

La Participación Público-Privada en España tras la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007

Juan Miguel De la Cuétara Martínez*

En el presente trabajo, el autor realiza una exhaustiva crítica a la nueva Ley de Contratos del Sector Público española. Con este fin, inicia el artículo caracterizando doctrinariamente a la PPP, entendida ésta como un mecanismo de verdadera «participación» público-privada en la medida en que los intervinientes asumen los riesgos y provechos derivados de la empresa.

A pesar de la multiplicidad de operaciones que permite realizar esta institución, el legislador español a través de la nueva Ley de Contratos del Sector Público ha optado por limitar su ámbito de aplicación.

Es por ello que, habiendo expuesto las debilidades e imprecisiones de la norma, el autor termina señalando que ésta no solo determina la desnaturalización de la institución, sino que además la condena a la ineficiencia.

Vaya por delante que no hay ningún error en el título: este artículo trata preferentemente de la «participación» público-privada, tal como se entiende en el entorno internacional, y no de la «colaboración» público-privada, tal como la quiere entender la reciente ley española. Como veremos, para el legislador español la colaboración público-privada es un contrato típico (al que, no obstante, niega mínimas señas de tipicidad) y un remedio de última instancia para los casos de insuficiencia de los demás contratos típicos, de perfiles muy difusos. Pero no adelantemos acontecimientos y comencemos con una mínima presentación de eso que en todo el mundo se conoce como PPP.

Como es bien sabido, las siglas PPP, sintetizadas a veces como «P3», proceden del inglés «Public-Private Partnership», cuya traducción correcta a nuestro idioma sería «Asociación Público-Privada». Ello no obstante, los hispanohablantes utilizamos el vocablo «participación» para conservar la inicial 'P' en nuestra expresión equivalente (*participación público-privada*) del mismo modo que hacen los franceses con la palabra «*partenariat*» o los portugueses y brasileños con «*parceria*».

En su esencia, la PPP viene a ser un modo muy abierto de incorporar recursos y capacidades de los dos mundos, público y privado, que confluyen en un proyecto único, normalmente con pluralidad de partes difíciles de equilibrar, a través de algún tipo de figura contractual.

Afinando el enfoque, podemos observar:

Primero: Que los recursos que convergen son, fundamentalmente, por la parte pública, bienes y tareas de interés colectivo; y, por la parte privada, recursos financieros y capacidad de ingeniería constructiva, o de gestión y mantenimiento de instalaciones complejas (autopistas, puertos o aeropuertos en el sector transportes, hospitales o ciudades sanitarias en el sector salud, grandes instalaciones científicas en I + D + i, etcétera).

Segundo: Que el proyecto es único, aunque tenga muchas acciones interrelacionadas en su seno, normalmente con distintos protagonistas y responsabilidades diferenciadas; piénsese en el diseño y puesta en funcionamiento de un intercambiador de trans-

* Catedrático de Derecho Administrativo, actualmente en situación de excedencia, abogado Socio del Estudio Ariño y Asociados de Madrid y consultor en materia de regulación de servicios públicos y sectores estratégicos. En sus treinta y cinco años de actividad profesional ha realizado una amplia labor de docente de Derecho Administrativo general y económico en todos sus niveles, ha dirigido numerosas tesis doctorales y ha asumido importantes responsabilidades académicas y de gestión. Con numerosos libros y artículos publicados, es miembro activo de la Fundación de Estudios de Regulación, director de la REDETI (Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e infraestructuras en Red), autor de importantes proyectos de ley y asesor de grandes empresas de los sectores de telecomunicaciones, energía y servicios públicos.

portes, o de un nuevo complejo hospitalario, y se entenderá fácilmente.

Tercero: Que la puesta en común de los recursos involucrados en el proyecto, públicos y privados, depende de la generación de una voluntad única para su desarrollo por la pluralidad de partes en él implicada. Dicho de otro modo, depende del compromiso y la participación de todos sus protagonistas; de ahí la necesidad de algún tipo de contrato, que normalmente estará diseñado *«ad hoc»*. En esto, nuestra particular «asociación» no se diferencia de cualquier otra empresa común.

Cuarto: Que como eje de los pactos y acuerdos a establecer podemos determinar, de un lado, la financiación, ingeniería y construcción del proyecto, que constituye la aportación esencial de la parte privada, con énfasis en la financiación, y el compromiso de mantenimiento de las condiciones pactadas para su rentabilización y recuperación, que corresponde lógicamente a la parte pública, la cual también puede aportar bienes de dominio público y otras facilidades así como debe abonar los pagos correspondientes a las prestaciones o servicios que obtiene. La experiencia enseña que, a tal fin, es necesario un reparto de riesgos entre ambas partes bien equilibrado.

Quinto: Que el resultado final es que todos los intervinientes asumen riesgos y hacen aportaciones, debiendo actuar lealmente en la consecución del objetivo común. De este modo, se hacen «socios» (*partners*) en el proyecto de que se trate y comparten responsabilidades desde su fase de diseño hasta la del mantenimiento en condiciones de las instalaciones que se han creado con el contrato y mientras dure su asociación (*partnership*).

Siendo esto así, la PPP tiene dos caminos:

El primero consiste en la creación de una auténtica sociedad mercantil, creada para el desarrollo de la empresa común. Esto es lo que en Europa se conoce como PPP institucional y lleva a la creación de empresas mixtas, o de capital mixto, público y privado, que se alzan como alternativa a la clásica «empresa pública» 100 % estatal (o autonómica o local) y a la gestión indirecta, por concesión, de los servicios públicos. No hay aquí otra novedad que el rótulo utilizado de «participación público-privada». La empresa mixta ha sido una forma tradicional de gestión de servicios públicos, y la adición de la expresión «PPP» solo apunta a la existencia de un nuevo espíritu, abierto a la gestión de servicios de interés público, y de una mayor flexibilidad en los pactos a establecer entre los socios (flexibilidad que ya apuntaba en el tradicional principio de libertad de pactos en la contratación pública).

El segundo, es la contratación ordinaria, sin creación de una nueva personalidad jurídica. Mediante

un contrato se fijan los objetivos y las aportaciones de las partes, y se comienza la ejecución del proyecto a cuyo servicio se ha erigido la PPP. Dicho así, parece sencillo, pero tiene ciertas complicaciones, la primera de las cuales es la derivada de las diferentes culturas jurídicas que convergen en estos contratos. Ni que decirlo tiene, lo que hemos denominado «régimen ordinario de contratación», cuando hablamos de infraestructuras, bienes y servicios públicos, es distinto según el país en que nos encontremos y, dentro de un mismo país, se entiende de modo diferente por políticos, funcionarios o empresarios,

Matizar esta importante cuestión nos lleva a examinar los orígenes de la PPP. Presentado de forma un tanto brusca, podemos decir que el auge de la PPP contractual se produce en el mundo angloamericano alrededor de 1990 por la concurrencia de diversas circunstancias: el agotamiento del impulso de las privatizaciones -británicas- y la desregulación -norteamericana- emprendidas en los años ochenta; la notoriedad de la escasez de recursos presupuestarios públicos en los «Estados del Bienestar» de esta época; la creciente disponibilidad de ahorro privado necesitado de inversión de poco riesgo a largo plazo (fondos de pensiones); el agotamiento de las fórmulas de «socialismo real» comprobado tras la caída del Muro de Berlín y la disolución de la URSS; etcétera. Si se quisiera señalar algún hito, podrían ser:

1989: Fin del mandato de Ronald Reagan. Caída del muro de Berlín.

1991: Desintegración de la URSS.

1992: Private Finance Initiative (Gran Bretaña).

1993: Libro Verde Europeo sobre el Crecimiento, la Competitividad y el Empleo (Testamento político de Jacques Delors).

En aquellos momentos, en los países desarrollados que salieron victoriosos de la guerra fría, surgió la percepción de que la iniciativa privada podía hacer muchas más cosas que hacerse cargo de las empresas que se iban privatizando. Podía y debía aportar mucho a la formación de capital social productivo, que seguía siendo necesaria en esa etapa, cuando las finanzas públicas estaban siendo progresivamente absorbidas por necesidades sociales «improductivas» (sanidad, asistencia social y pensiones). La forma de conseguirla, en la mentalidad norteamericana, era sencilla: la iniciativa privada y los poderes públicos debían entablar negociaciones y hacer los tratos que fueran necesarios: En la Gran Bretaña *post-Thatcher* se pensó lo mismo, con el estilo algo más refinado del viejo mundo, dándole la forma de la «*private finance initiative*»; sobre estos fundamentos, la expansión conceptual de la idea de Participación Público-Privada no podía menos que producirse.

Se produjo en estos países porque en ellos el Derecho Común, el *Common Law*, facilita la realización de todo tipo de contratos, incluidos los encaminados a comprometer al Estado y a los particulares en una

«Al construir un contrato típico y cerrado el legislador cierra el paso a la «estructura relacional» de tipo abierto que según la mejor doctrina caracteriza a la PPP (...) Y al propio tiempo cierra el paso a la utilización de formulas PPP en el amplio campo de las actividades de interés público»

misma tarea. El problema es que en los países que hemos aceptado el Derecho Continental de corte francés, la forma ordinaria de sujetar al poder público en sus relaciones con la iniciativa privada es el contrato administrativo. Y el contrato administrativo, por su misma naturaleza, tiende a hacerse rígido, lo que es todo lo contrario del espíritu abierto de la PPP extraído del *Common Law*.

Para expresarlo con palabras llanas, el razonamiento anglo-norteamericano y de los países de su esfera de influencia sería más o menos así:

«Ya sabemos que poner bienes e intereses públicos en manos privadas puede ser peligroso; pero a través de un contrato en que todo quede claro, desde la expresión concreta de los términos empleados -tabla de definiciones- hasta el procedimiento de solución de conflictos, podemos conjurar este peligro y obtener, de paso, la tecnología y el capital privado que necesitamos para la construcción de infraestructuras públicas. Como todos los contratos estos se harán a la medida de cada proyecto y, por supuesto, se someterán a las reglas generales del Derecho Común».

Por contra, en los países latinos, de la esfera de influencia del Derecho francés, razonamos de otro modo:

«Es cierto que necesitamos incorporar recursos e iniciativa privada a las tareas públicas, pero no es menos cierto que es peligroso poner los intereses públicos en manos privadas. Para conseguir las dos cosas, nada mejor que estructurar legalmente la contratación pública como algo especial, dándole un estatuto en que la Administración conserve sus prerrogativas y el contratista se vea a si mismo como colaborador de la Administración. Y,

para evitar que los funcionarios que manejan esta contratación puedan corromperse, tipifiquemos cada contrato y démosle una regulación detallada de la que no se puedan salir. Los contratos de participación público-privada tendrán que acomodarse a este modelo».

Y en esas estamos. A pesar de la experiencia producida en todo el mundo, en los últimos 18 o 20 años, con las PPP de formato abierto, la Ley del Sector Público española de 2007, sigue pensando en «tipificar» este tipo de contratos, que por supuesto rotula con la expresión «colaboración», no «asociación», y en darle esa regulación detallada que estima deseable. El verdadero problema es que no ha podido hacer una regulación razonablemente precisa del tipo de contrato que persigue, probablemente por que la PPP prístina es más un referente general que una relación jurídica tipificable; esto, a mi juicio, daña irremisiblemente la construcción del legislador español. Sencillamente, yerra en sus objetivos.

En realidad ¿Para qué se usan las PPP's en el mundo? Pues, básicamente, para dos grandes tipos de operaciones.

Uno de ellos es el de las grandes infraestructuras complejas que requieren importantísimas inversiones a largo plazo, de las que hay muchos ejemplos en los sistemas de transporte contemporáneos (de hecho estas infraestructuras acumulan más de la mitad de las PPP's mundiales). El túnel bajo el Canal de la Mancha, o muchas nuevas infraestructuras portuarias son buenos ejemplos, aunque pueden citarse muchos otros (nuevos ejes de transporte urbano, superficiales o subterráneos, reconversión de antiguas zonas industriales etcétera).

El otro es el de operaciones cuya complejidad deriva del número de intereses afectados y es más legal que inversora, aun necesitando también una inversión importante. Si antes hablábamos de reconversión de zonas industriales, ahora debemos pensar en rehabilitación de centros urbanos degradados, o en hacer llegar servicios modernos (agua, energía eléctrica, comunicaciones) a núcleos rurales que carecen de ellos. En estas operaciones suelen hacer actos de presencia organizaciones representativas de intereses de ciudadanos o usuarios y todo tipo de ONG's, pudiendo decirse que se trata de contratos «multiparte», centrados en torno a un consorcio o convenio de carácter «público-privado» en el mejor sentido del término, del que arranca la operación.

Pues bien, el contrato de «colaboración público-privada» que acaba de tipificarse en España deja fuera de su ámbito de aplicación, al menos, todo el segundo tipo de PPP's. Probablemente ello se derive de una cierta tendencia del legislador español a calificar como «convenio» lo que no ve claro como contrato de dos partes interrelacionadas, y, ciertamente, los «convenios urbanísticos» se vienen utili-

zando en España como base de muchas operaciones de reordenación urbana y territorial. Así y todo, parece claro que, por ejemplo, la dotación de telecomunicaciones avanzadas a determinados núcleos habitacionales, con inversión por parte del operador y compromiso municipal y regional de aportación de otras infraestructuras necesarias (energía eléctrica, o mejores conexiones viales), a lo que se añade una intensa acción de las agrupaciones vecinales para la alfabetización digital de la población rural, es un caso claro de PPP y no de simple «convenio» sin obligaciones económicas recíprocas.

Pero hay más. Al construir un contrato típico y cerrado el legislador cierra el paso a la «estructura relacional» de tipo abierto que según la mejor doctrina caracteriza a la PPP, como puede comprobarse por ejemplo en el excelente trabajo de ADOLFO FUERTES «Fundamentos de la colaboración «público-privada para dotación de infraestructuras y servicios» publicado en la REDETI N° 29, de 2007. Y al propio tiempo cierra el paso a la utilización de formulas PPP en el amplio campo de las actividades de interés público y, especialmente, en los sectores recientemente liberalizados donde podrían canalizar lo que se ha dado en llamar «*regulación por contrato*». Al no existir aquí ninguna «prestación a la Administración» ni precio que abonar por ésta, el tipo español no sería aplicable, por ejemplo, a un acuerdo de cooperación público-privada para la inversión en generación o distribución eléctrica, en el que el poder público se comprometiera a un determinado modo de fijación y revisión de las tarifas y/o aceptase una respuesta preestablecida ante alteraciones en el suministro internacional de las materias primas energéticas con el fin de disminuir el riesgo de los inversores (sobre esto puede verse el estudio de BAKOVIC y otros para el Banco Mundial «*Regulation by Contract: a New Way to Privatize Electricity Distribution?*» de 2003, disponible en Internet).

Veamos ya que ha dicho el legislador sobre estos contratos. Su concepto se desarrolla en el artículo 11° de la Ley cuyo contenido es el siguiente:

Artículo 11°. Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

1. Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquéllos en que una Administración Pública 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.

2. Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118°, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas.
3. El contratista colaborador de la Administración puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos.
4. La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento.

En este precepto se mezclan diversos requerimientos procedentes de la contratación administrativa tradicional con referencias tomadas de las PPP's internacionales. Los primeros adoptan la forma de:

- *Contrato «típificado» expresamente en la ley.*
- Tiene contenido bilateral sinalagmático (nada hace pensar en fórmulas «multiparte»).
- Su campo de aplicación es limitado, en defecto de otros contratos típicos preferentes.
- Tiene que existir necesariamente un plazo y un precio.

Las segundas son:

- *Se trata de una actuación «global e integrada».*
- Si se contrata el mantenimiento, debe ser «integral».

- Si es fabricación, requiere tecnología y soluciones avanzadas, aportadas por la parte privada.
- El contratista puede diseñar los proyectos y contratar los servicios adecuados.

Lo que es obvio es que la «colaboración» regulada en este contrato tipo es distinta de la «participación» de la que veníamos hablando hasta ahora. Veamos algunas notas adicionales de la creación de nuestro legislador:

- **Está sujeto a regulación armonizada (Artículo 13º).** Por tanto, para el legislador, la CPP es un contrato de entidad económica importante, diferente, por ejemplo, de la «ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares» contemplada en el artículo 244º.
- **Es de carácter administrativo cuando lo suscribe una Administración Pública (Artículo 19º).** Aunque puede darse el caso de que lo suscriba una entidad del sector público no administrativo, la regla general debe ser que participe una Administración, lo que otorga a ésta la prerrogativa de interpretación unilateral, la resolución de dudas y la potestad de modificación - también unilaterales - entre otras prerrogativas expresadas en los artículos 194º y 195º.
- **Debe evaluarse su necesidad real dentro de las tareas preparatorias (Artículo 118º).** Esto es coherente con su naturaleza subsidiaria de otros contratos y requiere acreditar que la Administración no puede definir previamente los medios técnicos o los mecanismos jurídicos y financieros que requiere su desarrollo, después de haber analizado las demás alternativas de contratación posibles. En este punto, la Ley llama a la intervención de expertos que, en principio, no tendrían que pertenecer a la Administración contratante, aunque no es obligatorio que sean especialistas externos. Lo normal será que actúe la mesa especial del diálogo competitivo prevista en el artículo 296º.
- **Requiere un programa funcional con la siguiente regulación (artículo 119º):**

Artículo 119º. Programa funcional.

El órgano de contratación, a la vista de los resultados de la evaluación a que se refiere el artículo anterior, elaborará un programa funcional que contendrá los elementos básicos que informarán el diálogo con los contratistas y que se incluirá en el documento descriptivo del contrato. Particularmente, se identificará en el programa funcional la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que deben

incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas al diálogo competitivo, y los criterios de adjudicación del contrato.

El programa aquí regulado está encaminado esencialmente a sustentar en diálogo competitivo referido a continuación.

- **Se adjudica mediante diálogo competitivo como norma general (artículo 164.3º).** Esto es coherente con la complejidad que caracteriza a estos contratos, y remite directamente a los artículos 163º y siguientes de la nueva Ley. En ellos el legislador español da forma al sistema establecido con este mismo nombre por la Comisión europea (no se olvide que es un contrato «armonizado»), que la propia Comisión resume así:

Los poderes adjudicadores publicarán un anuncio de licitación que incluya los criterios de adjudicación. El plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación será de treinta y siete días. A continuación, los poderes adjudicadores invitarán a los candidatos seleccionados (tres como mínimo), al mismo tiempo y por escrito, a dialogar. Se iniciará el diálogo, que podrá desarrollarse en varias fases, y continuará hasta la definición de las soluciones (técnicas o financiero-jurídicas). Los poderes adjudicadores garantizarán la igualdad de trato y protegerán la información confidencial. Al término del diálogo, los candidatos presentarán su oferta definitiva, que podrán precisar sin modificar los elementos fundamentales del contrato. Los poderes adjudicadores adjudicarán el contrato en función de los criterios de adjudicación fijados y sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa¹.

El legislador español poco añade al sistema así resumido, salvo una indicación de las lenguas a utilizar y una referencia a la confidencialidad de determinadas informaciones. Normalmente se utilizará para este diálogo la técnica del «Data Room», según la cual toda la información referente al proyecto sobre el que se está dialogando, del proyecto funcional con sus antecedentes en adelante, está reunida en una única habitación -virtual- con igual acceso para todos los intervinientes en el diálogo, aunque la Ley no lo exige.

- **Tiene un contenido mínimo legalmente establecido (Artículo 120º).** De él cabe destacar los tres primeros conceptos, que son:

a) *Identificación de la prestación principal.* De esta prestación va a depender el régimen jurídico básico del contrato (Artículo 289º). Ello abona la idea de que, para nuestro legislador, el contrato CPP es un contrato típico (una concesión de obras públicas, por ejemplo) cuya realización se ha visto

1 Presentación de la Directiva N° 2004/18/CE en la Página Web <http://europa.eu>

«La auténtica PPP implica un llamamiento a la cooperación leal de la iniciativa privada con los intereses públicos bajo la forma de contrato»

frustrada por alguna razón, normalmente relacionada con la financiación, que se supera transfiriéndolo a este nuevo régimen.

b) *Reparto de riesgos.* Al hablar de la atribución de riesgos el legislador se acerca tímidamente a la esencia de la PPP internacional. Menciona tres tipos de riesgos específicos: 1) la variación de costes; 2) el riesgo de disponibilidad; y 3) el de demanda, de los que dice que hay que desglosar y precisar su imputación. No menciona el riesgo financiero que se supone asume la parte privada, aunque ello queda pendiente de la nueva ley que reculara las modalidades de captación de recursos financieros en los mercados por estos contratistas prevista en la disposición final décima. Es importante retener que la ley otorga a estos contratos amplios márgenes de libertad en el reparto de riesgos, hasta el punto de que los excepciona expresamente del principio de riesgo y ventura (Artículo 199º).

c) *Fijación de objetivos de rendimiento.* Se menciona expresamente la calidad de las obras o prestaciones y las condiciones en que son puestas a disposición de la Administración. Estos objetivos son importantes puesto que pueden ser controlados por la Administración contratante (Artículo 120º) y de ellos pueden depender los pagos al contratista (Artículo 11.4º). Al concentrarse en la calidad y disponibilidad el legislador muestra su preocupación de que el contratista proporcione un adecuado mantenimiento de las instalaciones que usa la Administración en este régimen, que de nuevo, aparece como una concesión de obra pública evolucionada.

- ***Tiene un plazo máximo de 20 años, superable cuando la prestación principal sea una concesión de obra pública (Artículo 290º).*** Esta idea de la «prestación principal» es recurrente, por supuesto, hace perder sustantividad propia al contrato de CPP como contrato administrativo típico.

Si hubiéramos de hacer un balance conjunto de cuanto hemos visto, diríamos que, cuando el legislador mira a la «prestación principal» del contrato CPP, sabe lo que quiere y legisla en consecuencia, mientras que cuando atiende al tipo de operación de que se trata,

apenas sabe otra cosa que es compleja y que ha de ser abordada con perspectiva integral, a cuyo efecto el diálogo competitivo se encargará de aportar las soluciones necesarias.

Presentado lo anterior de otro modo, diríamos que lo que pretende el legislador es conseguir infraestructuras e instalaciones de diversos órdenes: de transporte, hospitalarias, educativas, etcétera, que la iniciativa privada se encargará de financiar -esto es muy importante- y poner a disposición de la Administración con un adecuado mantenimiento durante toda la vida del contrato, a un precio previamente pactado, con entregas parciales sucesivas (anuales, semestrales, trimestrales, etcétera).

Tal es la CPP que preocupa al legislador español o, mejor dicho, a los técnicos que elaboraron el proyecto finalmente convertido en Ley. Como quedó bien sentado al principio, no es la PPP contemplada por los organismos y analistas internacionales que se dedican a estas cuestiones. Procedamos a valorarla.

Con todos los respetos a la cualificación técnica de sus redactores, la valoración que merece su producto es negativa. Por las siguientes razones: disuelve el auténtico espíritu de la asociación público-privada, causa inseguridad jurídica innecesariamente, y no aporta lo que un simple mejoramiento de las reglas aplicables a la «prestación principal» traería consigo. Veámoslas separadamente.

A) Disuelve el auténtico espíritu de la asociación público-privada.

Antes de que se me diga que estas cosas del «espíritu» son muy etéreas, me gustaría recordar que la construcción de infraestructura social y equipamientos públicos nada tiene de etérea y que las normas que la regulan en cada país pueden ser tanto incentivadoras como disuasorias de la inversión internacional, lo que es muy concreto. Pues bien, es casi seguro que los analistas y directivos de los grandes fondos de inversión internacionales no se sientan cómodos en el papel que se les ofrece en España de simples «colaboradores» de la Administración, sobre todo si en otros lugares (EE.UU. Gran Bretaña, Canadá, Australia, entre otros) son aceptados como auténticos socios y tratados como tales.

En los años sesenta y setenta estuvo muy de moda en España la idea de que la contratación administrativa se basaba en el binomio «Administración-poder y contratista-colaborador». Se desarrolló activamente por entonces la idea del equilibrio económico del contrato o, si se prefiere, del equilibrio financiero de las concesiones, que la reforzaba. La Administración, se pensaba, no puede dejar de su mano los intereses públicos, ni siquiera cuando contrata con empresarios particulares. Si lo que contrata es un servicio público debe poder modificarlo «como lo haría si gestionase directamente el servicio», en las expresi-

vas palabras del artículo 127.1.1º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; y si es una obra pública también debe poder modificarla libremente, al menos dentro del quinto de variación (20 %) admitido por la ley; en ambos casos, por supuesto, respetando el equilibrio económico inicial, con las compensaciones que procedan. Por eso se decía que el contratista asumía el papel de colaborador: Porque obedecía a la Administración y atendía a sus indicaciones, siendo su único interés la recuperación de los costos producidos, la amortización de las inversiones y la obtención del normal beneficio industrial derivada de su actividad de «contratista».

Treinta años después todo ello sigue siendo válido para los contratos administrativos «clásicos». El problema es que la PPP, tanto por sus orígenes como por su finalidad, está lejos de este tipo de contratos, y que, al tratar de encorsetarla, lo que obtenemos es otra cosa. La auténtica PPP implica un llamamiento a la cooperación leal de la iniciativa privada con los intereses públicos bajo la forma de contrato (o de empresa mixta, extremo no tratado aquí). Es una búsqueda de socios activos, no de colaboradores pasivos. Es un nuevo equilibrio de poderes, dentro del cual la Administración es menos «poder» y más «partícipe» en proyectos comunes. Por eso en la PPP los proyectos se diseñan conjuntamente: no por incapacidad de la Administración, como erróneamente parece inferir el legislador español, sino porque así deben hacerse las cosas ¡Claro que los ingenieros de la Administración pueden diseñar por sí solos infraestructuras o instalaciones muy complejas!; lo que ocurre es que es muy probable que se equivoquen o, lo que sería igual de malo, que no consigan allegar el consenso social que requiere su óptima puesta en marcha.

Uno de los problemas de la CPP como contrato administrativo tipificado por nuestro legislador es que expulsa de nuestro entorno conceptual la auténtica PPP, del mismo modo que según la conocida ley de Gresham la moneda mala expulsa del mercado la buena. Dicho de otra forma la mera regulación de la CPP va a esterilizar la cultura jurídico-administrativa española en cuanto se refiere a las PPP's. No es un problema de efectos inmediatos, pero es un problema importante, y como tal debe ser denunciado.

B) Crea inseguridad jurídica.

Al configurar el contrato de CPP como una «salida» para contratos de obras, concesiones o contratos de mantenimiento con dificultades, no vamos a obtener ni buenos contratos de obras o de mantenimiento ni buenos contratos de CPP: los unos impedirán el adecuado desarrollo de los otros. En nuestra cultura jurídica la tipificación del contrato tiene o pretende tener el mismo efecto que la generación de modelos de contratos-tipo tiene en otras: Facilitar su aceptación y manejo por los operadores, poner de manifiesto los equilibrios que comporta cada contrato y disminuir

la conflictividad. Siendo obligatorio el uso del contrato legislativamente tipificado, las cosas deberían resultar más fáciles; pues bien, en el caso que nos ocupa no lo son en absoluto.

Dejemos a un lado el problema de la normativa todavía pendiente de aprobación, clave para el contrato de CPP, de acceso a los recursos financieros existentes en los mercados, indicada en la disposición final décima de la ley. Contemplemos el Contrato CPP como parece hacer el legislador como una concesión de obra pública evolucionada. Y preguntémoslo siguiente: ¿Qué ocurre con el estudio de viabilidad y el anteproyecto necesario en toda concesión?; ¿Tiene realmente el programa funcional del artículo 119º capacidad de sustituirlos?; si no hay pliego ¿Hasta que punto deben los licitadores invertir en la realización de sus proyectos como parte del diálogo competitivo?; y así tantas y tantas cuestiones de mayor o menor relevancia determinan un entorno de inseguridad.

Pero vayamos al fondo preguntándonos ¿Cómo va a realizarse el reparto de riesgos?; y ¿Qué garantías van a establecerse para la inversión? Estos son interrogantes que realmente preocupan a los inversores y empresas invitados a participar en una PPP. Y la única respuesta dada por el legislador es que se atenderá a la naturaleza y complejidad de la operación. Eso estaría muy bien en un entorno de contratación abierta, en que cada contrato es su propia ley (por cierto, tal fue la solución de nuestras concesiones de ferrocarriles del siglo XIX); pero en un entorno de contratos administrativos «típicos» resulta desconcertante; ¿Qué tipicidad es esa? Y si no hay tipicidad en un sistema que la pregona, ¿Dónde está la seguridad?

C) No aporta nada que una buena regulación de los otros contratos no pueda conseguir.

Si el legislador está contemplando el contrato de CPP como una «concesión evolucionada» lo lógico hubiera sido hacer evolucionar en lo necesario la concesión, y no acudir a la especie de «último recurso» para concesiones abortadas que estamos comentando. El problema es que la regulación española actual de la concesión de obras públicas es muy reciente y ya está muy «evolucionada»; aunque es bien cierto que la aprobó un Gobierno distinto del que redactó la nueva Ley de Contratos del Sector Público, lo que hace en cierto modo comprensible -aunque no aceptable- que se pretenda hacerlo de nuevo.

Al leer la disposición derogatoria de esta ley sorprende que la derogación del precedente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas queden excluidos sus artículos 253º a 260º. Estos son los que regulan la financiación privada de las concesiones, incluyendo temas tales como su titulación, la hipoteca de las concesiones o su apoyo en créditos participativos. Lógicamente, si va a

existir una nueva ley específica para el acceso a los recursos de los mercados financieros, puede entenderse que este tema no se toque y se mantenga en vigor la regulación preexistente; pero, lógicamente también, la tipificación de los nuevos contratos de colaboración público-privada requeriría alguna atención a estos aspectos. Y nada se hizo porque, la verdad, es que el legislador no sabía que hacer en este punto.

Las posibles combinaciones financieras de cualquier PPP son muchas. Al tratar de tipificarlas tropezamos con la necesidad de prefigurar unas u otras en la ley. Y no es fácil hacerlo. Un ejemplo aclarará las cosas. Es muy fácil regular la hipoteca de una concesión demanial, puesto que, a fin de cuentas, es un derecho real, siquiera administrativo, y como tal derecho real puede ser tratado. Es posible, aunque un tanto incómodo, aceptar la ficción de que una concesión de servicio público es también hipotecable, ya que tiene derechos exclusivos e ingresos previsibles que pueden actuar como garantía de la deuda. Resulta bastante más difícil hacer lo mismo con las concesiones de obra pública, en cuanto su valor depende en buena medida de su mejor o peor gestión, lo que relativiza su solidez como garantía; no obstante el legislador español de 2003, en su afán por atraer a los inversionistas, aceptó la hipoteca de las concesiones de obras públicas, restringiendo algunos derechos del acreedor hipotecario tiene. Y es todavía más difícil, si no imposible, regular la hipoteca de las PPP's, sobre todo si se pretende abarcar su amplia variedad de supuestos. Desde luego, dejarla pendiente de una norma futura no resuelve esta dificultad.

Para decirlo claramente, es muy dudoso que la configuración del contrato de CPP tal como se presenta en la Ley de Contratos del Sector público sea una verdadera «concesión evolucionada»; en realidad es una concesión de rasgos indefinidos, lo que es muy distinto, y de escasa ayuda para los eventuales licitadores de este tipo de contratos.

Es hora de poner el punto final. Tras el juicio crítico emitido debemos concluir que la Participación Público-Privada esta en España peor después de la Ley de Contratos del Sector Publico que antes de su promulgación. La regulación de la «colaboración público-privada» incorporada a este nuevo texto legislativo, que acaba de sintetizarse, dificulta, no impulsa, la evolución de las auténticas PPP's en España. Al fin y al cabo, antes de ella la libertad de pactos amparaba las posibles iniciativas de asociación público-privada que se separasen de las concesiones, y la regulación de éstas podía ir configurando buenos contratos de construcción y mantenimiento de infraestructuras que respondieran al espíritu de las auténticas asociaciones. Nada de eso es posible después de la ley, y habrá que ver como evoluciona su aplicación en la práctica, aunque es de temer que el contrato CPP actúe como cajón de sastre donde irán a caer operaciones especialmente «complejas» que resulten de especial interés para el Gobierno de turno y que, por lo mismo, requieran ser excepcionadas de una u otra norma de las que regulan su «prestación principal». Obviamente, el interés principal para excepcionar una u otra operación será político, lo que no ayudará mucho a la juridicidad de las decisiones. El tiempo lo dirá. 