento. Movilidad sostenible para nuestro continente*⁹⁸; y, por fin, otro Libro Blanco del Transporte: *Hoja de ruta hacia un espacio único europeo de transporte: por una política de transportes competitiva y sostenible* (COM 2011/144), de 28 de marzo de 2011⁹⁹.

Pero no solo en este ámbito la Unión Europea se ha ocupado de las CPP. En otros documentos se incluyen también referencias a ellas, como es el caso de la Comunicación COM (2010) 2020, de 3 de marzo de 2010, *Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, donde se alude a la exploración de nuevas formas de combinar las finanzas públicas y las privadas y a la creación de instrumentos innovadores para financiar las inversiones, incluida la cooperación entre los sectores público y privado.

En la línea de este documento, y ya dentro de los instrumentos vinculantes, la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión¹⁰⁰, aportó importantes novedades y proyectó su directa influencia en el panorama legislativo español en materia contractual, ya que, entre otros extremos, ha determinado la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos. En esta Directiva se establece un régimen jurídico común a las concesiones de obra y de servicios, poniéndose el acento en el riesgo operacional. En tal sentido, la concesión ha de suponer la transferencia de este riesgo en la explotación de la obra o del servicio, abarcando el riesgo de demanda, el de suministro, o ambos.

mente superiores a los de los proyectos financiados íntegramente con fondos públicos, y en la importancia de la preparación del proyecto.

⁹⁸ Se señalaba que un mayor uso de la CPP podía acelerar la ejecución de proyectos, aumentar la rentabilidad y aliviar la presión sobre las arcas públicas.

⁹⁹ Se propugnaba el establecimiento de un marco favorable a las CPP y la creación de un procedimiento normalizado para ellas, y se preconizaba que se alentara a los Estados miembros a recurrir en mayor medida a las CPP, prestando a tal efecto el asesoramiento que precisaran.

¹⁰⁰ De 26 de febrero de 2014 son también otras dos Directivas: la 2014/24/UE, sobre contratación pública, y la 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Estas Directivas sustituyen a las Directivas 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios, y a la Directiva 2004/17/UE, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores que se han citado, que fueron traspuestas al ordenamiento español por la Ley 30/2007, de 30 de octubre. La trasposición de las tres Directivas de 26 de febrero de 2014 se ha realizado por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

6. EL INFORME ESPECIAL DEL TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO DE 7 DE FEBRERO DE 2018

En 2018, el Tribunal de Cuentas Europeo aprobó un Informe Especial, con el título «*Asociaciones público-privadas en la Unión Europea: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados*», en el que se exponen los resultados de una auditoría de gestión. Para ello, el Tribunal auditó a doce CPP cofinanciadas por la Unión Europea en Francia, Grecia, Irlanda y España en los ámbitos del transporte por carretera y de las tecnologías de la información y la comunicación. Entre los resultados obtenidos, pueden destacarse los siguientes:

- A través de las CPP, los poderes públicos pudieron llegar a disponer de grandes infraestructuras mediante un único procedimiento, pero incrementaron el riesgo de competencia insuficiente, debilitando la posición negociadora de los poderes adjudicadores. En efecto, según el Tribunal de Cuentas Europeo, cuando el contrato tiene un valor muy elevado, solo un escaso número de operadores son capaces de ofrecer todos los productos y servicios requeridos. Este criterio no fue, sin embargo, compartido por la Comisión, que en su respuesta consideraba que los proyectos de gran tamaño se licitan a escala internacional, siendo los mercados de la construcción de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo suficientemente amplios para permitir una competencia suficiente¹⁰¹.
- Las CPP no solucionaron las ineficiencias de los proyectos tradicionales en cuanto a los retrasos en la construcción y los importantes aumentos de costes¹⁰².
- Los análisis previos estaban fundamentados en escenarios excesivamente optimistas en relación con la futura demanda y la utilización prevista de la infraestructura¹⁰³. Esta circunstancia

¹⁰¹ TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: *Informe especial «Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados»*, cit., págs. 10, 26-28 y 56, y *Respuestas de la Comisión al Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo «Asociaciones público-privadas financiadas por la UE: las deficiencias generalizadas menoscaban en gran medida sus beneficios potenciales»* (incluidas como anexo a dicho informe), págs. 1 y 4.

¹⁰² TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: *Informe especial «Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados»*, cit., págs. 12, 29-35 y 56-57.

¹⁰³ Ver sobre ello, ESTEBAN GALARZA, MARISOL: *ob. cit.*, pág. 55, quien señala que «los proyectos que se ejecutan bajo este “sesgo optimista” pueden ser viables en el corto plazo, pero difícilmente lo serán en el largo plazo, ya que el riesgo de demanda no se ha adjudicado a la parte que tiene mayor capacidad para absorberlo».

estaría relacionada con el reparto de los pagos a lo largo de décadas, lo que reduciría la presión para acomodar el alcance del proyecto a las necesidades reales¹⁰⁴.

— Sin embargo, la mayoría de los proyectos tenía buenos niveles de servicio o mantenimiento, así como potencial para mantener dichos niveles durante el resto del proyecto¹⁰⁵.

— En la mayoría de los casos se optó por la CPP sin llevarse a cabo ningún análisis comparativo con opciones alternativas, y sin demostrarse, en consecuencia, que se trataba de la opción que maximizaba la relación calidad-precio y protegía el interés público¹⁰⁶. Por consiguiente, el Tribunal de Cuentas Europeo constataba que no se había realizado el «comparador del sector público», analizando comparativamente las posibilidades de este sector para desarrollar el proyecto y la capacidad de la parte privada.

— La distribución de riesgos entre los socios públicos y privados fue, en general, inadecuada, incoherente e ineficaz¹⁰⁷. Esta conclusión del Tribunal de Cuentas Europeo tiene una especial significación si se tiene en cuenta que la CPP demanda un reparto adecuado de los riesgos entre la parte pública y la privada, tomando para ello como criterio cuál de ellos se encuentra en mejor posición para hacerle frente, y teniendo además en cuenta que la transferencia de riesgos, que ha de quedar suficientemente determinada, es un elemento esencial para que el coste del contrato no se consolide en las cuentas públicas¹⁰⁸.

— En cuanto a los proyectos en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación, la mayoría de ellos, al estar sujetos a rápidos cambios tecnológicos, no eran fácilmente compatibles con la larga duración de los contratos. A este respecto, el Tribunal de Cuentas Europeo enfatiza el riesgo de obsolescencia tecnológica derivado del prolongado tiempo de ejecución de los contratos. Sin embargo, la Comisión señala sobre ello que la CPP no excluye necesariamente que puedan incluirse en ellos disposiciones para garantizar una flexibilidad

¹⁰⁴ TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: *ob. cit.*, págs. 11, 36-38 y 57.

¹⁰⁵ TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: *ibid.*, págs. 12 y 35-36.

¹⁰⁶ TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: *ibid.*, págs. 12, 39-42 y 58.

¹⁰⁷ TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: *ibid.*, págs. 12, 42-44 y 59.

¹⁰⁸ Ver GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V.: «Contrato de colaboración público-privada», *cit.*, págs. 13-14 y 29-30.

que permita adaptarse a la evolución derivada de los cambios tecnológicos¹⁰⁹.

Esta circunstancia merece un comentario, ya que larga duración de los contratos puede acarrear la falta de adaptación a los cambios tecnológicos, así como a los del escenario macroeconómico e, incluso, a las necesidades del interés general. Para salir al paso de este riesgo, se ha resaltado, en la línea apuntada por la Comisión, la conveniencia de incluir en los contratos cláusulas de ajuste automático o prever las causas de revisión de los cánones acordados¹¹⁰. Por lo demás, la larga duración de los contratos, aunque acarree inconvenientes, puede tener la ventaja de favorecer los ajustes estructurales frente a los coyunturales e introducir una disciplina presupuestaria a largo plazo, induciendo a la estabilidad de la evolución del gasto público y, en general, de la economía¹¹¹. Sin embargo, desde la perspectiva opuesta, los compromisos de gastos para futuros ejercicios limitan, en un marco de estabilidad presupuestaria, la financiación de nuevos proyectos¹¹².

7. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA CPP EN ESPAÑA TRAS LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

El debate sobre la alternativa gestión pública directa o gestión indirecta privada de los servicios públicos está fuertemente influenciado por consideraciones y prejuicios de tipo ideológico. Y no debería ser así. Soy un firme defensor de lo público —no en vano he sido funcionario público durante casi medio siglo—, pero el serlo no me impide en absoluto compartir la opinión de quienes propugnan alejarse de posiciones apriorísticas irreductibles y analizar caso por caso, para optar, desde la perspectiva de las características ínsitas del servicio público (regularidad, continuidad y neutralidad en la prestación)¹¹³, por la fórmula que ofrezca una mayor calidad

¹⁰⁹ TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO: *Informe especial «Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados»*, cit., págs. 12, 45-47 y 59, y *Respuestas de la Comisión al Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo «Asociaciones público-privadas financiadas por la UE: las deficiencias generalizadas menoscaban en gran medida sus beneficios potenciales»*, cit., pág. 2.

¹¹⁰ RODRÍGUEZ VARELA, NIEVES: *ob. cit.*, pág. 97.

¹¹¹ RODRÍGUEZ VARELA, NIEVES: *ibid.*, pág. 98.

¹¹² PUERTO CELA, MARIANO: «Tratamiento presupuestario de la colaboración público-privada», en *Revista Española de Control Externo* n.º 28, 2008, pág. 156.

¹¹³ GIMENO FELIU, JOSÉ MARÍA; SALA SÁNCHEZ, PASCUAL; y QUINTERO OLIVARES, GONZALO: *El interés público y su satisfacción con la colaboración*

y eficiencia del servicio que redunde en beneficio del ciudadano¹¹⁴. Para esta opción, acaso la actividad controladora de las EFS puede aportar criterios relevantes.

En esta misma línea, ya en referencia concreta a la CPP, puedo compartir asimismo la desconfianza con que podría contemplarse una intervención privada que está lejos de ser altruista y que a largo plazo podría suponer un mayor coste, que habrá de asumir a la postre el ciudadano, sea como contribuyente, sea como usuario¹¹⁵, pero pienso también que sería menester salir al paso de confusiones interesadas que identifican externalización y privatización, que no son, con toda evidencia, lo mismo, como lo demuestra la larga tradición de prestación de servicios públicos a través de las fórmulas de gestión indirecta¹¹⁶. En tal sentido, concuerdo con la opinión de quienes consideran que la CPP, en la concepción de la Unión Europea y tal y como se ha incorporado al ordenamiento jurídico español, no persigue la privatización de los servicios públicos¹¹⁷, al conservar la Admi-

público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica. Barcelona, Cambra Oficial de Comerç, Indústria, Serveis i Navegació de Barcelona, 2017, págs. 113-114.

¹¹⁴ En tal sentido, GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA: «Servicios públicos e ideología. El interés general en juego», en *Observatorio de la Contratación Pública*, (www.obcp.es), 15 de enero de 2018. También, VICENTE DÁVILA, FERNANDO: «Repensar la colaboración público-privada en los tiempos de crisis», en *Observatorio de la Contratación Pública* (www.obcp.es), 2 de julio de 2018.

¹¹⁵ Ver GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO: «Nuevos desarrollos de la idea de colaboración privada empresarial en el ejercicio de las funciones públicas», en *Presupuesto y Gasto Público* n.º 45, 2006, pág. 33.

¹¹⁶ Todo ello puede estar asimismo relacionado, como se ha apuntado en el ámbito doctrinal, con el grado de aceptación social de la gestión privada de lo público (Ver FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.ª DE LOS ÁNGELES: «El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ante su escaso empleo en la práctica», en *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 167, 2014, pág. 315).

¹¹⁷ Así opinan, por ejemplo, GARCÍA CAPDEPÓN, PEDRO MARÍA: *ob. cit.*, pág. 95; GUIMERANS RUBIO, JUAN M.: «Las colaboraciones público-privadas en los Servicios Públicos locales. El estado de la cuestión en España», en *Revista de Estudios Locales* n.º extraordinario 1, 2007, pág. 75; y SANABRIA LUENGO, MIGUEL ÁNGEL: *ob. cit.*, págs. 37-38. En la doctrina iberoamericana, HUAPAYA TAPIA, RAMÓN y VERGARAY D'ARRIGO, GIULIANA: «Algunos apuntes en relación con la «participación público-privada» y su vinculación con el derecho administrativo y la inversión en infraestructura y servicios públicos», en *Revista de Derecho Administrativo* n.º 3, 2007, pág. 122, señalan que la CPP «no es igual a privatización»; y DELPIAZZO, CARLOS: «PPP y concesiones en Uruguay», en MATILLA CORREA, ANDRY, y CAVALCANTI, BRUNO (coord.): *Estudios latinoamericanos sobre concesiones y PPP*. Salamanca, Ratio Legis, 2013, págs. 308-309, expone asimismo que «tampoco constituyen PPP las llamadas privatizaciones, ya que, según certera enseñanza, privatizar es pasar algo del sector público al sector privado. En el caso de las PPP, no se verifica la privatización de activos ni de cometidos

nistración sus potestades, y ello más aún cuando, tras la desaparición del específico contrato de CPP, esta se encauzará a través de contratos típicos de larga tradición en el Derecho español¹¹⁸.

No puedo compartir, en consecuencia, el criterio seguido por la norma ISSAI 5240, *Directrices sobre las mejores prácticas para la auditoría del riesgo en los partenariados público/privado (PPP)*, que incluye entre los tipos de partenariado público-privado la privatización, entendida como «empresas de propiedad pública (que) son vendidas a inversores privados»¹¹⁹. En efecto, a mi juicio, considerar la privatización, según la entiende esta norma ISSAI, como fórmula incluíble entre las CPP supone una *contradictio in terminis*, por cuanto desde el momento en que se produce tal privatización deja de haber, por fuerza, CPP.

En suma, me identifico con la posición equilibrada de quienes no estiman que la CPP sea una suerte de panacea que resuelva los problemas de financiación de infraestructuras y servicios públicos, puesto que, en definitiva, lo que hace es evitar demoras en su disponibilidad y diferir los pagos para diluir su impacto en el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y en el endeudamiento, pero, a la vez, consideran infundada la opinión que la rechaza frontalmente¹²⁰.

No obstante, la desaparición del específico contrato de CPP, a contrapelo, por cierto, de lo acaecido en otros países de estirpe latina¹²¹, parece dar a entender que, al menos en España, podría ha-

estatales sino, por el contrario, la adquisición de activos de infraestructuras y servicios conexos por parte del Estado con financiación del sector privado».

¹¹⁸ Que tampoco implican la privatización de servicios públicos, como razona VILLAR ROJAS, FRANCISCO JOSÉ: *ob. cit.*, págs. 16-17, respecto de las fórmulas concesionales para la prestación de servicios sanitarios, que únicamente son modalidades de gestión de un servicio público.

¹¹⁹ La Norma cita como ejemplo la privatización, a principios de la década de los noventa del pasado siglo, de la red comercial, mayorista y minorista, de Albania, que comprendía tiendas, restaurantes, depósitos y pequeñas instalaciones manufactureras.

¹²⁰ En esta misma línea se pronuncia, por ejemplo, ROJAS URTASUN, FERNANDO: «La colaboración público-privada en el PEIT», en *Presupuesto y Gasto Público* n.º 45, 2006, págs. 107-108.

¹²¹ En Italia, el Decreto Legislativo n.º 50, de 18 de abril de 2016 (*Codice dei Contratti Pubblici*) reguló el *contratto di partenariato pubblico privato*. Esta disposición tenía como antecedente el Decreto Legislativo n.º 152, de 11 de septiembre de 2008, que recogió una definición de los contratos de *partenariato pubblico-privato*, acompañada, a título ejemplificativo, de la mención de algunas modalidades de estos contratos.

berse producido un cuestionamiento de la fórmula de CPP¹²², al haberse puesto en tela de juicio algunas de sus posibles ventajas¹²³, entre ellas, la referente a su contribución a la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera a medio y largo plazo, como es el caso del «peaje en sombra»¹²⁴, ya que, a la postre, es la Administración, y no el usuario, la que paga por la puesta en funcionamiento de la obra o del servicio y su mantenimiento, por lo que el hecho de que no se produzca la consolidación contable no empece a que pueda generarse un endeudamiento¹²⁵. Y ante la desaparición de la específica modalidad contractual de CPP, cabe preguntarse si, tal y como se señala en la exposición de motivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, los contratos de concesión podrán realmente sustituir al contrato de CPP en orden a conseguir el mismo objeto. A este respecto, la opinión no sería unánime, ya que para una parte de la doctrina no existen diferencias apreciables entre este contrato y los de concesión de obras y de servicios¹²⁶, mientras

¹²² Este mismo cuestionamiento podría estar produciéndose en otros países, habiéndose observado en tal sentido que «hoy la Francia de Macron parece echarse atrás de estos modelos de construcción de infraestructuras» (GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V.: «Colaboración público-privada: más allá de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* n.º 74, 2018, pág. 35).

¹²³ Entre estas ventajas se ha señalado el adelantamiento del disfrute de las nuevas infraestructuras, el aseguramiento de los plazos de ejecución, el control de los costes y una mayor eficiencia gestora (PUERTO CELA, MARIANO: *ob. cit.*, pág. 156).

¹²⁴ Caracterizado por el encargo a una empresa de la construcción, financiación y explotación de una infraestructura, corriendo a cargo de la Administración la remuneración al concesionario, a cuyo efecto se toma primordialmente en cuenta para los pagos la utilización de infraestructura, así como el servicio prestado, medido a través de la evaluación de los estándares de calidad y servicio, y revirtiendo la infraestructura a la Administración una vez finalizado el periodo concesional (RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, JESÚS: «Los sistemas de colaboración público-privada para la provisión de bienes y servicios públicos. Su incidencia en el sistema de ingresos públicos», en *Revista Española de Control Externo* n.º 28, 2008, págs. 118-120).

¹²⁵ VALCARCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA: «Del peligro que pueden suponer algunos contratos basados en fórmulas de colaboración público-privada en orden a respetar el objetivo de estabilidad presupuestaria», en *Observatorio de la Contratación Pública* (www.obcp.es), 24 de octubre de 2011. Por su parte, HERNANDO RYDINGS, MARÍA: *ob. cit.*, pág. 531, señala que las operaciones de CPP vienen a ser «una suerte de “deuda pública disfrazada”».

¹²⁶ Así, ESPERÓN LÁZARO, JOSÉ ANTONIO: «Los diferentes modelos de colaboración y su fiscalización», en *Revista Española de Control Externo* n.º 28, 2008, págs. 187-189. Es más, se afirma que las similitudes entre ambos son máximas (ver RIDAO i MARTÍN, JOAN: «La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras de servicio público. Revisión crítica y alternativas al actual marco», *cit.*, pág. 197, nota 11).

que otra parte ha puesto el acento en las diferencias entre estos y la modalidad contractual extinta¹²⁷, y ha resaltado los rasgos diferenciales en diversos aspectos pese a la gran similitud entre ambos¹²⁸, existiendo asimismo posiciones más matizadas¹²⁹. La distinción, en

¹²⁷ Sobre estas diferencias, ver ALONSO GÓMEZ, PATRICIA: *Las «public private partnerships» como colaboración público privada en el contexto europeo*. Madrid, 2014, págs. 29-41. En el mismo sentido, para SANABRIA LUENGO, MIGUEL ÁNGEL: *ob. cit.*, págs. 71-74, la concesión de obra pública, aunque contiene elementos coincidentes con el contrato de CPP, no abarca todas las posibilidades que caben dentro de una actuación global e integrada, sosteniendo además que puede estarse ante una CPP sin necesidad de que entre las obligaciones del sector privado exista la de realizar una obra. La específica figura contractual de CPP permitía, para este autor, la celebración de contratos que no se agotan en la concesión y el concierto. Por su parte, CAMPOS SÁNCHEZ, MIGUEL ÁNGEL: *Los contratos de colaboración público-privada y la reforma del Derecho Administrativo*. Tesis doctoral. Granada, Universidad de Granada, 2017, págs. 95-97, considera que el nudo gordiano del contrato de CPP se situaba en el diálogo competitivo, es decir, en el procedimiento de adjudicación, caracterizado por una flexibilidad que no es necesaria en un contrato de concesión. Para MARTÍNEZ ITUERO, MARINA: *El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*. Universidad Pontificia de Comillas. Facultad de Derecho, 2014, pág. 16 (repositorio.comillas.edu), hay más diferencias que analogías entre el contrato de CPP y el contrato de concesión de obra pública, poniendo, en este sentido, el acento en que en el primero la indefinición de las prestaciones y su amplitud es mayor, no existe relación entre usuarios y adjudicatario, y este es remunerado directamente por la Administración contratante.

¹²⁸ Así, GUIJARRO GONZÁLEZ, ELÍSA BET: «El fin de la tipicidad de los contratos públicos: hegemonía del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en *Contratación Administrativa Práctica* n.º 120, 2012, págs. 55-56, que, refiriéndose a los contratos de concesión de obra y de CPP, destaca la remuneración del contratista por el usuario frente al abono periódico por la Administración a lo largo de la duración del contrato; la susceptibilidad o no de la explotación de la obra; y la asunción del riesgo y ventura frente al reparto de riesgos.

¹²⁹ Este podría ser el caso de JIMÉNEZ DÍAZ, ANDRÉS. «El contrato de colaboración público-privada y el de concesión de obras públicas (en la nueva Ley de Contratos del Sector Público)», en *Diario La Ley* n.º 6934, Sección Nuevas Tendencias, 28 de abril de 2008, *La Ley Digital*, págs. 1-5, quien expresa que el contrato de CPP venía a dar continuidad al contrato de concesión de obras públicas, ampliando sus posibilidades y abandonando algunos de los condicionantes que afectaban a este último. Añade que si bien ambos contratos podían coincidir parcialmente en rasgos comunes (el objeto, la forma de retribución), sería un error suponer que el contrato de CPP era solo una forma avanzada de concesión. Por su parte, RAMOS REDONDO, EDUARDO: «*El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*». Madrid, Ministerio de Defensa, 2010, pág. 59, resalta la proximidad entre ambos contratos, cuyas fronteras respectivas son difíciles de delimitar, por lo que es fácil que pueda producirse cierta confusión entre uno y otro, pero pone de relieve la peculiaridad diferenciadora referente al reparto de los riesgos entre cada una de las partes: construcción a riesgo y ventura del concesionario en el contrato de concesión de obras; asignación a la parte mejor habilitada para soportarlos al menor coste, en el contrato de CPP.

cambio, aparece más clara desde la perspectiva contable, ya que, para el SEC 2010, un contrato de CPP «implica la compra por parte de las administraciones públicas de un servicio producido por un socio mediante la creación de un activo»; en cambio, «cuando la sociedad vende los servicios directamente al público a través, por ejemplo, de una carretera de peaje, el contrato se considera una concesión» y no una CPP¹³⁰. En cualquier caso, la viabilidad sustitutiva de los contratos de concesión no dejaría de estar cuestionada *ab initio*, en especial desde la perspectiva del control externo, si se aceptara la opinión de que, con anterioridad a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, se había venido utilizando indebidamente el contrato de concesión en supuestos en los que no existía posibilidad de explotación económica¹³¹.

Sea como fuere, la exposición de motivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, justifica la desaparición del contrato de CPP en la escasa utilidad de dicha modalidad contractual —aunque acaso habría sido más exacto hablar de escasa utilización¹³²— y en la consecución de su objeto a través de otras modalidades contractuales¹³³, cuando el motivo que se esgrimió para el establecimiento de esta específica modalidad contractual habría sido, como parece desprenderse de la exposición de motivos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, en cierto modo el opuesto: la conveniencia de tipificar normativamente lo que ya existía en la práctica. No obstante, al tiempo de que se subraya esta aparente contradicción, también es preciso señalar que una parte de la doctrina había venido expresando sus dudas acerca de la necesidad de una específica modali-

¹³⁰ Reglamento (UE) 549/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, Anexo A, apartados 20.279 y 20.280.

¹³¹ PEÑA OCHOA, ALFONSO: «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público», en GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA: *El Derecho de los contratos del sector público*. Zaragoza, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública n.º 10, 2008, pág. 97.

¹³² En los seis primeros años de vigencia del contrato de CPP, se habrían licitado ocho contratos por los distintos Ministerios, diez por las Comunidades Autónomas, catorce por las Administraciones Locales, y dos por las Universidades Públicas, según señala FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.ª DE LOS ÁNGELES, *ob. cit.*, págs. 321-325, y notas 55 a 58.

¹³³ Así, para MAGIDE, MARIANO: *ob. cit.*, pág. 138, podría llegar a configurarse, si bien con algunos problemas y limitaciones, un contrato semejante al de CPP a partir del contrato mixto y del contrato administrativo especial.

dad contractual¹³⁴ y había considerado al contrato de CPP más como una técnica contractual que como un verdadero contrato típico¹³⁵, si bien otras opiniones habían valorado positivamente la

¹³⁴ Así, BERNAL BLAY, MIGUEL ÁNGEL: *ob. cit.*, págs. 107-109, quien indica que el establecimiento de ese contrato específico no venía exigido por el Derecho europeo y que las prácticas preexistentes no carecían de fundamento o cobertura legal. Para CUÉTARA MARTÍNEZ, JUAN MIGUEL DE LA: «La participación Público-Privada en España tras la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007», en *Revista Derecho Administrativo*, n.º 6, 2008, págs. 438-440, el contrato de CPP no aportaba nada que no pudiera ser logrado a través de los demás contratos, adecuadamente regulados, añadiendo que también disolvía el espíritu auténtico de las CPP, y creaba, por añadidura, inseguridad jurídica, por lo que finalizaba concluyendo que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, había empeorado la regulación de las CPP, dificultando su evolución. Tras la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, se ha reiterado la dudosa pertinencia de la creación del contrato de CPP por la Ley 30/2007, de 30 de octubre (ver VÁZQUEZ MATILLA, FRANCISCO JAVIER: «El contrato de concesión de obras», en PALOMAR OLMEDA, ALBERTO y GARCÉS SANAGUSTÍN, MARIO (dirs.), y VÁZQUEZ GARRANZO, JAVIER (coord.): *ob. cit.*, pág. 680). GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V. «Colaboración público-privada: más allá de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *cit.*, pág. 38, señala que «el desarrollo de la colaboración público-privada en nuestro país no habría necesitado, de hecho, la introducción de un nuevo contrato típico». VILLAR EZCURRA, JOSÉ LUIS: «El marco contractual adecuado para las concesiones de servicios urbanos de Metro, Metro ligero, tranvía y trenes ligeros», en *Revista de Obras Públicas* n.º 3488, 2008, págs. 64-65, insiste en que «no resultaba en absoluto necesario» incorporar en nuestro Derecho la nueva figura contractual de la CPP, por cuanto «la figura concesional respondía a todas las características de la CPP y, por otra parte, la Directiva 2004/18 que incorpora a nuestro Derecho la LCSP no mencionaba en ningún momento la CPP», de forma que el legislador complicó innecesariamente las cosas, ya que no hay un contrato de CPP diferente de los restantes tipos contractuales, sino que se trata de un mero «envoltorio». Refiriéndose a Perú, donde existe una regulación específica de las CPP, pero no un específico tipo contractual, HUAPAYA TAPIA, RAMÓN: *ob. cit.*, pág. 21, considera que no disponer de un específico contrato de CPP regulado en forma típica «es una excelente opción, que ayuda a no tener que diferenciarlo conceptualmente de los contratos de concesión».

¹³⁵ Así, COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, BORJA: «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en el ordenamiento jurídico español: orígenes, características y naturaleza de una experiencia exitosa», *cit.* (www.noticias.juridicas.com) y «Los orígenes remotos del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *cit.* (www.noticias.juridicas.com); JIMÉNEZ DÍAZ, ANDRÉS: «El contrato de colaboración público-privada y el de concesión de obras públicas (en la nueva Ley de Contratos del Sector Público)», *cit.*, pág. 5; y «Técnicas contractuales de colaboración público-privada (II): El contrato de colaboración público-privada en la nueva ley de contratos del sector público», en DORREGO DE CARLOS, ALBERTO, y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, FRANCISCO (dirs.), y VILLARINO MARZO, JORGE (coord.): *ob. cit.*, págs. 299-301; RIDAO i MARTÍN, JOAN: «El contrato de colaboración público-privada para la provisión de servicios y obras de interés público en España. La inci-

opción de configurar legalmente el nuevo tipo constituido por el contrato de CPP¹³⁶, habían puesto el acento en su flexibilidad para realizar prestaciones de difícil articulación mediante los contratos tradicionales por razones técnicas, económicas, jurídicas y financieras en las que la Administración debía recurrir al conocimiento, experiencia y eficiencia del sector privado para satisfacer necesidades de interés general¹³⁷, habían puesto de relieve la utilidad de este contrato para construir determinados equipamientos, como los hospitales¹³⁸, habían defendido su sustantividad¹³⁹, así como su

dencia de las futuras Directivas de la Unión Europea para la modernización de la contratación pública y las concesiones, en *Revista de Derecho Administrativo* n.º 13, 2013, pág. 245, y «La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras de servicio público. Revisión crítica y alternativas al actual marco regulador», *cit.*, pág. 197. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA: «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley española 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP)», en *Estado & Derecho* n.º 27-44, 2001-2009, págs. 94-95. La consideración del contrato de CPP como una técnica contractual no ha sido, sin embargo, óbice para defender la bondad de su incorporación al derecho positivo (así, SANABRIA LUENGO, MIGUEL ÁNGEL: *ob. cit.*, págs. 70-75).

¹³⁶ Así, VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA: «La colaboración público-privada como fórmula de externalización de cometidos públicos», en *Anuario de la Facultad de Derecho de Orense* n.º 1, 2007, págs. 655-666. También PEÑA OCHOA, ALFONSO: *ob. cit.*, pág. 95, considera que el contrato en cuestión trataba de cubrir un vacío legal y tenía perfiles propios. Por su parte, GONZÁLEZ IGLESIAS, MIGUEL ÁNGEL: «Análisis de la regulación por la LCSP de la nueva figura de contractual de colaboración entre los sectores público y privado», en VV.AA.: *Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada*. Valladolid, Consejo Económico y Social de Castilla y León, 2011, pág. 687, se une asimismo a la valoración positiva de la incorporación del nuevo contrato a la legislación española en la materia.

¹³⁷ BRIERA DALMAU, CARMÉ: «Los contratos de colaboración entre los sectores público y privado en la ley de contratos del sector público: fórmulas de colaboración y régimen de distribución del riesgo en dichos contratos», en *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 149, 2011, pág. 143.

¹³⁸ En tanto en cuanto se trata de una obra que no sirve a una actividad susceptible de explotación económica (SÁNCHEZ LAMELAS, ANA: «El nuevo contrato de colaboración público privada en el ámbito sanitario», en *Derecho y Salud* vol. 14, n.º extra 1, 2010, pág. 116).

¹³⁹ HERNANDO RYDINGS, MARÍA: *ob. cit.*, págs. 437-439 y 537, señala que existían supuestos que, en principio, solo podían llevarse a cabo a través de los contratos de CPP, como era el caso de la construcción y gestión de obras no susceptibles de explotación económica, respecto de las cuales un contrato mixto de obras y de servicios no presentaría ventajas, siendo solo aparente la identidad de ambas modalidades contractuales, ya que existirían importantes diferencias entre ambas figuras, por cuanto el objeto del contrato de CPP sería una actuación global e integrada que siempre iría anudada a la financiación de esta por el contratista, lo que no tenía por qué darse en los contratos mixtos, y su contenido presentaría una indeterminación inicial.

necesidad¹⁴⁰, e, incluso, lo habían considerado como el «contrato estrella» del futuro¹⁴¹.

Resulta obligado, en consecuencia, preguntarse por los motivos de la escasa utilidad a que se refiere la citada exposición de motivos, pero esta se limita a realizar una afirmación apodíctica, sin hacer comentario alguno acerca de las causas que han provocado el uso somero del contrato en cuestión, así que, a falta de una respuesta, es preciso acudir al ámbito doctrinal, donde se ha aventurado una explicación relacionada con el carácter subsidiario del contrato, que obligaba a realizar un esfuerzo adicional, a través de la evaluación previa, para motivar su uso, a lo que también se añadía la necesidad de contar con el informe favorable, previo a la autorización, cuando el importe superara los 12.000.000 euros¹⁴².

Además de por su falta de utilización, relacionada en parte con la dificultad de acceso al crédito por el sector privado en los años de crisis económica, la desaparición del contrato de CPP podría venir explicada, a decir de la doctrina, por la inexistencia de su equivalente en el Derecho comunitario¹⁴³, aunque también se han dado otras razones como son el arraigo de la tradición concesional en España, con la que el contrato de CPP fue incapaz de competir, y la carencia, en el Derecho continental, a diferencia del *Common Law*, del sustrato necesario, por la escasa flexibilidad, que dificulta la implantación de fórmulas colaborativas, teniendo en cuenta la existencia de potestades exorbitantes de la Administración y su incapacidad para establecer en condiciones de igualdad un vínculo

¹⁴⁰ BRUNETE DE LA LLAVE, MARÍA TERESA: «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (I). Configuración y actuaciones preparatorias del contrato de CPP», en *Contratación Administrativa Práctica* n.º 96, 2010, págs. 34-35, que enfatizaba también su «extraordinario interés, porque en su amplio y versátil objeto puede encajarse casi cualquier prestación imaginable», tratándose «de una figura de gran flexibilidad jurídica que permite acometer actuaciones públicas de otro modo inasumibles, por evidentes motivos presupuestarios». Para esta autora, el contrato de CPP era perfectamente deslindable del contrato de concesión de obras públicas.

¹⁴¹ COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, BORJA: *El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: una perspectiva jurídica, politológica y emocional*, cit., págs. 36-41.

¹⁴² RIDAO i MARTÍN, JOAN: «La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras de servicio público. Revisión crítica y alternativas al actual marco regulador», cit., n.º 45, 2012, págs. 196-197, 200 y 208.

¹⁴³ MELLADO RUÍZ, LORENZO: «El ámbito objetivo de la LCSP. Tipos contractuales y negocios y contratos excluidos», en GAMERO CASADO, EDUARDO, y GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL (dirs.): *ob. cit.*, pág. 576.

jurídico común¹⁴⁴. También se han mencionado las graves dificultades que planteaba la aplicación del procedimiento del diálogo competitivo¹⁴⁵, que debía seguirse para adjudicar los contratos de CPP¹⁴⁶. Asimismo, en términos genéricos, se ha puesto de relieve la tipificación rígida del contrato en cuestión, determinante de la aparición de obstáculos y dificultades que impedían reparar en sus posibles beneficios¹⁴⁷. E, incluso, se ha traído a colación una explicación psicológica, consistente en el «efecto *bandwagon*», que produciría un comportamiento gregario que impulsaría a utilizar los clásicos contratos administrativos¹⁴⁸.

En definitiva, desde una perspectiva jurídica, la CPP ha hecho el viaje de vuelta, de modo que si con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, dejó de ser una expresión general y omnicomprendiva para convertirse en un contrato administrativo típico¹⁴⁹, hasta el punto de afirmarse que ya no podía llamarse CPP a una simple concesión, a un contrato de abono total o a un contrato de gestión de servicios públicos¹⁵⁰, sin embargo, al cabo de diez años, con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, vuelve a trocarse de nuevo en una expresión genérica, lo que reabre la falta de certeza acerca de su significado

¹⁴⁴ Ver, en este sentido, COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, BORJA: «El contrato de colaboración público-privada en el ordenamiento jurídico español: crónica de una muerte anunciada», en GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (dir.), y BERNAL BLAY, MIGUEL ÁNGEL (coord.): *Observatorio de la contratación pública 2013*. Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, págs. 490-491 y 521-523.

¹⁴⁵ Lo que estaría relacionado, desde otra perspectiva, con los elevados costes de transacción derivados de la complejidad de los proyectos (ver MARTÍNEZ VILA, JOSEP: «La colaboración público-privada de infraestructuras como fórmula para contribuir a la salida de la crisis», en *Economistas* n.º 126, extraordinario, 2011, pág. 269).

¹⁴⁶ Ver RUIZ OJEDA, ALBERTO: «Últimas orientaciones en la colaboración público-privada (Apuntes desde la perspectiva de las normas contables para el cálculo del endeudamiento y el déficit público)», en *Noticias de la Unión Europea* n.º 325, 2012, pág. 119, quien considera que «una de las principales atrocidades perpetradas por el legislador español con los contratos de CPP ha consistido en la imposición del procedimiento de diálogo competitivo» (pág. 129).

¹⁴⁷ HERNANDO RYDINGS, MARÍA: *ob. cit.*, págs. 540-541, quien, en 2012, profetizaba que, de no darse solución a estos problemas, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado no pasaría de ser un experimento fallido.

¹⁴⁸ COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, BORJA: *El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: una perspectiva jurídica, política y emocional*, cit., págs. 71 y 80-87.

¹⁴⁹ RÍDAO i MARTÍN, JOAN: «La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras de servicio público. Revisión crítica y alternativas al actual marco regulador» *cit.*, pág. 196, nota 8.

¹⁵⁰ PEÑA OCHOA, ALFONSO: *ob. cit.*, pág. 97.

desde un punto de vista conceptual y plantea, de entrada, qué considerar como CPP de tipo contractual. Se regresa, por tanto, a la situación anterior a 2007, en la que en el ámbito doctrinal se constataba que las relaciones de cooperación no estaban definidas en el Derecho positivo, ni poseían entidad jurídica propia, no constituyendo una categoría jurídica, por lo que, en una suerte de paradoja si el asunto se contempla desde el momento actual, se aseveraba con rotundidad que el futuro de la contratación pública pasaba indudablemente por la regulación de los contratos de CPP¹⁵¹, profecía que, siendo cierta a corto plazo, no lo ha sido a la postre, al menos por ahora. Se abren, en consecuencia, incertidumbres que solo el futuro podrá quizás ir disipando.

8. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTROL EXTERNO DE LA CPP

8.1. El control de la planificación y de la evaluación

El ejercicio del control externo sobre la CPP presenta algunos problemas delicados, comenzando por su justificación, que puede contemplarse desde dos perspectivas: formal y material.

Desde una perspectiva formal, la experiencia fiscalizadora ha llevado a constatar que la opción escogida no queda con frecuencia adecuadamente acreditada mediante estudios o informes, los cuales, además, han de tener un adecuado reflejo documental en el expediente administrativo. Es cierto que la legislación sobre los específicos contratos de CPP pone el acento en el documento de evaluación previa, como sucedía, sin ir más lejos, en el desaparecido contrato que existía en España, pero también lo es que este examen no se lleva a cabo con la amplitud y profundidad que exigiría la justificación de esta opción, en especial si se la contempla desde el punto de vista de la protección del interés general.

Desde una perspectiva material, el control externo deberá extenderse a la ponderación de las ventajas y de los inconvenientes

¹⁵¹ GARCÍA CAPDEPÓN, PEDRO MARÍA: *ob. cit.*, págs. 89 y 92. También, en el mismo sentido, todavía en 2013 se señalaba que el uso convertiría al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la «fórmula estrella» de acometida de infraestructuras públicas (FERNÁNDEZ ROMERO, FRANCISCO JOSÉ: *La colaboración público privada. Su aplicación práctica*. Sevilla, Hispalex, 2013, pág. 19).

de la participación privada en el proyecto objeto de fiscalización. En tal sentido, si se parte de la hipótesis probable de que la financiación privada de un proyecto tiene unos mayores costes financieros¹⁵², ello obligaría a ponderar el conjunto de ventajas que, frente a estos mayores costes¹⁵³, puede ofrecer la financiación privada en aspectos tales como la más temprana disposición de la infraestructura en cuestión o la mayor eficiencia en la prestación de un servicio. Sin embargo, como se ha señalado, las actuaciones fiscalizadoras llevadas a cabo en la Unión Europea, tanto por algunas EFS nacionales, como por el Tribunal de Cuentas Europeo, han llevado a constatar que en muchas ocasiones no se ha realizado el denominado «comparador del sector público», ni se ha analizado la sostenibilidad financiera de los proyectos, de modo que la justificación de la opción por alguna de las fórmulas de CPP no queda, con frecuencia, suficientemente acreditada. Y, en este mismo orden de cosas, se ha constatado la dificultad de pronunciarse acerca de la eficiencia de las CPP, en razón a la insuficiencia de los elementos de medida y de comparación de los costes de la gestión pública y de la gestión privada. El control de eficiencia, además, debería considerar si en la decisión sobre la opción escogida para realizar el proyecto en cuestión han existido condicionamientos presupuestarios y contables que hayan conducido a elegir la fórmula menos eficiente, pero compatible con las exigencias en dichos ámbitos, lo que, al final, puede llevar a sobredimensionar la disponibilidad de infraestructuras y de equipamientos¹⁵⁴. En relación con todo ello, no es ocioso, ni mucho menos, poner de relieve que las actuaciones fiscalizadoras llevadas a cabo por algunas EFS europeas sugieren la existencia, en la evaluación previa, de un sesgo en favor de la utilización de fórmulas de CPP, lo que probablemente pudiera venir inducido por los condicionamientos de naturaleza presupuestaria y contable.

¹⁵² En tal sentido, ver BURNETT, MICHAEL: La Colaboración Público-Privada (CPP) en los Servicios Públicos locales. Una perspectiva desde la experiencia europea», en *Revista de Estudios Locales* n.º extraordinario 1, 2007, pág. 63.

¹⁵³ Para el caso de Suiza, LIENHARD, ANDREAS: «La asociación entre lo público y lo privado (PPP) en Suiza. Exigencias, riesgos potenciales», en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas* vol. 72, n.º 4, 2006, pág. 594, señala que el Gobierno podía obtener generalmente capital bajo condiciones más favorables, lo que hacía más costosa la financiación exclusiva de un proyecto por entidades privadas. Sin embargo, en una estructura global, deberían tenerse en cuenta ventajas como la eficiencia, la distribución de riesgos, la velocidad de realización y otros beneficios de las CPP, para compararlos con los costes de financiación más altos.

¹⁵⁴ Ver MAGIDE, MARIANO. *ob. cit.*, pág. 126.

En términos generales, la fiscalización de la fase de planificación y evaluación adquiere una notoria importancia para evitar situaciones de sobrecapacidad de la red de infraestructuras y del parque de instalaciones, evitando así el coste de duplicidades innecesarias. Una evaluación económica correcta es, en tal sentido, imprescindible para evitar errores en el cálculo de las variables que han de tenerse en cuenta para decidir la realización de la inversión y la modalidad a través de la cual se llevará a cabo. Un ejemplo de estos errores puede ser, en España, el de las autopistas de peaje radiales de Madrid, respecto de las cuales el cálculo de la frecuentación fue muy superior al finalmente producido, lo cual, por lo demás, era de esperar si se tiene en cuenta que el usuario podía optar entre usar la autopista de peaje o utilizar la autovía paralela de libre circulación¹⁵⁵, de modo que la elección de aquel, salvo en momentos puntuales de tráfico intenso, era esperable¹⁵⁶. Es interesante, no obstante, añadir que a ello se unió otro elemento menos previsible, como fue el sobreprecio de las expropiaciones de terrenos a consecuencia de sentencias de los tribunales de justicia que multiplicaron por seis el valor inicial de aquellos. Todo ello ha desembocado en el rescate de las concesiones por parte del Estado. Así pues, a consecuencia de este sobredimensionamiento de la red viaria, lo que el ciudadano no ha pagado antes como usuario, lo acabará pagando después como contribuyente.

En cualquier caso, está plenamente justificado el énfasis que la norma ISSAI 5220 (*Lineamientos para la mejor práctica en la auditoría de financiamiento público/privado y concesiones*) pone respecto de la fase preparatoria, en aspectos tales como la definición del alcance y de las características del proyecto, incluida la distribución óptima de los riesgos. Sin embargo, en modelos como el existente en España, en el que la fiscalización previa y la concomitante es asumida por el control interno, mientras que la fiscalización atribuida a la

¹⁵⁵ Las autovías son carreteras de libre acceso, que pueden no reunir, en su caso, todas las especificaciones aplicadas a las autopistas, con calzadas separadas para ambos sentidos de la circulación, de dos o más carriles, y sin cruces de otras carreteras o de vías férreas al mismo nivel.

¹⁵⁶ Por ello, se ha propugnado que el requerimiento de la existencia de vías alternativas de libre circulación a las autopistas de peaje no sea interpretado de forma que aquellas hayan de ser necesariamente de similares características que estas (ver ENGEL, EDUARDO; FISCHER, RONALD; GALETOVIC, ALEXANDER; y RUS, GINÉS DE: *Colaboración público-privada en infraestructuras: Reforma del sistema concesional español de autopistas de peaje*. Fedea Policy Papers 2015/11, 30 de mayo de 2016, págs. 35-36). De hecho, en otros países europeos la alternativa a las autopistas de peaje suele estar constituida por carreteras convencionales.

EFS es decir, al Tribunal de Cuentas, es de carácter consuntivo, es decir, *ex post*, puede resultar más difícil llevar a cabo la actividad controladora en estas fases y acomodar, por tanto, dicha actividad a lo que se expresa en la directriz 3 de la mencionada norma ISSAI 5220, cuando señala que «puede ser necesario o deseable que la EFS examine el acuerdo antes de que el contrato sea otorgado», si bien es verdad que este *desiderátum* se condiciona a que ello sea «constitucionalmente permisible».

8.2. Control y transparencia

Otro de los aspectos que resultaría inevitable abordar en el ejercicio de control externo es el referente a la transparencia. Por lo que se refiere, en concreto, a la específica figura contractual de CPP, se ha puesto de manifiesto este problema, que, a decir de la doctrina, estaría vinculado a la «enorme sofisticación del régimen económico-financiero de estos contratos caracterizados por una multitud de prestaciones cruzadas y heterogéneas de carácter multilateral que, por regla general, plantean serios problemas desde la perspectiva de la transparencia administrativa y de la consolidación de la contabilidad pública»¹⁵⁷.

De otra parte, la transparencia está vinculada al procedimiento de adjudicación del contrato. En efecto, si se toma como ejemplo el extinto contrato español de CPP, habrá de recordarse que debía encauzarse forzosamente a través del procedimiento del diálogo competitivo, donde la aplicación de los principios de publicidad y de transparencia queda atenuada si se le compara con otros procedimientos de adjudicación. Es cierto que el cauce referido puede venir impuesto por la complejidad ínsita al tipo de contrato en cuestión, pero dicho encauzamiento no se aviene bien, en definitiva, con la transcendencia que en el ámbito comunitario se ha dado a los citados principios¹⁵⁸.

¹⁵⁷ FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.^a DE LOS ÁNGELES: *ob. cit.*, pág. 326.

¹⁵⁸ Se ha señalado al respecto que «resulta al menos llamativo que después de la larga y sistemática lucha por garantizar la publicidad y apertura de los procedimientos de contratación, la Unión Europea se incline por el de diálogo competitivo, en el que la publicidad y transparencia son incluso menores que en el procedimiento negociado», añadiéndose que «se refuerzan en los contratos sujetos a regulación armonizada estos principios de concurrencia y publicidad pero se abre la puerta trasera para relajar las consecuencias en la aplicación de estos principios en el sistema» (COLLADO MARTÍNEZ, ROSA MARÍA: «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en *Revista Española de la Función Consultiva* n.º 8, 2007, págs. 205-207).

Respecto de la transparencia, el Tribunal de Cuentas de España, en su *Informe sobre el cumplimiento del principio de transparencia establecido en la legislación sobre estabilidad presupuestaria, en relación con los Presupuestos Generales del Estado para los ejercicios de 2007 y 2008*, aprobado por el Pleno del Tribunal en su sesión de 30 de junio de 2011, dejaba constancia de que la tendencia a recurrir a la modalidad extrapresupuestaria de financiación, mediante las fórmulas de CPP, estaba reduciendo la información que venía suministrándose¹⁵⁹.

Añadía el Tribunal que «financiar, construir y gestionar una autopista, un hospital o cualquier otra obra pública, mediante fórmula de colaboración público-privada, es decidir hoy y distribuir gastos durante un largo periodo. Si estas decisiones se multiplican, los riesgos para la Hacienda Pública y los condicionamientos para los presupuestos futuros, también»¹⁶⁰. Por ello, «sería inaceptable no cuantificar estas cargas sobre generaciones futuras y dejar de valorar sus riesgos y efectos, positivos y negativos, no solo en la fase de ejecución del gasto sino también en la de presupuestación»¹⁶¹. De igual modo, desde la perspectiva contable, el Tribunal consideraba que sería necesario informar sobre las cargas invisibles derivadas de la aplicación de las fórmulas de CPP¹⁶².

Así las cosas, para el Tribunal, estas fórmulas de CPP habrían de ser analizadas con los mismos criterios que han llevado a elegir cada alternativa y con arreglo a los objetivos perseguidos, de modo que debería darse a conocer a los ciudadanos el resultado de los análisis que se efectuaran sobre aspectos tales como la mayor economicidad de la fórmula elegida, la mejora de la calidad aportada por ella, su mayor eficiencia y si, al soslayarse la consolidación contable, también se evita el déficit público o se está ante un artificio meramente formal¹⁶³.

Por ello, el Tribunal consideraba que la documentación presupuestaria debería incluir información completa sobre las obligacio-

¹⁵⁹ TRIBUNAL DE CUENTAS: *Informe sobre el cumplimiento del principio de transparencia establecido en la legislación sobre estabilidad presupuestaria, en relación con los Presupuestos Generales del Estado para los ejercicios de 2007 y 2008*, pág. 71. El texto puede consultarse en www.tcu.es.

¹⁶⁰ TRIBUNAL DE CUENTAS: *Informe sobre el cumplimiento del principio de transparencia establecido en la legislación sobre estabilidad presupuestaria, en relación con los Presupuestos Generales del Estado para los ejercicios de 2007 y 2008*, cit., pág. 72.

¹⁶¹ TRIBUNAL DE CUENTAS: *ibid.*, pág. 72.

¹⁶² TRIBUNAL DE CUENTAS: *ibid.*, pág. 72.

¹⁶³ TRIBUNAL DE CUENTAS: *ibid.*, pág. 72.

nes derivadas de las CPP y sobre otros aspectos relacionados con ellas¹⁶⁴. En tal sentido, se constataba que en la documentación preceptiva no figuraba una información agrupada y completa de las inversiones en infraestructuras públicas¹⁶⁵. En efecto, la información en cuestión no era completa, fundamentalmente porque no se incluía la referente a la inversión realizada por el sector privado, así como la financiación pública facilitada a este sector, siendo, por lo demás, deficiente su presentación, al faltar memorias explicativas de la realizada por empresas públicas¹⁶⁶.

El Tribunal recomendaba que se incluyese en la documentación presupuestaria, dentro de la información sobre pasivos contingentes, datos sobre los compromisos de gastos futuros, así como una información completa y de igual contenido sobre las inversiones públicas a acometer durante el ejercicio, ya fueran inversiones directas, indirectas o se realizaran por el sector privado¹⁶⁷.

Respecto de esta recomendación, debe señalarse que la documentación presupuestaria viene incluyendo los compromisos de los gastos con cargo a presupuestos de ejercicios posteriores. En este sentido, la documentación relativa a los Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio 2017 incluye los compromisos hasta el año 2066.

En cuanto a la información sobre inversiones públicas a realizar en el ejercicio correspondiente, esta recomendación parece haberse cumplido, al menos parcialmente. Así, en el Informe Económico y Financiero que se acompañaba a los Presupuestos Generales del Estado para 2017 se puede observar que se proporciona la información sobre infraestructuras públicas con el mismo detalle tanto para el sector público administrativo con presupes-

¹⁶⁴ TRIBUNAL DE CUENTAS: *ibid.*, pág. 73.

¹⁶⁵ TRIBUNAL DE CUENTAS: *ibid.*, pág. 73.

¹⁶⁶ TRIBUNAL DE CUENTAS: *ibid.*, págs. 74-75. En tal sentido, se añadía que de haberse aplicado lo establecido en la disposición adicional 56.^a de la Ley de Presupuestos Generales para 2005 se hubieran resuelto, al menos en gran medida, las deficiencias detectadas. Esta disposición adicional establecía que *«las memorias explicativas de los programas de gasto de cada ejercicio se extenderán a las inversiones realizadas por el sector público empresarial. Para ello, el Gobierno adjuntará como Anexo las inversiones previstas desagregadas por proyectos, provincias y Comunidades Autónomas, al igual que se hace con el resto de inversiones públicas. Así mismo esta información detallará las inversiones externalizadas o diferidas en el tiempo y los préstamos o aportaciones patrimoniales que el Estado concede a terceros para operaciones de capital o adquisición de activos de capital»*.

¹⁶⁷ TRIBUNAL DE CUENTAS: *ibid.*, pág. 84.

to limitativo, como para el sector público empresarial y fundacional y demás entidades con presupuesto estimativo. Sin embargo, mientras que se ha resuelto la objeción contenida en el citado informe del Tribunal de Cuentas respecto del sector público empresarial y fundacional, no se incluye, en cambio, información detallada sobre las infraestructuras públicas realizadas por el sector privado, aunque podría deducirse su importe global de la cifra de transferencia de capital «para financiar inversiones de otros agentes de economía», tomando para ello la cifra global de transferencia de capital y deduciendo las partes de ella que corresponden, respectivamente, al sector público administrativo y al sector público empresarial y fundacional.

En relación con todo ello, no es ocioso significar que el *Manual de Transparencia Fiscal (2007) del Fondo Monetario Internacional* señala que en la documentación presupuestaria debería constar una evaluación de la sostenibilidad fiscal¹⁶⁸. Indica asimismo este Manual que los documentos presupuestarios deberían abarcar todas las actividades presupuestarias y extrapresupuestarias¹⁶⁹, así como incluir estados de cuentas en los que se describan, entre otros extremos, los pasivos contingentes, junto a una evaluación de otros riesgos fiscales importantes¹⁷⁰, debiendo el gobierno central divulgar información sobre los pasivos importantes distintos de la deuda, entre ellos los derivados de las obligaciones contractuales¹⁷¹. El Manual señala también que la divulgación de información sobre las obligaciones contractuales contraídas a través de las distintas fórmulas de CPP es un aspecto importante de la transparencia fiscal, recordando asimismo que la existencia de pasivos significativos podría tener importantes consecuencias para la sostenibilidad fiscal¹⁷².

De todas formas, en el caso concreto de España, no parece que la cifra de pasivos contingentes relacionados con las CPP sea excesiva si se atiende a las cifras que figuran en el *Informe COM (2015) 314, de 30 de junio de 2015, sobre los pasivos implícitos con posibles repercusiones en los presupuestos públicos*, ya que según los datos que figuran en este informe, los pasivos pendientes relacionados con las CPP ascendían en el año 2013 al 0,28% del PIB.

¹⁶⁸ Apartado 2.1.4.

¹⁶⁹ Apartado 3.1.1.

¹⁷⁰ Apartado 3.1.3.

¹⁷¹ Apartado 3.1.5.

¹⁷² Apartado 217.

Por lo demás, es preciso añadir que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, presta una atención especial a la transparencia, estableciendo diversas previsiones que vienen así a añadirse a las contempladas en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno¹⁷³. La exposición de motivos de la nueva Ley de Contratos del Sector Público señala, en tal sentido, que el primer objetivo que inspira la regulación recogida en el texto legal es precisamente conseguir una mayor transparencia en la contratación pública, e indica que a través de la norma legal se trata de diseñar un sistema de contratación pública más eficiente, transparente e íntegro. Y ya en el articulado de la Ley, el artículo 1.º, al referirse al objeto y finalidad de aquella, indica que dicho objeto es regular la contratación del sector público con el fin de garantizar la legalidad y la transparencia. Además, a lo largo del articulado se incluyen medidas tendentes a asegurar este principio, entre las que pueden citarse:

- La obligación de determinar con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse con el contrato proyectado, así como de dejar constancia de ello en la documentación preparatoria antes del inicio del procedimiento de adjudicación¹⁷⁴.
- Determinadas obligaciones de los órganos de contratación, en concreto la de designar un responsable del contrato¹⁷⁵, y la de tomar medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, así como para prever, detectar y solucionar conflictos de intereses¹⁷⁶.
- La difusión, a través de internet, del perfil de contratante, como elemento que agrupa la información y documentos referentes a la actividad contractual de los órganos de contratación,

¹⁷³ El art. 8 de esta Ley se refiere a la obligación de hacer públicos los contratos, con indicación de diversos extremos: objeto, duración, importe de licitación y de adjudicación, procedimiento para su celebración, instrumentos a través de los que se han publicitado, número de licitadores participantes, identidad del adjudicatario, modificaciones del contrato, y decisiones de desistimiento y de renuncia de los contratos. También se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público. La información figurará en el Portal de la Transparencia.

¹⁷⁴ Art. 28.1.

¹⁷⁵ Art. 62.1. El responsable del contrato supervisará su ejecución y dictará instrucciones precisas para asegurar la correcta ejecución de la prestación pactada.

¹⁷⁶ Art. 64.

con objeto precisamente de asegurar la transparencia y el acceso público a dichos documentos¹⁷⁷.

— La posibilidad de publicar un anuncio de información previa para dar a conocer los contratos que los órganos de contratación tengan proyectado adjudicar¹⁷⁸.

— Las obligaciones referentes a la publicación en el perfil de contratante de los anuncios de licitación para la adjudicación de contratos¹⁷⁹, de la resolución de adjudicación del contrato¹⁸⁰, y del anuncio de formalización de los contratos¹⁸¹.

— La consideración, como causa de nulidad de pleno derecho de los contratos, de la falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el Diario Oficial de la Unión Europea, o en el medio de publicidad que sea preceptivo¹⁸².

— La creación de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades. Esta Oficina remitirá un informe anual de sus actividades a las Cortes Generales y al Tribunal de Cuentas¹⁸³.

— La existencia de dos instrumentos registrales: el Registro de Contratos del Sector Público, como sistema oficial central de información sobre la contratación pública¹⁸⁴, y el Registro Oficial

¹⁷⁷ Art. 63. El acceso a la información del perfil de contratante será libre, se publicará en formatos abiertos y reutilizables y será accesible al público durante un período de tiempo no inferior a cinco años, sin perjuicio de que se permita el acceso a expedientes anteriores ante solicitudes de información. La Ley determina, además, el contenido mínimo de la información referente a los contratos que deberá incluirse en el perfil de contratante.

¹⁷⁸ Art. 134.

¹⁷⁹ Art. 135. La publicación también se realizará, en su caso, en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el BOE.

¹⁸⁰ Art. 151.1.

¹⁸¹ Art. 154. También se publicará, en su caso, en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el BOE.

¹⁸² Art. 39.2.c.

¹⁸³ Art. 332.

¹⁸⁴ Art. 346. En este Registro se inscribirán los datos básico de los contratos adjudicados, siendo de acceso público los datos que no sean confidenciales y no hayan previamente publicados de forma telemática y a través de internet.

de Licitadores y Empresas clasificadas del Sector Público, que tiene carácter público¹⁸⁵.

— La existencia de la Plataforma de Contratación del Sector Público para permitir la difusión por internet de los perfiles de contratante¹⁸⁶.

8.3. El control desde la perspectiva de la estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera

Ahora bien, partiendo de la existencia de deficiencias en el cumplimiento del principio de transparencia, se ha hecho notar el carácter instrumental de este, de modo que los que realmente quedarían afectados serían los principios de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera, planteándose al respecto la posibilidad de establecer límites directos a los compromisos que pueden adquirirse a través de las CPP, mediante la aplicación de un techo presupuestario al gasto corriente en esta modalidad de colaboración, límite que podría expresarse como porcentaje ya del gasto total, ya de los ingresos corrientes¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Arts. 337 y 344.

¹⁸⁶ Art. 347. Los perfiles de contratante han de alojarse obligatoriamente en la Plataforma, gestionándose y difundándose exclusivamente a través de ella.

¹⁸⁷ Ejemplos de estos límites, dentro de los países iberoamericanos, podrían ser los establecidos en Perú y en Brasil (ver MACHO PÉREZ, ANA BELÉN: *ob. cit.*, págs. 121-122 y notas 144 y 148). Según explican MARQUES NETO, FLORIANO DE AZEVEDO, y SOUZA LOUREIRO, CAIO DE: «Diez años de Alianzas Público-Privadas (APP) en Brasil», en *Revista de Derecho Administrativo* n.º 13, 2013, pág. 293, en Brasil, el límite, establecido por la Ley n.º 12766/2012 en el 5% de los ingresos corrientes, no impide la contratación de CPP por encima del porcentaje fijado, pero sí la concesión de garantías por la Unión, así como las transferencias federales voluntarias, lo que termina, en la práctica, por impedir la contratación por encima del límite legal. A la posibilidad de establecer límites a los compromisos futuros derivados de contratos de CPP, medidos en un porcentaje sobre los ingresos corrientes o el PIB se refiere también LÓPEZ DÍAZ, ANTONIO. *ob. cit.*, págs. 179-181, que contempla asimismo la opción de que dicho porcentaje se refiera a la suma del endeudamiento y de los compromisos futuros derivados de las inversiones llevadas a cabo por fórmulas de CPP, de modo que la disminución del endeudamiento permitiría un incremento de las operaciones encauzadas a través dichas fórmulas. También MARTÍNEZ CALVO, JUAN: «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y las oportunidades que ofrece en el ámbito de la contratación de la defensa», en PALOMAR OLMEDA, ALBERTO (dir.), y ÁLVARO MONTERO, ÁNGEL DE, y COLOMER HERNÁNDEZ, IGNACIO (coords.): *Régimen jurídico del servicio de la Defensa*. Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2009, pág. 461, sugiere la conveniencia de que se establezca normativamente para las Administraciones un ratio entre los ingresos y los compromisos futuros para el pago de infraestructuras.

En relación con este aspecto, en España, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, creó, mediante la modificación correspondiente de la legislación contractual vigente a la sazón, la Oficina Nacional de Evaluación. Esta Oficina, según establece la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, quedará integrada en la Oficina Independiente de la Regulación y Supervisión de la Contratación. La mencionada Oficina Nacional de Evaluación tiene la finalidad de analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y de los contratos de concesiones de servicios, sin perjuicio de que en el futuro extienda dicha actuación a otras modalidades contractuales. La Oficina Nacional de Evaluación deberá evacuar un informe preceptivo con carácter previo a la licitación de los contratos mencionados, que celebren los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras, así como otros entes, órganos y entidades de la Administración General del Estado y de las Corporaciones Locales, en los siguientes casos: cuando se realicen aportaciones públicas a la construcción o a la explotación de la concesión, así como en el supuesto de que se aplique cualquier medida de apoyo a la financiación del concesionario; y en las concesiones de obras o de servicios en los que la tarifa sea asumida de forma total o parcial por el poder adjudicador concedente, cuando el importe de las obras o los gastos de primer establecimiento superen un millón de euros. La Oficina informará también los acuerdos de restablecimiento del equilibrio del contrato, cuando se den determinados requisitos. En estos informes deberá evaluarse si la rentabilidad del proyecto es razonable en atención al riesgo de demanda que asuma el concesionario. La Oficina deberá asimismo publicar anualmente una memoria de sus actividades¹⁸⁸.

El asunto, en todo caso, presenta un indudable interés a la hora de llevar a cabo el control externo de las CPP, puesto que el principio de sostenibilidad financiera suele estar vinculado a las relaciones existentes entre la deuda pública y el PIB, pero sin que se tomen en cuenta otros elementos que, desde una perspectiva formal, no se consideran endeudamiento financiero¹⁸⁹.

En este contexto, el control externo debería analizar con detenimiento si el reparto de riesgos es equilibrado¹⁹⁰, ya que si el sujeto

¹⁸⁸ Art. 333.

¹⁸⁹ En este sentido, LÓPEZ DÍAZ, ANTONIO: *ob. cit.*, pág. 178.

¹⁹⁰ La adecuación del reparto de los riesgos es uno de los elementos clave de los contratos de CPP, ya que aquellos deben ser distribuidos según sea la Administración o el contratista quien esté en mejor condición para afrontar cada uno de

privado corre un riesgo excesivo podría repercutir el exceso en el precio exigido e, incluso, tal exceso podría llegar a provocar la inviabilidad financiera del proyecto, mientras que si el exceso de riesgo es asumido por la Administración la estabilidad presupuestaria podría quedar afectada por la repercusión en el endeudamiento¹⁹¹. Sin embargo, la experiencia fiscalizadora de algunas EFS europeas sugiere que, en ocasiones, no se han realizado proyecciones a medio y largo plazo sobre los compromisos de pago, ni, consecuentemente, sobre la sostenibilidad presupuestaria.

8.4. El control desde la perspectiva de la equidad

La equidad puede presentar asimismo interesantes perspectivas respecto de las CPP. De entrada, estas fórmulas son consideradas como una muestra de solidaridad intergeneracional, al transferir al menos una parte de su coste a generaciones futuras que disfrutarán de la infraestructura o del servicio en cuestión. Sin embargo, más que ante una solidaridad intergeneracional, como se produce, por ejemplo, en el caso de un sistema de reparto de seguridad social, me parece que se estaría, según los casos, ante una distribución de los costes entre varias generaciones¹⁹² o, sencillamente ante un desplazamiento del coste a generaciones futuras y, por tanto, no se estaría en los terrenos de la solidaridad, sino más bien en los de la equidad¹⁹³, si bien esta podría quebrar

ellos (Ver GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V.: *Colaboración público-privada e infraestructuras de transportes. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, cit., pág. 30).

¹⁹¹ Ver, en este sentido, BRUNETE DE LA LLAVE, MARÍA TERESA: *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Especial aplicación a las entidades locales*, cit., pág. 156. Para los contratos de concesión de servicios, ver VILLALBA PÉREZ, FRANCISCA: «La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nueva época, n.º 2, 2014, pág. 93.

¹⁹² Si bien se ha señalado que la equidad en el reparto de los costes no es una ventaja exclusiva de las fórmulas de CPP, ya que también se producirá cuando se recurra al endeudamiento para la construcción de infraestructuras a través de las fórmulas tradicionalmente utilizadas. Se ha aludido asimismo a la posible fijación de un límite a las fórmulas CPP, a través de un porcentaje máximo de cada capítulo de gasto, así como de un límite determinado en función de la inversión de los últimos ejercicios que no podría ser rebasado en cada ejercicio (LÓPEZ DÍAZ, ANTONIO: *ob. cit.*, págs. 168 y 183).

¹⁹³ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA: «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley española 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público (LCSP)», *cit.*, pág. 87, se refiere con pleno

en el caso de que tal desplazamiento a generaciones futuras fuera llevado a cabo en un grado excesivo.

La equidad, por lo demás, no solo presenta esta perspectiva temporal, sino otras vertientes, como puede ser, en el ámbito puramente nacional, la territorial. En efecto, la heterogénea distribución territorial de infraestructuras financiadas de modos diversos podría dar lugar a un problema de equidad. Este sería, por ejemplo, el caso de la concentración de las autopistas de peaje en determinadas zonas de un determinado país, mientras que en otras zonas predominan las autopistas libres. Sin embargo, esta aparente quiebra de la equidad puede verse contrapesada por la disponibilidad más temprana o por la mejor calidad de la red de carreteras de alta capacidad en aquellas regiones en las que predominan las autopistas de peaje.

Pero la equidad puede, incluso, presentar un alcance transfronterizo, en especial en un marco de libertad de circulación de personas y de mercancías, como sucede en la Unión Europea. Lo explicaré con un ejemplo. España es, con diferencia, el país europeo con mayor número de kilómetros de vías de alta capacidad¹⁹⁴. Dentro de esta red existen —claro está— autopistas de peaje. Sin embargo, si se considera el conjunto del país, predominan de modo muy acentuado las denominadas «autovías», es decir, como ya se ha explicado, carreteras con calzadas de dos o más carriles, separadas para ambos sentidos de circulación, de libre utilización¹⁹⁵, cuyas características, en lo que respecta a las últimas generaciones de estas vías, son similares e, incluso superiores a las de las autopistas¹⁹⁶. Por el contrario, en los países circunvecinos el predominio es el de las autopistas de peaje, tanto en Francia, como también en Portugal

acuerdo al «principio de equidad intergeneracional», como también aluden a la «equidad intergeneracional» DORREGO DE CARLOS, ALBERTO, y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, FRANCISCO: «La colaboración público-privada», en DORREGO DE CARLOS, ALBERTO, y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, FRANCISCO (dirs.), y VILLARINO MARZO, JORGE (coord.): *ob. cit.*, pág. 54.

¹⁹⁴ Autopistas de peaje, autopistas libres, autovías y carreteras multicarril. A 31 de diciembre de 2016, esta red abarcaba un total de 17.109 kilómetros.

¹⁹⁵ A 31 de diciembre de 2016, solo el 20%, aproximadamente, de las carreteras españolas de alta capacidad eran autopistas de peaje.

¹⁹⁶ Otra es la situación de las autovías de primera generación, construidas en los años ochenta del siglo XX, ya que para su construcción se aprovechó la carretera convencional preexistente, lo que exigió llevar a cabo un programa para su rediseño, modernización y mantenimiento mediante contratos acomodados al método del «peaje en sombra».

desde la conversión de las autopistas *SCUT*¹⁹⁷ en autopistas de peaje electrónico, acaecida en el año 2010. Como consecuencia de ello, por las autovías españolas están circulando personas y mercancías que no han contribuido, mediante el correspondiente peaje o por vía impositiva, a su construcción y mantenimiento, mientras que para personas y mercancías españolas el cruce de las fronteras significa el inmediato pago por la utilización de la autopista en cuestión. La pregunta que surge inmediatamente es por qué los gobiernos españoles no han generalizado el sistema de peaje. La respuesta no es fácil, pero posiblemente existen dos cuestiones a considerar, una económica y otra política: en primer lugar, la importancia económica del turismo en España; y, en segundo lugar el hecho de que en algunas regiones españolas no existe lo que podría denominarse una «cultura del peaje»¹⁹⁸, de modo que su instauración podría tener un coste electoral. Así las cosas, parece que la única solución lógica sería la implantación del sistema de viñeta o de euroviñeta. Lo cierto es que en España, donde se planteó hace

¹⁹⁷ *SCUT* significa «*Sem custo para o utilizador*». Como explican MACHO PÉREZ, ANA BELÉN; y MARCO PEÑAS, ESTER: «El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda públicos: Análisis de los criterios de Eurostat», en *Revista de Administración Pública* n.º 194, 2014, pág. 466, nota 100, Eurostat consideró, en principio, las autopistas *SCUT* como una CPP, en la que el ente privado se hacía cargo de la construcción, mantenimiento y explotación de la infraestructura, recibiendo en contrapartida pagos de la Administración por el sistema de peaje en sombra, de modo que si el tráfico disminuía también lo hacía la retribución del ente privado. Así pues, este asumía en mayor medida el riesgo de demanda. Al soportar el ente privado los riesgos de construcción y de demanda, se atribuyó la propiedad económica al ente privado y no se consideró inversión pública. Al convertirse más tarde las autopistas *SCUT* en autopistas de peaje electrónico, estas infraestructuras, antes calificadas como CPP, cambiaron, según el criterio de Eurostat, su consideración a concesión.

¹⁹⁸ VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA: «Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos», en GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA (dir.), y BERNAL BLAY, MIGUEL ÁNGEL (coord.): *Observatorio de los contratos públicos 2011*. Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pág. 455, nota 358, se refiere a este aspecto cultural, cuando afirma que «en no pocos casos, la forma en que se conciben muchas de las fórmulas de contratos basados en la CPP...están favoreciendo un cambio en la percepción social del coste de los servicios e infraestructuras que influye en el abandono de la cultura del «gratis total» y en el arraigo del principio de repercusión del coste de los servicios y obras sobre quienes más se benefician por ellas». Añade que «supone una apuesta por abogar por el principio de equidad intergeneracional, pues el servicio o infraestructura no se financia con cargo al presupuesto actual sino que en la medida en que se conoce que la infraestructura va a tener una vida útil mucho más larga, se posibilita que sea quien la use a lo largo del tiempo quien vaya a asumir el pago por el uso que efectúa»

unos años por una entidad privada¹⁹⁹ la posibilidad de implantar este sistema, solo ha tenido hasta el momento una aplicación territorialmente muy limitada.

Este enfoque transnacional sugiere, además, otras cuestiones referentes al control externo, pues cabría preguntarse si las EFS de unos países integrados en el marco de la construcción progresiva de una unión económica y política deberían, al considerar en el ejercicio de su función de control la protección del interés general, tomar como referencia únicamente el interés nacional o extenderlo también al interés de la comunidad supranacional a la que los países en cuestión pertenecen. Un ejemplo de esta disyuntiva, puede ser el de la Unión Europea y, en concreto, dentro de ella, el de la Red Transeuropea de Transporte, cuya implementación ha sido vinculada estrechamente en los documentos comunitarios a la utilización de las CPP. En efecto, las EFS nacionales controlan, en el ejercicio de sus competencias fiscalizadoras, los tramos nacionales pertenecientes a la referida red, pero, en definitiva, tales tramos no dejan de quedar integrados en una red transnacional, con lo que el ejercicio de la actividad de control puede plantear algún dilema si hipotéticamente llega a producirse una contradicción entre el interés puramente nacional y el comunitario, lo que podría aconsejar la adopción de criterios para cohesionar ambos. No puede olvidarse al respecto que los operadores internos están también obligados a aplicar el Derecho comunitario.

8.5. El control de la calidad

El control de los mecanismos de calidad ofrece también interesantes perspectivas, no solo porque esta determina las prestaciones a satisfacer y por la relación que existe entre el cumplimiento de los niveles de calidad y las retribuciones del contratista²⁰⁰, sino principalmente porque en algunos ámbitos, como es el sanitario, la calidad de las prestaciones dispensadas puede tener una repercusión directa en un bien tan esencial como es la salud.

¹⁹⁹ En concreto por el Centro Español de Excelencia y Conocimiento de la Colaboración Público-Privada (CECOPP).

²⁰⁰ Ver BRUNETE DE LA LLAVE, MARÍA TERESA: «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (y II). Selección del socio privado y condiciones del contrato», en *Contratación Administrativa Práctica* n.º 97, 2010, págs. 52-54, y GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V.: *Colaboración público-privada e infraestructuras de transportes. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, cit., pág. 71.

En relación con ello, cabe señalar, en primer lugar, que la forma de retribución al concesionario puede tener una influencia en la calidad de las prestaciones dispensadas. En tal sentido, la retribución por acto médico puede inducir a incrementar la prestación innecesaria de servicios sanitarios, por lo que sería necesario evaluar posibles alternativas, tales como los pagos por estancias hospitalarias, por el tipo de enfermedad o por procesos asistenciales. Por su parte, la retribución fundamentada en la capitación puede incentivar prácticas tales como la opción por tratamientos de menor coste y la derivación de pacientes²⁰¹. Así las cosas, resulta preciso llevar a cabo el control de este aspecto, para comprobar que no se producen desviaciones significativas y prácticas indeseadas, todo ello desde la perspectiva de la garantía de una asistencia sanitaria acomodada a la *lex artis ad hoc* y a los conocimientos científicos existentes en un momento dado.

Pero, además, los hospitales gestionados por vía concesional forman parte de un sistema de salud integrado por equipamientos cuya gestión se lleva a cabo a través de diversas formas, entre ellas directamente por la Administración sanitaria. Pues bien, esta circunstancia no puede ser soslayada a la hora de ejercer el control, por cuanto puede producir efectos indeseados en la prestación de la asistencia. En efecto, estudios llevados a cabo sobre modelos concesionales en los que el concesionario asume la prestación de la asistencia sanitaria de carácter hospitalario e, incluso, la asistencia integral²⁰² en una determinada área de salud, sugieren la necesidad de incluir en los contratos cláusulas que impidan la selección de riesgos a través de la derivación de los usuarios que precisan tratamientos más costosos a los hospitales de gestión pública directa²⁰³.

En cualquier caso, en el ámbito sanitario y, especialmente, en el hospitalario, la evaluación a través de indicadores está significativamente desarrollada, de modo que estos pueden ser un instrumento útil a la hora de llevar a cabo la actividad controladora de la calidad de los servicios prestados²⁰⁴, si bien es cierto que, dentro de

²⁰¹ Ver sobre ello, VILLAR ROJAS, FRANCISCO JOSÉ: *ob. cit.*, págs. 19-21.

²⁰² Atención primaria, ambulatoria y hospitalaria.

²⁰³ LÓPEZ CASANOVAS, GUILLEM, y LLANO SEÑORÍS, JUAN ERNESTO (edits.): *Colaboración público-privada en sanidad: el modelo Alzira*. Madrid, Fundación Gaspar Casal, 2017, pág. 25. También, VILLAR ROJAS, FRANCISCO JOSÉ: *ob. cit.*, págs. 19-20.

²⁰⁴ En contraste con esta opinión, algún autor ha puesto de relieve que «estas muy lejos de haber conseguido una estandarización de los niveles de calidad exigibles a la prestación de los servicios públicos», lo que dificultaría la valoración

este marco general, pueden existir elementos más problemáticos, como es el de la adaptación de la atención prestada a los cambios tecnológicos.

9. TRES CONSIDERACIONES A MODO DE EPILOGO

A guisa de epílogo, finalizaré realizando tres consideraciones, de las que la primera de ellas atañe al desaparecido contrato español de CPP. Este contrato, como se ha señalado, fue establecido en 2007, para ser muy escasamente utilizado y desaparecer diez años después, pese a lo cual, a despecho de su parva utilidad práctica, ha sido objeto de una intensa atención doctrinal disonante con tan enteco uso, lo que no deja de ser una llamativa paradoja.

La segunda consideración concierne a la práctica del control externo sobre las diversas formas contractuales de CPP, en la que me parece que debería prestarse una especial atención a las fases de planificación y de evaluación, aun cuando para algunas EFS, como es la de España, ello puede verse dificultado por la circunstancia de que su actividad fiscalizadora sea *a posteriori*.

La tercera y última consideración concierne a la influencia de la Unión Europea en la legislación contractual de los países miembros, singularmente en los de estirpe latina. En tal sentido, debe repararse en que el esfuerzo de integración que significa la construcción de una unión económica y, a la postre, política, se traduce en la necesidad de cohonestar dos tradiciones jurídicas: la anglosajona y la continental²⁰⁵. Así las cosas, la adopción de esquemas de corte anglosajón, primero por la jurisprudencia comunitaria y, después, por las normas de Derecho derivado, acaba por introdu-

del riesgo de disponibilidad, como también resulta problemática la traslación del riesgo de demanda al colaborador privado dada la larga duración de las fórmulas contractuales de CPP. Ante la dificultad de que haya una auténtica asunción de estos riesgos por el colaborador privado, este autor concluye expresando que «así emerge con claridad que la contabilización del activo como no público deviene una pura ficción contable» (ver MÍGUEZ MACHO, LUIS: «Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público», en FERNÁNDEZ ACEVEDO, RAFAEL, y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA (dirs.): *La contratación pública a debate: presente y futuro*. Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2014, págs. 193-195).

²⁰⁵ Así lo viene a expresar también COSCULLUELA MONTANER, LUIS, en el Prólogo a HERNANDO RYDINGS, MARÍA: *ob. cit.*, que además distingue, dentro de los ordenamientos jurídicos de carácter continental, los que se inspiran en el régimen administrativo de Francia y los que lo hacen en régimen de Alemania, que no contempla la figura del contrato administrativo (pág. 25).

cir en los países de tradición jurídica de corte continental elementos ajenos a aquella²⁰⁶ y que afectan en ocasiones a aspectos fundamentales, como es el servicio público. Lo sucedido, como se ha glosado, en España, en la última modificación de la legislación contractual, con la sustitución del criterio de la naturaleza de la prestación por el de la asunción del riesgo, así como la puesta en primer plano de la relación contractual por encima de la relación entre el prestador del servicio y el usuario, puede ser un ejemplo de ello. No niego que, en esa suerte de compromiso entre dos tradiciones jurídicas distintas, también el derecho de corte anglosajón haya experimentado transformaciones procedentes de la tradición jurídica continental, pero, a la postre, no son precisamente los países continentales quienes se aprestan a abandonar el barco, dejando en otros ordenamientos jurídicos daños colaterales de muy difícil, por no decir de imposible, reparación.

²⁰⁶ Así lo señala HERNANDO RYDINGS, MARÍA: *ibid.*, que enfatiza «la dificultad de trasplantar esquemas del sistema jurídico británico a ordenamientos jurídicos contruidos sobre mimbres diferentes, que cuentan ya con sus propias soluciones» (pág. 42), añadiendo que la Unión Europea asumió los planteamientos británicos y los difundió desde los años noventa (pág. 528).

