

EL CONTROL EXTERNO EN LAS NUEVAS FORMAS DE COLABORACIÓN PUBLICO-PRIVADA

Juan Ramallo Massanet

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
de la Universidad Autónoma de Madrid
Miembro del Tribunal de Cuentas Europeo

EN CASO DE DISCREPANCIA, PREVALECE EL DISCURSO PRONUNCIADO.

Sumario. I.- Introducción. II.- Los condicionantes derivados de la política económica de la Unión Europea. A) Adecuación entre necesidad e instrumento. B) El pacto de estabilidad y crecimiento. C) La contradicción entre estabilidad y crecimiento. III.- Argumentos derivados de la concepción del Estado. A) Estado y sociedad: las tres "huidas". IV.- Los "ppp" ante la eficiencia y el déficit. B) Fungibilidad de los instrumentos de financiación pública. V.- La posición del ente público. A) La importancia de Eurostat. B) Mercado financiero. C) El deudor tiene obligación de pagar. VI.- Los principales requisitos del "ppp". A) La complejidad del concepto de "ppp" B) Los riesgos. C) Situación de la normativa. D) El problema del equilibrio económico. E) Las formas de remuneración. VII.- Los posibles elementos para un control externo en los contratos de colaboración

público-privada

I.- Introducción

Una de las manifestaciones de la reciente evolución producida en cuanto a la presencia del sector público en el sistema económico se refiere a las nuevas formas en que se prestan los servicios públicos y las nuevas vías a través de las que se financian. La progresiva privatización de los objetivos e instrumentos para conseguir lo que tradicionalmente eran considerados ámbitos monopolísticos de las administraciones públicas, ha encontrado un campo adecuado de crecimiento en lo que constituían formas tradicionales de contratación. No se trata sólo de la superación de la gestión o realización directa de obras y servicios por los propios entes públicos a través de sus medios personales y materiales, sino también de la superación de la siguiente fase histórica cual fue la contratación externa de la ejecución de esas obras o servicios mediante la inversión de fondos públicos obtenidos por vía tributaria o por la del endeudamiento¹.

Nos encontramos en la actualidad ante el fenómeno al que se le denomina con los términos de "colaboración", "participación" o "asociación" público-privada - siguiendo la terminología anglosajona de "public private partnerships" (PPP)- y que, en una primera aproximación, podemos considerar como "las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial,

¹ Téngase en cuenta que la primera Ley de Contratos del Estado en España es la de 8 de abril de 1965, en la que se regulan los contratos administrativos de obras y servicios públicos con carácter general y abstracto. García de Enterría, E. y Fernández TR.: "Curso de Derecho Administrativo I". Ed. Civitas. 6ª edic. Madrid, 1993, págs.654 y ss. Eso no quiere decir, ni mucho menos, que la contratación administrativa no existiese desde mucho antes, pero fragmentada y a determinados efectos, por ejemplo al someterlos al procedimiento contencioso-administrativo, al regular los procedimientos de selección del contratista. Parada, R.: "Derecho Administrativo I". Edit. Marcial Pons. Madrid, 2002, págs.254 y ss.

cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación y gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio"².

Este sistema, originario y de gran utilización en Gran Bretaña, ha tenido una amplia utilización en España que, según Eurostat, es probablemente el segundo país europeo en la utilización de este sistema, habiéndose concluido alrededor de cuarenta contratos de este tipo entre el gobierno central y empresas privadas³, sin que existan cifras concretas respecto de las Comunidades Autónomas y Corporaciones locales⁴.

En la implantación de estos contratos han influido, a mi entender, dos líneas de argumentos. Por un lado, los argumentos ligados a la política económica de la Unión Europea, en especial a los criterios de convergencia y al pacto de crecimiento y estabilidad; por otro lado, los argumentos más ideológicos vinculados a la función del Estado y a la relación de éste con la sociedad. A ellos voy a dedicar los dos apartados siguientes, para luego analizar las características de este tipo de contratos y terminar con la posible función de los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas a estos efectos.

II.- Los condicionantes derivados de la política económica de la Unión Europea.

A) Adecuación entre necesidad e instrumento.

² Comisión de las Comunidades Europeas: Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones". COM (2004) 327 final, de 30 de abril de 2004, parágrafo 1.

³ Eurostat: "EDP dialogue visit to Spain. Final findings". Luxembourg, june 2007, pág.9

⁴ En el Informe citado en la nota anterior se hace referencia a que las autoridades estadísticas nacionales españolas (INE, Banco de España e IGAE) reciben por lo menos una vez al año información sobre este tipo de contratos realizados por los gobiernos subcentrales. Que el mercado para este tipo de contratos es amplio lo demuestra el artículo de Francesc Joan: "El partenariat públic privat (ppp) no és

En cada una de las distintas fases por las que ha transcurrido la compleja evolución de la construcción europea, se han ido buscando los instrumentos y medidas adecuadas a la finalidad perseguida en cada una de dichas fases. Sirva como ejemplo de ello los tres siguientes.

1) Cuando en 1957 la CEE se configura como un mercado, el objetivo de un mercado único de producción y consumo obligó a utilizar dos instrumentos: la armonización de la imposición indirecta (Impuesto sobre el Valor Añadido e Impuestos Especiales) y el establecimiento de un arancel aduanero común a toda la Comunidad.

2) Cuando a principio de los años setenta se produce un considerable aumento de competencias y, en consecuencia, de volumen de gasto con el desarrollo de las políticas comunes, se produce la necesidad de acudir a nuevos instrumentos de financiación ya que las contribuciones estatales vigentes hasta el momento no eran ya suficientes. Así aparecen en 1971 el régimen de recursos propios (derechos de aduana e IVA, fundamentalmente), que a los pocos años ya demostraron su insuficiencia, lo cual dio lugar a una creciente inadecuación de los recursos a las necesidades y a un difícil equilibrio institucional entre el Consejo y el Parlamento a la hora de aprobar el presupuesto comunitario. En el llamado "Paquete Delors I" de 1987 ya se propuso la modificación del sistema de financiación comunitaria que en 1988 desembocó en la introducción del llamado "cuarto recurso", como "ingreso complementario resultante de la aplicación a una base, que representa la suma de los productos nacionales brutos a precios de mercado, de un tipo que hay que fijar en el marco del procedimiento presupuestario en función de los ingresos de las demás categorías de recursos propios", con la intención de ajustar mejor los recursos aportados por cada Estado miembro a su respectiva capacidad contributiva⁵.

privatiu dels grans municipis", en ACM, Associació Catalana de Municipis i Comarques, nº 275 (abril, 2007) pág.14.

⁵ Comisión Europea: "Las finanzas públicas de la Unión Europea". Oficina de Publicaciones. Luxemburgo, 2002, pág.38. Pérez de Vega, Leonor: "El recurso

3) El "cuarto recurso" ha ido evolucionando de tal manera que en la actualidad constituye el principal recurso comunitario con diferencia, hasta el punto de que la asimetría en la naturaleza de los recursos en favor de las transferencias y en perjuicio de los tributos pone de manifiesto la enorme distancia que existe entre el nivel de gasto de la Unión y su justificación en el consentimiento del ingreso por los ciudadanos⁶. De ahí que se esté buscando con una cierta necesidad y urgencia un "impuesto europeo" que produzca rendimientos suficientes y que esté asentado en el consentimiento de los ciudadanos sujetos al pago del mismo como justificación esencial del gasto comunitario.

B) El pacto de estabilidad y crecimiento.

El Tratado de la Unión Europea (TUE), acordado en Maastricht en diciembre de 1991, estableció dos importantes instrumentos para una primera fase de estabilidad.

Por un lado el mercado único para la libre circulación de bienes, personas y capitales y que se inició en 1992.

Por otro lado, el proyecto de unión monetaria con el que se querían superar definitivamente las tormentas monetarias que habían acompañado a la Comunidad desde el Informe Werner de 1971 y que conoció diferentes fases hasta el Informe Delors de 1989 (serpiente monetaria, ECU). Con esta segunda medida, la estabilidad cambiaria requirió la fijación irreversible de las paridades entre las monedas europeas, al mismo tiempo que la renuncia a la soberanía monetaria, asumida por el Banco Central Europeo dentro de la Unión Monetaria Europea (UME).

sobre el PNB en el marco de la financiación europea". Edit. Tirant lo Blanc. Valencia, 2003, pág.105

⁶ En el Presupuesto de 2007, el peso de los distintos recursos es el siguiente: 13'2% Aduanas; 15'4% IVA; 68'5% PNB, cuarto recurso; 2'7% otros.

Estas dos medidas tenían un claro carácter complementario ya que a un mercado único le iba a corresponder una moneda única con las ventajas que, tanto para el mercado interior como para el exterior -las exportaciones en un mercado globalizado-, supone esta complementariedad.

Para el acceso a la UME se establecieron los llamados criterios previos de convergencia que⁷ los Estados miembros debían de cumplir para dicho acceso y que abarcaban los siguientes cuatro puntos: estabilidad de precios, estabilidad del tipo de cambio, tipos de interés y, lo que es de mayor importancia a efectos de la presente exposición, las dos condiciones de las Finanzas Públicas: de un lado, el límite del déficit público que no podía superar el 3% del PIB y, de otro, el límite al endeudamiento público que no podía ser superior al 60% del PIB. En este sentido el art.104 TUE estableció que "los Estados miembros evitarán déficit excesivos", siendo regulado el procedimiento en caso de déficit público excesivo en el Protocolo nº 20⁸.

A mediados de los años noventa ya se vio que los acuerdos de Maastricht no estaban dando excesivos buenos resultados y que el pacto de estabilidad y crecimiento, en consecuencia, se veía puesto en cuestión. En efecto, el nivel medio de déficit de los países de la Unión Europea (UE) era del 5% y el del endeudamiento se situaba en un nivel medio del 75%. En esta situación se vio la necesidad de un nuevo Pacto de Estabilidad y Crecimiento cuya negociación

⁷ Banco de España: "La Unión Monetaria Europea". Madrid, 1997. pág.40

⁸ Los procedimientos para declarar el déficit excesivo no han sido ni mucho menos pacíficos. La Sentencia C-27/04, de 13 de julio de 2004, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas agudizó el debate en torno al pacto de estabilidad y crecimiento relativa a los procedimientos de déficit excesivo de Alemania y Francia. La Comisión, en noviembre de 2003, formuló recomendaciones al Consejo destinadas a hacer avanzar los procedimientos de déficit excesivo respecto de estos dos países. El Consejo no dio curso a estas recomendaciones y suspendió los procedimientos de déficit excesivo alegando que sus conclusiones son textos de carácter político. El Tribunal constata que el recurso de la Comisión contra la no adopción por el Consejo de los instrumentos recomendados por la Comisión es inadmisibile y que las conclusiones del Consejo del 25 de noviembre de 2003 respecto de Alemania y Francia quedan anuladas en cuanto a la suspensión del procedimiento de déficit excesivo.

comenzó en la cumbre de Dublín en 1996, tomándose el Acuerdo en Ámsterdam en 1997 con intención de que entrase en vigor en 1999⁹.

C) La contradicción entre estabilidad y crecimiento.

De los requisitos impuestos por la política económica europea y a los que acabamos de referirnos se desprende que puede plantearse alguna contradicción entre los dos objetivos que la UE se ha marcado, es decir, entre la estabilidad y el crecimiento de las economías nacionales y de la Unión.

Esta contradicción se manifiesta cuando ponemos en contacto las dos condiciones de convergencia que afectan a las Finanzas Públicas con otro punto: el signo de las reformas fiscales en la actual UE. En definitiva, nos encontramos ante los tres lados de un triángulo: 1º) la exigencia comunitaria de estabilidad, es decir, el control del endeudamiento y del déficit público; 2º) un sistema fiscal que se caracteriza por la reducción de tipos en la imposición directa y más en las rentas del capital (estrategia de la competencia a la baja) que en las rentas del trabajo personal dependiente, y aumento de la imposición indirecta y de los tributos denominados causales, es decir, de los que se pagan por la utilización de una actividad o servicio público (derivación del contribuyente al usuario) ; 3º) la exigencia comunitaria de crecimiento: constante aumento de la necesidad de inversión pública en servicios públicos esenciales, con especial incidencia en los transportes, y tanto para su establecimiento o construcción como para su funcionamiento y mantenimiento.

Es evidente que hacer compatibles los tres fenómenos que se acaban de indicar hace necesaria la búsqueda de algún sistema que, permitiendo el aumento de

⁹ Esta revisión del Pacto de Estabilidad y Crecimiento fue de nuevo sometida a control en 2005 tras la entrada en la UE de diez nuevos miembros. Después de ello, en 2006, la situación ha mejorado sensiblemente, sobre todo en la zona del euro. Por lo que respecta al déficit público, si en el año 2003 la media europea era del 3%, la reducción en 22 países ha permitido que en el año 2006 sea únicamente el 1'6% del PIB, siendo el país de déficit más elevado Hungría, con el 9'9%, y presentando España un superavit del 1'8%. Por lo que se refiere al endeudamiento, el conjunto de países, en 2006, alcanzaba una media del 61'7%, y en donde Italia alcanzaba el 106'8%.

bienes públicos, no se tenga que financiar ni con endeudamiento ni con impuestos. Esta es, a mi entender, la función de los contratos de "participación público-privada".

Una primera cuestión esencial es la de clarificar el concepto de déficit público y los elementos que deban computarse para su cálculo a efectos de la estabilidad. Clarificación que sólo puede hacerse desde el punto de vista comunitario y según las prescripciones de la UE. El déficit público viene definido por Eurostat en el Sistema de Cuentas Europeo (SEC) de 1995, adoptado en forma de Reglamento por el Consejo el 25 de junio de 1996, en términos de capacidad o necesidad de financiación, diciendo que "La capacidad (+) o necesidad (-) de financiación total de la economía es la suma de las capacidades o necesidades de financiación de los sectores institucionales y representa los recursos netos que la economía en su conjunto pone a disposición del resto del mundo (si es positiva) o que recibe del resto del mundo (si es negativa)"¹⁰.

Pero lo importante será la consideración que se de a las cantidades que desembolsa la Administración pública para saber si consolidan en el déficit público o si no computan a efectos del mismo. En definitiva, si las cantidades desembolsadas por las Administraciones son cantidades consideradas como transferencias de capital (e imputables al Capítulo VII del Presupuesto) o como operaciones financieras (e imputables al Capítulo VIII del Presupuesto: activos financieros)¹¹. En el primer caso las cantidades computan a efectos del déficit pues a cambio no se reciben activos rentables; en el segundo caso, la aportación pública tiene como finalidad recibir acciones y, luego, dividendos. Esto último es lo mismo que ocurre con un préstamo, aunque cosa distinta es que luego el ente público renuncie a su amortización. La importancia de la consolidación o no a efectos del déficit público (y su consideración o no como "excesivo" por los

¹⁰ Capítulo 8, Apartado 98. Este Reglamento ha tenido varias modificaciones posteriores en 1998, 2000, 2001,

¹¹ Barea, J.: "Una nota sobre déficit público y activos financieros", en Revista Española de Control Externo 24 (sept.2006) pág.165.

órganos comunitarios) es lo que puede conducir a que las Administraciones públicas intenten realizar una cierta "ingeniería financiera", consistente, en definitiva, en transformar las transferencias de capital en activos financieros y gastos corrientes.

Así, por ejemplo, la construcción de infraestructura pasa de ser objeto de un contrato de obra, con pagos parciales por certificaciones de obra o incluso con diferimiento de pago al final (conocido como sistema alemán "llave en mano"), a configurarse como una concesión de obra pública con abonos posteriores hechos por la Administración en función de la intensidad de su utilización por los ciudadanos. De igual manera nos encontramos, en el caso del arrendamiento operativo, que la Administración cede terrenos a la empresa privada a la que se encomienda la construcción de un edificio con finalidad específica; una vez construido, la empresa arrienda el edificio a la Administración que paga un alquiler (constitutivo de un gasto corriente que no computa en el déficit) mientras que aquella es la propietaria de la obra y corre a cargo de los gastos de mantenimiento y conservación. Sin embargo, si la operación se hiciera a través de un arrendamiento financiero, computaría a efectos del déficit ya que supone una compra del bien¹².

El equilibrio presupuestario que exige la UE en sus criterios de convergencia no deja de plantear, desde otro punto de vista, importantes incógnitas. Me refiero tanto a la constitucionalidad del equilibrio presupuestario como a la compatibilidad entre la existencia de un superávit presupuestario -como el que está teniendo España estos últimos ejercicios- y la asignación equitativa del gasto público que reclama el art.31.2 de nuestra Constitución¹³. La Constitución

¹² Los distintos supuestos vienen recogidos en Eurostat: "Manual del SEC 95 sobre el déficit público y la deuda pública". Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, 2002, pág. 163. Martínez Manzanedo, R.: "La contabilidad de la colaboración público-privada en el contexto del Sistema Europeo de Cuentas", en Presupuesto y Gasto Público 45 (4/2006) pág.188.

¹³ Martínez Giner, L.A.: "El principio de justicia en materia de gasto público y la estabilidad presupuestaria", en Civitas, Revista Española de Derecho Financiero, 115 (2002) pág.471, en especial págs 488 a 492.

ni reclama ni prohíbe una norma sobre contención del gasto público y el equilibrio presupuestario no impide la plena vigencia del art.31.2 CE. Más compleja parece la respuesta a la segunda cuestión pues desde el punto de vista funcional del fenómeno financiero, los ingresos públicos que produzcan superávit tienen una difícil defensa porque no hay necesidad de gasto que los justifique; si, por el contrario, el superávit se produce o se debe a que se deja de atender cuantitativa y cualitativamente necesidades colectivas, que quedan insatisfechas, no se cumple el precepto constitucional que obliga a atribuir los ingresos al gasto público siguiendo un criterio de equidad.

III.- Argumentos derivados de la concepción del Estado.

A) Estado y sociedad: las tres "huidas"

No se trata de traer aquí el complejo problema de la relación entre Estado y Sociedad, por atrayente e importante que sea, sino únicamente de señalar cuáles son, a mi entender, los principales rasgos que caracterizan en la actualidad la actuación de la Administración pública. Es evidente que nadie puede pretender que en nuestros días las Administraciones realicen las funciones que les tiene asignado el ordenamiento jurídico por sí mismas, es decir, con sus propios medios materiales y personales. La externalización de la ejecución de obras y del mantenimiento de los servicios es algo normal en el funcionamiento de nuestras administraciones, y, a ello, se ha unido también una diferente forma de financiación de estas obras o servicios. Resumidamente se pueden apreciar tres diferentes "huidas", siguiendo la que es ya una tradicional nomenclatura.

En primer lugar nos encontramos con una *"huida del Estado"*. El abandono o pérdida de presencia del Estado tanto en la titularidad de intereses hasta ahora generales o fines públicos a conseguir, cuanto a hacerlo por sí mismo. En este sentido tenemos desde las privatizaciones puras, hasta la externalización de los servicios desarrollados por entidades privadas en la prestación de los mencionados servicios públicos, o la desregulación, que supone la desaparición

de normas estatales que se ven sustituidas por normas de Derecho privado por las que se rigen, por ejemplo, las libertades básicas del mercado.

En segundo lugar, y en un camino de recorrido inverso al realizado desde finales del Siglo XIX y gran parte del XX, está la "*huida del Derecho administrativo*" dada la utilización, cada vez más, de instituciones de Derecho privado, como puede ser el contrato laboral o la constitución de sociedades mercantiles.

Esta evolución a la que se acaba de hacer referencia está muy favorecida por la Unión Europea. En efecto, las privatizaciones en telecomunicaciones, energía o transportes son consecuencia de la presión del Derecho comunitario de la competencia. Se da ahí también, en tercer lugar, una "*huida del servicio público*", ya que frente al modelo histórico del servicio público continental, la UE les exige actuar en las mismas condiciones de competencia que a los entes privados¹⁴.

De esta concepción sobre la función del Estado en la que se aprecia una clara tendencia a, diciéndolo en términos muy simples, pedir cada vez una mayor presencia de sociedad y una menor presencia de Estado, se deriva necesariamente una elevada admiración por la eficiencia y eficacia del sector privado. De ahí que a la hora de dar fundamento ideológico a las "*huidas*" antes mencionadas esa mayor eficiencia, eficacia, productividad, prácticamente se identifiquen con una mayor justicia y, desde luego, como el único camino posible.

B) Fungibilidad de los instrumentos de financiación pública

A lo anterior se une un último elemento cual es un elevado grado de fungibilidad entre los elementos que constituyen la actividad financiera de los entes públicos, es decir, la actividad de obtención de ingresos y de realización de gastos. Esta fungibilidad siempre ha existido en un grado o en otro, y así, el cumplimiento de un fin establecido en la Constitución o la satisfacción de una necesidad tanto se

¹⁴ Cruz Alli, J.: "Las nuevas formas de la actividad administrativa. Participación, ejercicio privado de funciones públicas y gestión privada de servicios públicos", en Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma, 302 (2006), pág.113.

ha podido hacer por vía de ingreso o de gasto (por ejemplo en la protección de la familia o del acceso a la vivienda, a través de exenciones fiscales o de subvenciones). Al mismo tiempo, no hay que perder de vista que las distintas clases de ingresos públicos tributarios suponen una relación distinta entre el sujeto obligado a su pago y la actuación administrativa: mientras en el impuesto se paga de acuerdo a una capacidad económica de lo sujeto, en las tasas y contribuciones especiales se paga en función del servicio o actividad prestada por la Administración. La tendencia hacia los tributos causales, es decir, aquellos cuyo pago se vincula al grado de utilización del servicio público o del beneficio que reciben del mismo. La conclusión a la que se llega en muchos casos es la de que el establecimiento y mantenimiento del servicio público, de un lado, lo realizan entes privados y, de otro lado, el reparto del coste se realiza entre los usuarios o beneficiarios del servicio.

IV.- Los "ppp" ante la eficiencia y el déficit

En los dos apartados anteriores se han analizado una serie de condicionamientos que pueden ayudar a un mejor entendimiento de estas nuevas formas de contratación. Las nuevas fórmulas contractuales del "ppp" evidentemente consiguen muchos de los objetivos a los que se ha hecho referencia pero no siempre provocan la misma opinión. Recientemente se ha dicho que "no podemos olvidar, también, que el principio de estabilidad presupuestaria, en cuanto principio que limita el gasto público y el SEC 95, en cuanto mecanismo de contabilidad adaptado a este principio, tienen una orientación ideológica de claro signo neoliberal y que sirven a determinados intereses que se pueden exteriorizar en la privatización del Estado...Al mismo tiempo hay un juicio, que sirve de coartada ideológico-técnica pero que resulta bastante discutible a la luz de la experiencia histórica de gestión privada de infraestructuras, sobre la idoneidad del sector público como consecuencia de su ineficiencia...No podemos olvidar aquí, que los mecanismos que permiten la no consolidación (a efectos del cálculo del déficit) suponen, al mismo tiempo, una transferencia considerable de fondos

públicos, aunque registrados contablemente en partidas diferentes, que no tienen trascendencia sobre el déficit y que, a la larga, suponen un mayor coste para los entes públicos porque los particulares que participan han de obtener un beneficio empresarial y, al mismo tiempo, tienen el capital invertido durante un periodo largo de tiempo". Luego este procedimiento del "ppp" no sólo asegura la mayor eficiencia propia del sector privado frente al público sino que también asegura una operación que da lugar a una cuarta huida: la *"huida de la consolidación"*¹⁵. En el mismo sentido se habla de la "exageración con que a veces se nos presenta la bondad de estos sistemas, como si de una intervención empresarial altruista se tratara, cuando en realidad, a la postre, van a desembocar en un coste financiero más elevado que aquel que habría representado la vieja forma del contrato de obras...la financiación privada implicará un mayor coste"¹⁶

La ambigüedad entre estos dos fines (eficiencia y no consolidación en el déficit) es ampliamente compartida por la doctrina e, incluso, por la propia UE. Algún autor ha llamado la atención sobre la necesidad de "analizar si este tipo de operaciones están proporcionando las ganancias de eficiencia prometidas, o son simplemente un instrumento para evitar controles sobre gastos y límites de endeudamiento o para aumentar las garantías del Estado sobre operaciones privadas"¹⁷. En ocasiones se reconoce sólo uno de los aspectos: "en las últimas décadas, se ha desarrollado un modelo de crecimiento que propugna la reducción del volumen del Estado en la economía y deriva la prestación directa de servicios hacia el sector más eficiente en su provisión. Este planteamiento ha arrojado una responsabilidad creciente sobre el gestor privado, involucrándole de manera activa en la gestión pública, aportando sus recursos y experiencias, en

¹⁵ González García, J.V.: "Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria". Edit. Tirant lo Blanc. Valencia, 2007, pág.30.

¹⁶ González-Varas, S.: "Nuevos desarrollos de la idea de colaboración privada empresarial en el ejercicio de las funciones públicas", en Presupuesto y Gasto Público 45 (4/2006) pág.33

¹⁷ Ter-Minassian, T y Ruíz, J.L.: "Aspectos económicos de la colaboración público-privada", en Presupuesto y Gasto Público, 45 (4/2006) pág.52

aras de alcanzar una mayor eficiencia"¹⁸. También la UE apostó por los métodos "ppp" pero no sólo como forma de financiación de los servicios públicos sino también a causa de la visión "eficientista", según se ponía de manifiesto en el modelo británico (que no hay que olvidar que al no haber accedido Gran Bretaña a la moneda única no le afectan los criterios de convergencia y, por lo tanto, los límites de déficit y deuda). En este sentido, la Comisión Europea, en su Comunicación Interpretativa de 2003 expresaba que "existe el riesgo de que la utilización de asociaciones público-privadas esté únicamente motivada por la voluntad de "sacar" los gastos de capital de los presupuestos públicos a fin de evitar las restricciones presupuestarias"...porque también hay que explotar "el sólido fundamento microeconómico en la medida en que lleva a un aumento de la eficiencia"¹⁹.

"El éxito de estas asociaciones en muchos países -se ha dicho²⁰- es un reflejo de las ventajas asociadas a la idea de que la inversión de capital y la gestión privada pueden aliviar las restricciones fiscales sobre la inversión en infraestructuras incrementando la eficiencia. No obstante, no se puede garantizar que las APP sean más eficaces que el sistema de inversión pública y el suministro de servicios por las administraciones públicas".

Quizá quien mejor ha resumido la situación descrita es la misma Comisión Europea cuando reconoce²¹ que "diferentes factores explican el recurso cada vez más frecuente a las operaciones de CPP. Teniendo en cuenta las restricciones

¹⁸ Rodríguez Varela, N.: "Perspectivas de la colaboración público-privada en la Comunidad de Madrid, en Presupuesto y Gasto Público 45 (4/2006) pá.163

¹⁹ Véase en Valdivielso Cañas, A.: "El marco legal de la colaboración público-privada en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público" y Abelaira Dapena,A.J.: "La participación privada en la financiación de infraestructuras públicas: la experiencia de la Generalitat de Catalunya", ambos en Presupuesto y Gasto Público 45 (4/2006) págs. 15 y 131, respectivamente.

²⁰ Martínez Manzanedo,R.: "La contabilidad..." cit. pág.187.

²¹ Comisión de las Comunidades Europeas: "Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones". Bruselas, 30.4.2004. COM (2004) 327 final.pág.3

presupuestarias que han de afrontar los Estados miembros, este fenómeno responde a la necesidad que tiene el sector público de recibir financiación privada. Otra explicación radicaría en el deseo de aprovechar en mayor medida los conocimientos y métodos de funcionamiento del sector privado en el marco de la vida pública. Por otro lado, el desarrollo de la CPP forma parte de la evolución más general del papel del Estado en el ámbito económico, al pasar de operador directo a organizador, regulador, controlador"

V.- La posición del ente público.

A) La importancia de Eurostat.

Creo que ha quedado suficientemente claro que el éxito de los "ppp" se da en un "contexto en el cual muchos gobiernos europeos están intentando minimizar los niveles contables de sus déficit presupuestarios y de deuda para cumplir con el pacto de estabilidad y crecimiento". Por otra parte, "la decisión de Eurostat puede crear incentivos a estos gobiernos para elegir formas de cooperación público-privada, en vez de inversiones públicas directas, para no contabilizarlas como gasto público, aunque las derivadas de la colaboración sean más caras que las inversiones directas. También se pueden crear incentivos para una distribución de riesgos entre el sector público y privado que no es eficiente, pero sí cumple con los requisitos de Eurostat"²²

B) Mercado financiero

Por otra parte el hecho de esa amplia aceptación del método supone necesariamente²³ la existencia de un mercado maduro de grupos empresariales con importante liquidez dentro del mercado internacional de capitales. Ello les permite unas oportunidades de negocio, es decir, de inversiones con rentabilidad a largo plazo. Esta situación no se daba, por ejemplo en 1972, cuando la Ley de

²² Ter Minassian, T y Ruíz J.L.: "Aspectos económicos..." cit. pág.53

²³ Rojas Urtasun, F.: "La colaboración público privada en el PEIT", en Presupuesto y Gasto Público 45 (4/2006) pág. 109 y Abelaira Dapena, A.J.: "La participación..." cit. pág.131

Autopistas ya que en aquel momento no existía un mercado financiero desarrollado y las empresas constructoras tuvieron que acudir al endeudamiento en divisas pero garantizando el Estado en el Presupuesto el seguro de cambio lo cual hace que el riesgo asumido sea muy diferente.

De este mercado financiero amplio y deseoso de invertir se dice que al utilizar esta vía del "ppp" "el sistema tiene que crear valor para la Administración, tanto desde la perspectiva de lograr ahorros respecto del modelo clásico de financiación de la obra pública, como en su versión anglosajona *Value for money*, es decir, conseguir el mayor output con el menor input posible"²⁴; a lo que otros llaman "recibir más por el mismo precio".

C) El deudor tiene obligación de pagar

Parece una obviedad pero hay que decirlo²⁵: el modelo "ppp" no es una panacea para los problemas de inversión de las administraciones públicas, ni se trata de una intervención altruista de las empresas privadas. No se puede perder de vista que: 1º) el ente público tendrá que pagar el trabajo realizado por la empresa privada (construcción, mantenimiento, etc.); 2º) el ente público queda comprometido a realizar unos desembolsos durante un largo periodo de tiempo, produciendo un reparto intergeneracional de la financiación de un bien público e hipotecando los presupuestos futuros; 3º) las cantidades para hacer frente a estos pagos constitutivos de un gasto corriente (que no consolida en el déficit), de carácter recurrente durante un elevado número de años, procederán o del presupuesto público, financiado por tributos, o por los usuarios del bien o del servicio, es decir, de los ciudadanos.

²⁴ Abelaira Dapena,A.J.: "La participación..." cit. pág.132.

²⁵ La doctrina lo repite con insistencia. González García, J.V.: "Financiación de infraestructuras..."cit, pág.92. Rojas Urtasun,F.: "La colaboración ..." cit., Puerta Ceta,M.: "Aspectos presupuestarios de la colaboración público-privada", Abelaira Dapena,A.J.: "La participación ...cit", todos ellos en Presupuesto y Gasto Público 45 (4/2006) pág.107, 103 y 149, respectivamente.

Otras dos conclusiones que suelen aceptarse es que esta fórmula va a producir un mayor coste si se la compara con los métodos tradicionales de endeudamiento directo al tiempo que disminuye notoriamente la transparencia presupuestaria.

En cuanto al elemento anteriormente mencionado respecto al alargamiento en el tiempo de la remuneración y, en consecuencia, a que este sistema es una forma de reparto intergeneracional de la financiación de una obra pública ya que no va a beneficiar exclusivamente a la generación existente cuando la obra se realiza, es una observación idéntica a la que se hace cuando se analiza la deuda pública, ya que también ésta se devolverá (amortización y pago del interés) a lo largo de los años con cargo a presupuestos futuros que se financiarán con los recursos tributarios de entonces.

VI.- Los principales requisitos del "ppp".

A) La complejidad del concepto de "ppp"

Las definiciones que del "ppp" encontramos tanto en la legislación como en los documentos de la UE son bastante complejas y tienen un carácter descriptivo de todas las situaciones en que se puede considerar que se da el supuesto de este tipo de contratos.

La legislación española vigente define el "contrato de concesión de obra pública" diciendo que es "aquel en cuya virtud la Administración pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la presentación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho de percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado

del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título" (art.220.1 Ley 13/2003).

El Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público establece que constituye un a colaboración público-privada aquel supuesto en que una Administración encarga a una entidad de Derecho privado "por un periodo determinado de tiempo en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las formulas 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 algunas de las 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 presentación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que los existentes en el mercado.
- d) otras prestaciones de servicio ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado." (art.11)

En los documentos comunitarios se reconoce que no existe una definición propiamente dicha de este tipo de contratos y se limita a enumerar los elementos que los caracterizan (parágrafo 2 del Libro Verde de 2004):

- ".La duración relativamente larga de la relación, que implica la cooperación entre el socio público y el privado en diferentes aspectos del proyecto que

se va a realizar.

- El modo de financiación del proyecto, en parte garantizado por el sector privado, en ocasiones a través de una compleja organización entre diversos participantes. No obstante, la financiación privada puede completarse con financiación pública, que puede llegar a ser muy elevada.
- El importante papel del operador económico, que participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación). El socio público se concentra esencialmente en definir los objetivos que han de alcanzarse en materia de interés público, calidad de los servicios propuestos y políticas de precios, al tiempo que garantiza el control del cumplimiento de dichos objetivos.
- El reparto de los riesgos entre socio público y privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público. No obstante, las operaciones de CPP no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos. El reparto preciso de los riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos."

B) Los riesgos.

Para que los activos objeto de un contrato "ppp" se califiquen como no-públicos y, en consecuencia, no sean registrados en el balance de las Administraciones públicas se tienen que dar dos condiciones, según las normas de Eurostat: que la entidad privada soporte el riesgo de construcción y soporte uno de los otros dos riesgos: o el de disponibilidad o el de demanda.

1) Riesgo de construcción²⁶, siempre debe estar a cargo de la empresa privada y cubre los contratiempos producidos por retraso en las obras y el sobrecoste de la construcción. Nunca habrá un pago público por este concepto.

2) Riesgo de disponibilidad²⁷. Con el se cubre el riesgo de que la entidad privada no tenga capacidad para proporcionar el volumen o cantidad de servicio acordado y en las condiciones pactadas. Los pagos públicos descenderán en la medida en que el servicio no alcance el standar acordado.

3) Riesgo de demanda²⁸. Se cubre el riesgo de descenso de demanda del servicio que dependa de factores exógenos a la calidad del servicio, como por ejemplo, cambio de ciclo económico, competencia directa, nuevas tendencias del mercado.

Estos tres riesgos, expuestos en lo que es su núcleo, tienen una causa de exoneración para la entidad privada cuando la disfunción que se produzca sea debida a cambios regulatorios o modificaciones de la política a posteriori. A este respecto, si consideramos que este tipo de contratos es a 20 o 30 años, no sería de extrañar que se produjeran cambios en el marco legal. Además, si el marco legal lo establece el Estado, habrá que asumir las consecuencias que se plantearán cuando haya sido otro ente público distinto al Estado quien hubiese celebrado el contrato.

C) Situación de la normativa

²⁶ González García, J.V.: "Financiación de infraestructuras..." cit. pág.75 y 94.
PriceWaterhouseCoopers y Uría Menéndez: "Informe sobre modelos de cooperación público-privada para financiación de infraestructuras públicas". Madrid, 2005, pág.14.
Puerto Cela, M.: "Aspectos presupuestarios..." cit. pág.102. Martínez Manzanedo, R.: "La contabilidad..." cit. pág.194. Benito López, B.: "La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras públicas", e ponencia presentada a II Congreso Nacional de Auditoría en el Sector Público. Sevilla, marzo 2006, pág.17

²⁷ Autores y obras citadas en nota anterior, págs.78, 14, 102, 195,17

²⁸ Autores y obras citadas en nopta anterior, págs. 83,15,102, 196, 18

La normativa europea, como ya se ha indicado, es claramente favorable a este tipo de contratos²⁹ .

En cuanto a la legislación española, la Ley 13/2003, de 23 de mayo, añadió un Título V al Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas con el nombre de "Contrato de concesión de obra pública" y en él se recogía la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario (2000/C 121/02)³⁰. Esta es la vía por la que se puede llegar a un resultado paralelo al del contrato de colaboración público-privado (artículos 220, 221 y 225). La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TR 2/2000, de 16 de junio) preveía ya el contrato administrativo de obra, así como el contrato administrativo de obra bajo la modalidad de abono total del precio al final de la obra. En la actualidad se encuentra en trámite parlamentario el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público que incorpora al ordenamiento español la Directiva 2004/18/CE de 31 de marzo de 2004 que sí tipifica ya el contrato de colaboración público-privado como nueva figura contractual.

D) El problema del equilibrio económico

El equilibrio económico de la concesión es uno de los problemas clave del contrato de concesión de obra. Va unido al los principios de riesgo y ventura del contratista, al de remuneración suficiente y al de la obtención de beneficios mínimos. El art.248 de la Ley actual, siguiendo lo que es tradicional de la concesión, establece que "el contrato de concesión de obra pública deberá mantener su equilibrio económico". Si bien es criticable esta norma, habrá que entenderla siempre dentro los límites en que la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1986) ha mantenido su ámbito, es decir, que

²⁹ Libro verde de contratación pública de 27.11.96; Comunicación interpretativa publicada el 29.4.2000; Libro verde de la colaboración público-privada de 30.4.2004; Directiva de procedimiento para la adjudicación de contratos de 31.3.2004; Comunicación sobre colaboración público-privada de 15.11.2005

³⁰ Menendez Menendez,A (Director): "Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas". Edit. Thomson/Civitas. Madrid, 2003.

el equilibrio financiero de cualquier concesión es una fórmula excepcional que debe coordinarse con el principio de riesgo y ventura al objeto de impedir que la excepcionalidad se convierta en una garantía ordinaria de los intereses y beneficios del concesionario. Eurostat, consciente de que este tipo de cláusulas sobre el principio de retribución suficiente altera de un modo decisivo el elemento del riesgo, ha establecido que estas cantidades tienen el efecto de la consolidación a efectos del déficit. En la Comunicación Interpretativa del año 2000, que se basa en la distinción entre contrato público de obra y contrato de concesión de obra, dice que "si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo. En este caso, la Comisión considera que se trata de un contrato público de obras y no de una concesión", con las repercusiones en la contabilidad que corresponden a aquellos contratos.

El actual art.248 de la Ley 13/2003, que antes se ha citado, establece las causas en que este equilibrio económico se debe mantener o reestablecer a cargo del ente público. Se trata, por un lado, de los casos de fuerza mayor, que la propia Ley concreta. Por otro, aparecen los supuestos de modificación unilateral por la Administración -que constituyen el llamado "ius variandi" o "factum principis"-. A ellos se refieren los tres supuestos incluidos en el apartado 2. del mencionado artículo: que la Administración modifique las condiciones de explotación, que lleve a cabo actuaciones que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión, o que el propio contrato concesional prevea cláusulas de revisión de precios, de actualización de costes o de no alcanzar un umbral mínimo en la explotación de la zona comercial.

E) Las formas de remuneración

En un apartado anterior se aludió a una obviedad cual es que la obra o el servicio realizado a través de un sistema "ppp" deben pagarse. Las formas de remuneración de estos bienes y servicios son muy variadas y se pueden analizar desde distintos puntos de vista

a) Por la naturaleza económica de la aportación: dineraria o no dineraria

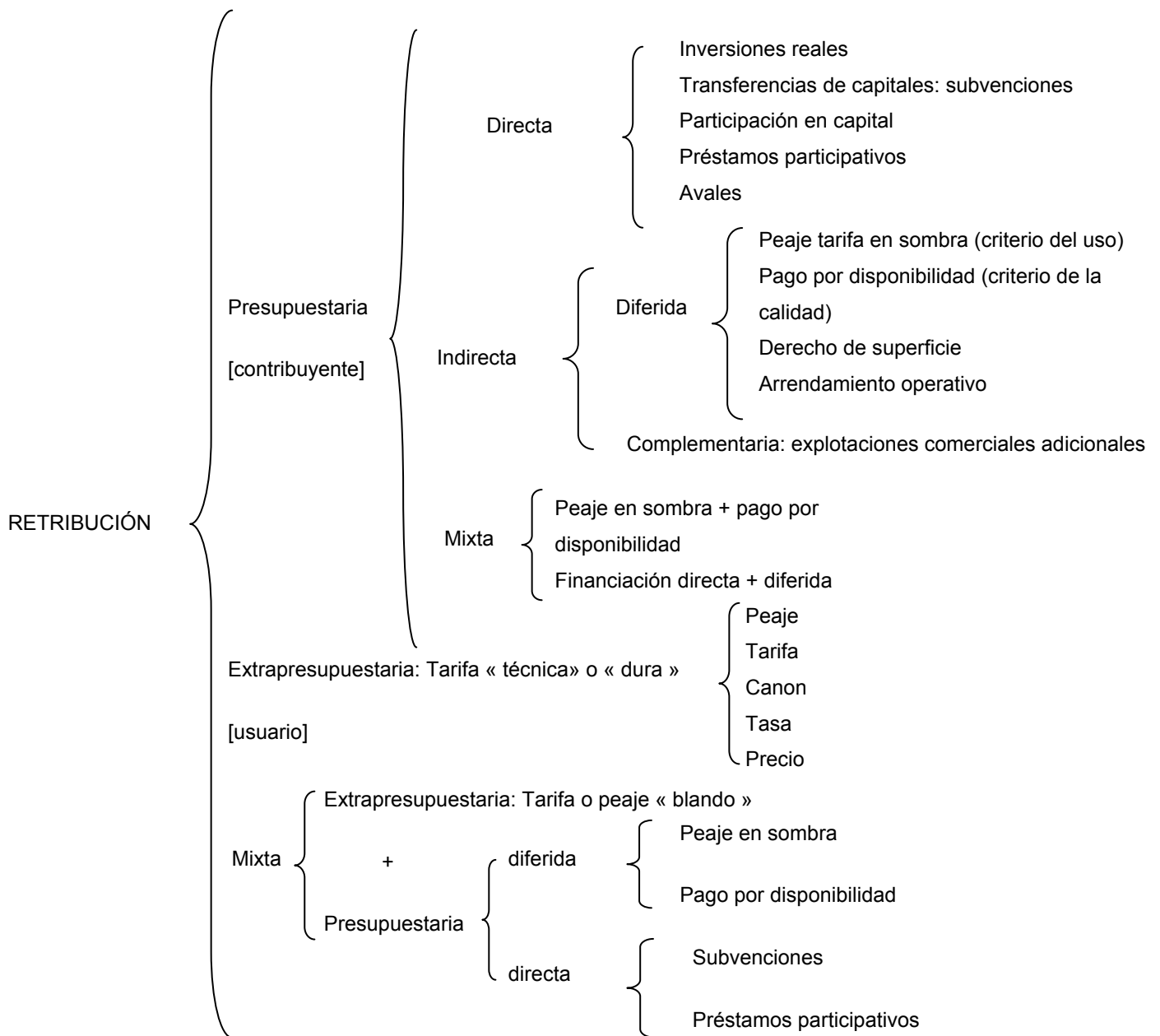
(aportación de un solar o de un derecho de superficie), subvención o préstamo reintegrable; con interés o sin devengo de intereses; por vía de los préstamos participativos.

b) Por el sujeto: aportaciones públicas de la Administración o privadas por los usuarios.

c) Por el objeto a que va destinada la aportación: a un bien que va a ser utilizado por los ciudadanos (escuela, hospital) o por la Administración; y en este segundo caso, directamente (cuartel, casa consistorial) o indirectamente prestando un servicio a los ciudadanos (cárcel, juzgados).

d) Por el momento en que se hace la aportación: a la construcción (inicio, fin o durante); para el mantenimiento o explotación; al término de la concesión.

De un modo esquemático se recoge en el cuadro siguiente



VII.- Los posibles elementos para un control externo en los contratos de

colaboración público-privada.

Parece no sólo razonable sino también obligado que todo este tipo de gasto público se someta a control. Y no sólo al control interno³¹ sino también, e incluso de manera más intensa, por los órganos de control externo. Estos se caracterizan por realizar el control no sólo de la legalidad y legalidad de las cuentas, sino también de la buena gestión financiera de los entes públicos en punto a la eficacia, eficiencia y economía de su actuación en relación, sobre todo, al gasto público.

El contrato -cualquier tipo de contrato, sea de obra, de servicio, de colaboración público-privada, de concesión de obra pública- es la vía fundamental a través de la cual se ejecuta un presupuesto. Sería, pues, inconsecuente dejar al margen del control externo estas nuevas formas de contratación pública cuando, además, tienen la finalidad de servir a los fines del equilibrio presupuestario. Los órganos externos de control pueden, y a mi entender deben, coadyuvar mediante sus actuaciones de control a la seguridad de que se cumplen las condiciones para contabilizar de un modo u otro las cantidades gastadas por la Administración como consecuencia de este tipo de contratos. Y ello sin perjuicio del control de la buena gestión a través de los tres elementos básicos: la eficacia, la eficiencia y la economía, tal como son definidas por las normas generales de control y por la doctrina³².

A estos efectos, se propone a continuación un esquema de los distintos elementos que intervienen en la vida de estos contratos, de la relación jurídica

³¹ Como se estudia en Garcés Sanagustín, M.: "El control de los contratos en la colaboración público-privada", en Presupuesto y Gasto Público 45 (4/2006) págs. 117 y ss.

³² Es lo que se conoce como el "concepto de las 3 E". Cuervo-Arango, M^a.J./Díaz, M^a.E./De la Fuente, C.E./Núñez, R./Santos E.N.: "Una visión práctica de la fiscalización externa de la contratación pública", en Rev. Auditoría Pública 41 (2007) pág. 25. Piña Garrido, M^a.D.: "La presupuestación por programas y el control interno de economía, eficacia y eficiencia en España". Edit. Tecnos. Madrid, 1998,

que en ellos se contiene, y de las fases por las que van discurriendo para localizar los objetos y ámbito del control.

A) Elementos de la relación jurídica público-privada

1) El objeto del contrato: el pliego de cláusulas

a) Definición de objetivos

-viabilidad

-ejecutabilidad

-funcionalidad

b) Adecuación de los índices de medición y de los indicadores de cumplimiento

2) Elaboración del contrato.

a) Preparación:

-idoneidad del periodo de explotación de la obra o del servicio

-análisis de los estudios técnicos y económico-financieros presentados por los gestores particulares.

-análisis del equilibrio entre los riesgos transferidos y retenidos por la Administración

b) Elección del partenaire privado:

-publicidad

-objetividad

-conurrencia

c) Formalización del contrato (su adecuación a las condiciones contenidas en el pliego de cláusulas)

3) Desarrollo y ejecución del contrato

a) Prestaciones del particular

-condiciones para el establecimiento de la actividad o el servicio:
tiempo y precio (ejecución pre-operacional) [Riesgo de construcción]

-condiciones de prestación de la actividad o servicio: cumplimiento durante todo el periodo del contrato [Riesgo de disponibilidad]:

* fase operativa temprana

* fase operativa madura

b) Contraprestación del poder público:

- control del modo de financiación.

*subvenciones y/o préstamos reintegrables

*Tarifas abonadas por los usuarios pero establecidas por el poder público.

* Retribuciones periódicas abonadas al particular por el poder público.

- Control de las modificaciones: el problema del equilibrio económico

*Cláusulas de ajuste automático

*Indexación de precios

*Revisión por causas sobrevenidas [Riesgo de demanda]

B) La contabilización de las cantidades presupuestadas en las distintas clases de contratos público-privados como no pertenecientes al sector de las Administraciones Públicas (Cumplimiento de los requisitos de Eurostat, SEC-95)

1) Clasificación como públicas de las construcciones en que la Administración es la principal garante del riesgo de construcción y/o principal responsable del riesgo de disponibilidad o de demanda.

2) Consideración de las aportaciones de fondos públicos a proyectos público-privados como transacción financiera o no financiera (inversión financiera versus inversión real).

Luxemburgo.

Julio, 2007.