

COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA, TRANSFERENCIA DE RIESGOS Y ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA

*Catedrático de Derecho administrativo.
Universidad Complutense de Madrid*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Valentín PICH ROSELL, don Mario ALONSO AYALA, don César CAMISÓN ZORNOZA, don José Luis GALLIZO LARRAZ y don Enrique ORTEGA CARBALLO.

Extracto:

EL estudio analiza las consecuencias que tiene la aplicación del principio de estabilidad presupuestaria sobre el clausulado de los mecanismos de colaboración público-privada. En particular, cómo configurar un adecuado reparto de riesgos y especialmente cómo se estructuran los apoyos públicos puede determinar que compute como déficit público a los efectos de la doctrina de Eurostat sobre el SEC 95.

Palabras clave: estabilidad presupuestaria, colaboración público-privada, SEC 95 y Eurostat.

PUBLIC-PRIVATE COOPERATION, TRANSFER OF RISKS AND BUDGETARY STABILITY

JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA

*Catedrático de Derecho administrativo.
Universidad Complutense de Madrid*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Valentín PICH ROSELL, don Mario ALONSO AYALA, don César CAMISÓN ZORNOZA, don José Luis GALLIZO LARRAZ y don Enrique ORTEGA CARBALLO.

Abstract:

THE study analyzes the consequences of applying the principle of budgetary stability over the clauses of the mechanisms of public-private. In particular, how to set an appropriate risk sharing and especially how they are structured public support may determine that such deficit to compute the effects of the doctrine of Eurostat SEC 95.

Keywords: budgetary stability, public-private cooperation, SEC 95 and Eurostat.

Sumario

- I. Consideraciones generales.
- II. La colaboración público-privada como género y como especie.
- III. El riesgo como elemento esencial de la valoración jurídica de los medios de construcción de infraestructuras.
- IV. Colaboración público-privada y Ley de Contratos del Sector Público.
- V. Riesgo en la colaboración público privada y estabilidad presupuestaria.
- VI. La transferencia de riesgos al contratista de la Administración pública.
- VII. Riesgos de construcción.
- VIII. Riesgos de disponibilidad de la infraestructura.
 - VIII.1. Desarrollo general de la transferencia de riesgos de disponibilidad.
 - VIII.2. En particular, la estructuración de los pagos por disponibilidad.
- IX. Riesgos de demanda.
- X. Una cuestión general: el momento del cómputo de la operación en el balance de la Administración pública: la aplicación del principio de devengo.
- XI. Análisis del efecto sobre el déficit público.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La construcción de infraestructuras públicas es fuente en este momento de una tensión importante entre la situación financiera de las Administraciones públicas y una reclamación constante por parte de la ciudadanía. No es un problema que derive solo de la crisis económica que se inició en 2008 como consecuencia de las hipotecas *subprime* en los Estados Unidos de América, sino que, aunque con mucha menor virulencia, se remonta a algunos años antes, concretamente a la aprobación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, adoptado por Resolución del Consejo Europeo celebrado en Ámsterdam el 17 de junio de 1997. Este pacto fue un instrumento clave para el establecimiento del euro como moneda común, y exigió la adopción de determinadas medidas de contención y austeridad económica pública, a fin de garantizar una solvencia suficiente de la economía europea, que pudiera permitir el establecimiento de una moneda única. Esta conveniencia de que se adopten medidas de rigor presupuestario están recogidas en la actualidad en el artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ¹, que dispone sucintamente que «los Estados miembros evitarán déficits públicos excesivos».

Dentro de las partidas que tienen más impacto en el déficit público, la construcción de infraestructuras es una de las primordiales. Los instrumentos de medición de la situación económica de los entes públicos europeos, desarrollados por Eurostat –Oficina Estadística de la Comisión Europea– ², afectan muy relevantemente a la política de infraestructuras de los entes públicos, condicionando las que se pueden llevar a cabo, moralizando las formas de ejecución, de manera que se puede señalar que el auge y la desaparición de algunas modalidades deriva directamente de la aplicación de los criterios de Eurostat sobre el déficit público. Así, por ejemplo, el auge y caída del denominado *modelo alemán* de ejecución de obras –esto es, el contrato con abono total del precio– es consecuencia directa de la variación en los criterios contables sobre el déficit público del Estado que lo utilice.

¹ Precepto que en este punto tiene una redacción similar a la del antiguo artículo 104 del Tratado de la Unión Europea.

² El documento fundamental publicado por Eurostat está constituido por el «Manual del SEC 95 sobre el déficit público y la deuda pública» (2002). El gran desarrollo de las fórmulas de cooperación público-privado para la construcción de infraestructuras hizo que, dos años después, se hiciera público un capítulo complementario titulado «Long Term Contracts Between Government Units And Non-Government Partners» (2004).

La propia utilización de los modelos de colaboración público-privada es también consecuencia de cómo se trata contablemente a los efectos del déficit público la estructuración de los riesgos que están en el contrato, mediante la modificación de la prestación característica del contrato y, al mismo tiempo, una transferencia suficiente de los riesgos al socio privado. De hecho, el propio Plan Estratégico de Infraestructuras y Transportes –aprobado por el Gobierno de España en 2005– reconoce que la «asociación entre el sector público y el privado pretende conciliar la necesidad de inversiones infraestructurales con la necesidad de mantener la disciplina presupuestaria. La Unión Europea ha dado recientemente los primeros pasos que aclaran el panorama y facilitan estas operaciones»³. En esta ocasión, la modificación en la mayor parte de los casos de la prestación característica que deja de ser construcción de bienes, pasando a ser prestación de servicios, es lo que permite fomentar la adopción de estas modalidades de provisión de infraestructuras, a pesar de que son mucho más complejas de llevarlas a la práctica.

La coyuntura es especialmente compleja. Pese al volumen de déficit público –que impide asumir nuevas obligaciones de gasto– es, sin embargo, necesario mantener un cierto nivel de construcción de obra pública para satisfacer necesidades públicas y por el efecto sobre el empleo y, precisamente, por ello se ha aprobado en abril de 2010 el Plan Extraordinario de Infraestructuras que está articulado precisamente sobre los mecanismos de colaboración público-privada. Al mismo tiempo, en el Congreso de los Diputados se estuvo trabajando en dos Proyectos de Ley que afectaban al régimen de construcción de obra pública: por un lado, lo que se transformó en la muy relevante Ley 2/2011, de Economía Sostenible⁴ que contempla ciertos cambios en el régimen del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, amén de incorporar una regulación de la colaboración público-privada institucional. La función esencial que se plantea con los cambios es introducir la colaboración público-privada en una situación de sostenibilidad económica de las Administraciones Públicas. Asimismo, se proporciona un cierto marco para la colaboración público-privada institucional.

La segunda de las disposiciones, posiblemente más relevante a estos efectos, es el Proyecto de Ley de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas⁵, que hubiera completado la regulación de los concesionarios de obra pública antes de la promulgación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP). Todo ello, en un contexto de crisis económica que hace que haya de impulsarse la participación de los operadores privados con el fin de materializar las infraestructuras necesarias para el desarrollo económico y social del país. Lo cual se efectúa teniendo en cuenta que las modalidades de CPP acostumbran a tener un sobrecoste con respecto al contrato de obra pública, más o menos importante en función de la modalidad de infraestructura que se esté acometiendo por el ente público.

³ Ministerio de Fomento. Plan Estratégico de Infraestructuras y Transportes, pág. 160.

⁴ Proyecto de Ley de Economía Sostenible. Presentado el 30 de marzo de 2010, calificado el 6 de abril de 2010. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-60-1 de 9 de abril de 2010. Como se señala en la exposición de motivos, «la eficiencia en la contratación pública y la colaboración público-privada, como elementos fundamentales de relación entre la Administración pública y el tejido empresarial y, a la vez, como ámbitos en los que debe reforzarse la vinculación a parámetros de sostenibilidad económica».

⁵ Proyecto de Ley de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas. Presentado el 30 de octubre de 2009, calificado el 10 de noviembre de 2009. Está aún en fase de admisión de enmiendas. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-47-1 de 13 de noviembre de 2009.

II. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA COMO GÉNERO Y COMO ESPECIE

El contexto que se ha descrito en el epígrafe anterior ha motivado una diversificación de las formas de provisión de infraestructuras ⁶ y, especialmente, un impulso considerable a las formas de colaboración público-privada. Realmente, cuando se hace referencia a ella, se está planteando un abanico de posibilidades que en unos casos hacen referencia a modalidades diferentes de actuación por parte de los entes públicos. Así, en el *Libro Verde* sobre contratación pública, aprobado hace escasamente seis años, se señala que el concepto de colaboración público-privada «en general se refiere a 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» ⁷. En los documentos comunitarios se acostumbra a realizar una primera diferenciación entre las modalidades institucionales –que son las que dan nacimiento a un ente diferente– de las modalidades meramente contractuales.

Pero incluso dentro de estas últimas, no hay un único procedimiento que condense todas las modalidades de colaboración público-privada ⁸. Desde la estructurada concesión de obra pública a las modalidades atípicas, más propias realmente de colaboraciones público-privada y que se han definido por la doctrina como «modelos para armar» ⁹ parafraseando el título de una novela de Julio Cortázar. Porque realmente lo que caracteriza como modalidad específica a estas formas de provisión de infraestructuras es su carácter atípico, funcional, constituyendo un género amplio de técnicas que están a disposición de contratista y Administración pública ¹⁰. De forma muy expresiva, DIPACE ha

⁶ Así, véase la obra colectiva coordinada por RUIZ OJEDA, A.: *La financiación privada de obras públicas. Marco institucional y técnicas aplicativas*, Coedición de la Fundación Diálogos y la Editorial Civitas, Madrid (1997) o la obra también colectiva dirigida por ROMERO ÁLVAREZ, F.J.: *Nuevas formas de financiación de proyectos públicos*, Coedición de la Cámara de Cuentas de Andalucía y la Editorial Civitas, Madrid (1999) y la de ARIÑO & ALMOGUERA, Abogados (Editores), *Nuevo Derecho de las infraestructuras*, Coedición de la REDETI y la Editorial Montecorvo, Madrid (2001), VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: *Ejecución y financiación de obra pública. Estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa*, Civitas (2006) y HERRANZ EMBID, P.: «Régimen general de las obras públicas», en la obra colectiva dirigida por GONZÁLEZ GARCÍA, J.: *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch (2009), págs. 213 y ss. y, más sucintamente «Construcción, gestión y financiación de infraestructuras de interés general», en la obra colectiva dirigida por GONZÁLEZ GARCÍA, J.: *Diccionario de Derecho de obras públicas y bienes públicos*, Iustel, Madrid (2007).

⁷ *Libro Verde de la Comisión Europea sobre la colaboración público-privado y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y la comisión*, COM (2004) 327, pág. 3.

⁸ De hecho, bien podría señalarse que, en función de esta definición, hay diversas realidades detrás de la colaboración público-privada: i) Por un lado, como mecanismo de financiación privada de construcción de obra pública, básicamente como el mecanismo por el cual los poderes públicos buscan el ahorro privado el cual se canaliza a través de cualquier tipo de instrumento ya sea este créditos, emisiones de deuda, que son pagados por la Administración generadora del mismo; ii) en segundo lugar, se puede estar haciendo referencia a que el gobierno busca financiación para compartir con el sector privado el riesgo de la inversión, lo cual nos lleva a que hay participación privada no solo en la financiación sino también en la retribución, y iii) hay ocasiones en las cuales los poderes públicos buscan la participación privada a través de la construcción de las infraestructuras que son retribuidas por su utilización o disponibilidad de la misma, lo que hace que la financiación sea privada y la retribución en principio también. Un desarrollo de estas cuestiones puede verse en JUAN LOZANO, A.M. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos (una aproximación desde los principios jurídico-financieros)*, IEF (2006).

⁹ GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: «El contrato de colaboración público-privada», en la *Revista de Administración Pública*, n.º 170 (mayo-agosto 2006), pág. 22.

¹⁰ Así, pueden verse dos estudios en donde analizan manifestaciones del género de CPP proyectadas a sectores específicos: VILLAR ROJAS, F.J.: «La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y privados», en

señalado en Italia que con ello lo que se hace es «introducir el caballo de Troya de la atipicidad contractual en la ciudadela de la actividad contractual de los entes públicos»¹¹.

Realmente, cuando se introdujo un nuevo contrato típico en la Ley de Contratos del Sector Público, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado¹² se estaba proporcionando una regulación básica para una forma de relación entre administración y contratista en la que la atipicidad, su flexibilidad, es precisamente su característica más relevante. Y de hecho, como se puede apreciar de la regulación, los contenidos imperativos no constituyen el núcleo básico de la regulación, sino que esta está constituida por una guía de elementos, para que las partes lo articulen de la mejor forma posible. En esta línea, llama la atención que posiblemente el punto más relevante desde una perspectiva pública, el que motiva que se recurra a estos procedimientos, el efecto sobre el déficit, no ha merecido ni siquiera un informe hasta hace bien pocas fechas, con ocasión de uno de los reales decretos-ley promulgados con medidas anticrisis, como veremos en el último epígrafe. En todo caso, la promulgación de esta disposición en modo alguno impide que formas más atípicas, vinculadas a la gestión patrimonial, sigan resultando de aplicación; tal como se verá con posterioridad.

III. EL RIESGO COMO ELEMENTO ESENCIAL DE LA VALORACIÓN JURÍDICA DE LOS MEDIOS DE CONSTRUCCIÓN DE INFRAESTRUCTURAS

El análisis jurídico de la naturaleza real de las formas de provisión de infraestructuras públicas depende en buena medida de la gestión del riesgo inherente a la construcción de la infraestructura. Ha de tenerse en cuenta que las restricciones en cuanto al déficit público han motivado por parte de las Administraciones públicas que se realicen operaciones de cierta ingeniería jurídico-financiera con la finalidad de que determinadas operaciones no computen a los efectos del déficit. Por otra parte, es ya tradicional la preocupación de la Comisión europea por la alteración de la relación entre el clausulado de los contratos y la modalidad contractual elegida por parte de la Administración pública¹³. Esta

la *Revista de Administración Pública*, n.º 172 (enero-abril 2007), págs. 164 y ss. y MÍGUEZ MACHO, L.: «Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español», en la *Revista de Administración Pública*, n.º 175 (enero-abril 2008), págs. 157 y ss.

¹¹ DIPACE, R.: *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Giuffrè (2006), pág. 105.

¹² La inclusión de este precepto ha motivado el interés de los autores. Así, véase CHINCHILLA MARÍN, C.: «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 132 (octubre-diciembre 2006), págs. 609 y ss.; GARCÍA-CAPDEPÓN, P.: «El contrato de colaboración público-privado», en la *Revista de la Función Consultiva*, n.º 3 (enero-junio 2005), págs. 89 y ss. y GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: «El contrato de colaboración público-privado», en la *Revista de Administración Pública*, n.º 170 (mayo-agosto 2006), págs. 7 y ss. Un recordatorio de algunos supuestos de colaboración público-privado en el ámbito local se puede ver en ARIMANY LAMOGLIA, E.: «La colaboración público-privada en la provisión de infraestructura y equipamiento local», en *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 11 (2006), págs. 23 y ss.

¹³ De acuerdo con lo señalado con la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea 2000/C 101/02 «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. Además, si durante la duración del contrato o al término del mismo el concesionario recibe, directa o indirectamente (en forma de reembolso, de compensación, de pérdidas o de otra forma), una remuneración distinta de la correspondiente a la explotación, el contrato ya no podría ser tildado de concesión».

inquietud se proyecta habitualmente sobre la gestión del riesgo económico de la operación de construcción de infraestructuras, en la medida en que modalidades de colaboración público-privada que se anulan con cierto detenimiento acaban resultando meros contratos de obra con diferimientos en el pago.

El problema del reparto de riesgos es complejo, con esta y con casi cualquier normativa¹⁴, ya que afecta a numerosos factores que tienen un grado distinto de previsibilidad. Por un lado, hay que mantener el principio recogido en la LCSP de que el contrato se ejecute a riesgo y ventura del contratista y que, al mismo tiempo, se incentiven desde las Administraciones públicas estas modalidades de construcción de infraestructuras, en las cuales la extensión temporal prolongada acostumbra a ser una característica a la par que un elemento que complica el análisis de riesgos. De hecho, hemos de recordar que la modalidad contractual en la que dispone de menor intensidad este principio es precisamente en una de las modalidades de colaboración público-privada, de acuerdo con lo señalado en la LCSP: «La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 214, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado». En todo caso, en el horizonte de la ejecución de un contrato de CPP no podemos olvidar que el principio que hay que satisfacer es este de la ejecución a riesgo y ventura del contratista.

En el ordenamiento jurídico español, a diferencia de lo que ocurre en Francia¹⁵, no está delimitado el porcentaje de participación pública en apoyo de la concesión administrativa. De hecho, examinando algunas de las concesiones de obra pública se observa que el reparto de riesgos estaba muy decantado en contra del ámbito público. La propia complejidad de estas modalidades contractuales dificulta en exceso la posibilidad de un control tanto de naturaleza política como económica. Hay, además, un factor que no es posible desdeñar cuando se aborda el problema de la gestión de los riesgos desde una perspectiva pública: en los procesos de configuración de las CPP suele estar muy involucrado el sector privado incluso en la propia definición del objeto del contrato, ya que, como recuerda el artículo 11 de la LCSP, será a través del diálogo competitivo como se determinen los medios de hacer frente a la necesidad pública.

La dificultad del problema de gestión y configuración del riesgo al que se está haciendo referencia no es meramente teórico. El caso de la construcción del Metrosur por parte de una entidad dependiente de la Comunidad de Madrid exterioriza cuál es el debate en el que nos encontramos. Una configuración técnico-jurídica compleja en el que participaron varias entidades dependientes de la Administración autonómica con la finalidad de no computar la construcción a efectos del déficit y que, sin embargo, la gestión del riesgo invalidó el objetivo propuesto, ya que tras la arquitectura jurídica, la

¹⁴ Recordemos cómo con la legislación anterior había voces muy cualificadas que señalaban que esa asunción del riesgo en proporción sustancial por el concesionario «no se refleja en el articulado de la ley, relativo a la concesión de obras públicas, incorporado a la LCAP. Y tampoco se refleja en el articulado la afirmación de la E. M. de que la Ley responde sin ambigüedades a las exigencias de la doctrina y conclusiones de la Comisión Europea, expuestas en su Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02». GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: «El contrato de concesión de obras públicas», en la obra colectiva dirigida por él mismo *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Madrid (2003), pág. 1.103.

¹⁵ En Francia está establecido por el Consejo de Estado un tope máximo del 70 por 100 de aportación pública para que se pueda hablar de concesión de obra pública. Tomo el dato de MARTÍN HUERTA, P.: «Régimen económico-financiero de la concesión de obra pública», en la obra colectiva dirigida por MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Ed. Civitas, Madrid (2003), pág. 233.

Administración autonómica seguía siendo quien respondía de las consecuencias económicas del contrato ¹⁶. Más recientemente, la decisión de Eurostat sobre la Autopista de Sanxenro ¹⁷ muestra como allá donde había formalmente una concesión, había que entender un contrato de obra precisamente porque no había una transferencia de riesgo al sector privado. Desde luego, la necesidad que tienen los entes públicos de reducir el déficit, la práctica de forzar la aplicación de los criterios del SEC95 ha hecho que «los contables nacionales examinan cuidadosamente el contexto jurídico de las unidades y las operaciones para clasificarlas. Sin embargo, a veces es importante ver más allá de la forma jurídica de una unidad institucional o un flujo económico y *transmitir la realidad económica*. Esto puede aplicarse tanto a la clasificación de unidades como a la clasificación de flujos» ¹⁸. Por ello, se puede señalar que algunas formas de contabilidad de diseño han llegado a las Administraciones públicas.

Si el riesgo del cómputo en el déficit público puede provocar problemas de consideración de índole presupuestaria y puede motivar un replanteamiento de la política pública de inversiones, los peligros de naturaleza económica no son menos reales. Tomo las palabras de RUIZ OJEDA, que resultan en este lugar muy expresivas de los problemas teóricos y reales que se han planteado con el respaldo público a la construcción de infraestructuras por los particulares; y lo que es expresión de cómo la historia se repite: «No hablo de conjeturas: las autopistas españolas son el mejor antídoto contra la elucubración. Y quien garantiza, paga. El Estado garantizó, y fue él quien pagó, y sigue pagando: otorgó seguros de cambio y avales, rescató concesionarias en quiebra, confirió privilegios fiscales, entre otras cosas. El que diga que solo con garantías públicas se logrará la implicación del capital privado en la financiación de infraestructuras se equivoca rotundamente. Con garantías públicas de tal guisa lo que se consigue es dar un largo rodeo, con un resultado injusto e ineficiente, y todo para camuflar lo que desde el principio era claro como la luz del día: que la Administración respondía íntegramente, o sea, el *riesgo y ventura de la entidad pública concedente*. Para este viaje no se necesitan tales alforjas» ¹⁹. Conclusiones que sirven para las autopistas de los años setenta y también para las radiales de Madrid hechas en el periodo 1996/2004, y cuyo análisis económico se efectuó con unas previsiones que no resistían ningún análisis de razonabilidad, ya que los problemas no se vinculan a la crisis sino al propio incremento de los precios del suelo fruto de la nefasta política urbanística de la época y que está en la raíz de las peculiaridades españolas de la crisis económica. Por tanto, como se puede ver, el problema de la ponderación de los riesgos es una cuestión vital dentro del funcionamiento de las Administraciones públicas.

De hecho, en este contexto tan favorable a la introducción de las modalidades de colaboración público-privada, la propia Comisión europea ha insistido en los riesgos que plantean para las Administraciones públicas. Concretamente, ha indicado que «las APP son un instrumento atractivo, en pleno auge en muchos sectores, pero cuyo éxito depende de la presencia de ciertos factores o condiciones: proyectos de dimensión reducida, proyectos cuya remuneración y riesgos son fáciles de cal-

¹⁶ Sobre este contencioso, véase el interesante artículo de MARTÍNEZ CALVO, J.: «Hacia la construcción de un "Derecho administrativo financiable". Crónica del caso MINTRA», en la *Revista de Administración Pública*, n.º 167 (mayo-agosto 2005), págs. 369 y ss.

¹⁷ Decisión de Eurostat de 3 de junio de 2008, sobre la Autovía del Salnés, Tramo enlace con la PO 531-Sanxenro.

¹⁸ Eurostat, «Manual...», *op. cit.*, pág. 28.

¹⁹ RUIZ OJEDA, A.: «Apuntes críticos sobre el proyecto de ley básica», en la *Revista de Obras Públicas*, n.º 3245 (octubre 2002), pág. 176.

cular, autopistas, puentes o aeropuertos. Pueden resultar igualmente útiles cuando la aportación privada permita maximizar los resultados y controlar mejor los costes en comparación con un proyecto similar gestionado por el sector público. Ahora bien, esta solución suele tener repercusiones en el terreno de los costes, que a menudo suelen ser superiores a los de una financiación íntegramente pública, a causa del coste de las transacciones –en particular los costes ligados a la determinación, distribución y cobertura de los riesgos– y de los capitales, mayor para los inversores privados. Está claro que el recurso a las APP no se puede presentar como una solución milagro para el sector público, agobiado por las presiones presupuestarias. Nuestra experiencia demuestra que una APP mal preparada puede dar lugar a costes muy elevados para el sector público»²⁰.

He tomado, a partir de ahora, los problemas derivados de la gestión del riesgo en relación con el cumplimiento de las obligaciones de estabilidad presupuestaria. Sin lugar a dudas esta es una consecuencia secundaria de la transferencia de riesgos, pero tiene la suficiente entidad como para que nos permita el examen de otras cuestiones de régimen de los contratos de colaboración público-privada. No obstante, con carácter previo quiero hacer alguna consideración sobre la colaboración público-privada en el TRLCSP.

IV. COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA Y LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Los artículos 11 y consecuentes del TRLCSP recogen una modalidad de la colaboración público-privada, el denominado contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Al mismo tiempo, se recoge una regulación –incompleta, en lo que respecta a los mecanismos de financiación del contratista– de otra modalidad de CPP, las concesiones de obra pública. No obstante, conviene tener presente que con ello no se agotan las posibilidades de configurar figuras de colaboración público-privada ya que es un género especialmente amplio de posibilidades de actuar para las Administraciones públicas.

De hecho, conviene tener presente que una de las modalidades más utilizadas de CPP, lo que se ha definido usualmente como arrendamiento operativo²¹, es previo al TRLCSP y su desarrollo es consecuencia de la integración de la normativa patrimonial pública con el principio de libertad de pactos que se recogía en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y hoy contempla su contemporáneo TRLCSP, en coordinación con lo que dispone la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Es lo que se denomina colaboración público-privada de naturaleza patrimonial que sigue reposando en la atipicidad.

Hoy en día estas modalidades siguen siendo utilizadas, como prueban los expedientes que se gestionan desde GISA, por ejemplo²², sin demasiados problemas de legalidad, teniendo en cuenta que

²⁰ Comunicación de la Comisión de 23 de abril de 2003 sobre Desarrollo de la red transeuropea de transporte: Financiaciones innovadoras. Interoperabilidad del telepeaje.

²¹ La bibliografía sobre el arrendamiento operativo es escasa. Véase especialmente HERRANZ EMBID, P.: «Régimen general...» *op. cit.*, págs. 252 y ss.

²² Véase la web de GISA, donde se recogen los procedimientos de contratación <http://www.gisa.es>.

encuentran una base legal confortable en los artículos 111 y siguientes de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Recuérdese que estos contratos patrimoniales están parcialmente excluidos de la legislación general de contratos del sector público, tal como dispone el artículo 4.1 p) del TRLCSP, que no se aplica a «los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, *que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se registrarán por la legislación patrimonial*. En estos contratos no podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la Sección I del Capítulo II del Título Preliminar, si el valor estimado de las mismas es superior al 50 por 100 del importe total del negocio o si no mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 25; en estos dos supuestos, dichas prestaciones deberán ser objeto de contratación independiente con arreglo a lo establecido en esta ley» (la cursiva es mía). El régimen de estos contratos no será, en consecuencia, el de la contratación administrativa sino el patrimonial, en todo lo referente a la gestión negocial²³, lo cual permite un abanico de posibilidades bastante considerable.

V. RIESGO EN LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA Y ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

Las fórmulas de colaboración público-privada han encontrado su razón fundamental de existencia para las Administraciones públicas en el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria. La razón básica que justifica esta vinculación deriva del hecho de que las modalidades de colaboración público-privada permiten la transformación de las partidas presupuestarias para que no supongan necesidades de financiación por parte de los entes públicos, ya sea porque se modifica la partida presupuestaria a la que se carga la operación, figurando como servicio en lugar que como adquisición de bienes o bien porque el que asume el riesgo es otra entidad, como ocurre con las sociedades estatales de obras públicas. Es, además, un tipo de procedimiento que ha sido de alguna forma incentivado desde la Oficina Estadística de la Unión Europea, Eurostat, que de forma un tanto sorprendente ha aprobado una serie de documentos en donde se proporciona una guía para la acción en relación con el reparto de riesgos²⁴.

Todo ello, además, con el espejo de la conocida decisión sobre la sociedad del Gobierno Federal Austriaco Bundesinmobilliengesellschaft –resolución conocida usualmente como caso BIG–, que constituye el modelo de los entes públicos europeos para mantener un elevado nivel de construcción de infraestructuras sin consolidación en el déficit público. Se trataba de una operación compleja en

²³ Una aproximación al régimen de gestión patrimonial se puede ver en COLOM PLAZUELO, E.: «La gestión patrimonial. Disposiciones generales», en la obra colectiva dirigida por CHINCHILLA MARÍN, C.: *Comentarios a la Ley 33/2003, de patrimonio de las Administraciones Públicas*, Ed. Thompson-Civitas, Madrid (2004), págs. 601 y ss.

²⁴ El documento fundamental publicado por Eurostat está constituido por el «Manual del SEC 95 sobre el déficit público y la deuda pública» (2002). El gran desarrollo de las fórmulas de cooperación público-privado para la construcción de infraestructuras hizo que, dos años después, se hiciera público un capítulo complementario titulado «Long Term Contracts Between Government Units And Non-Government Partners» (2004).

donde se encomendó a la sociedad BIG la gestión del patrimonio inmobiliario del Estado, con el encargo de acometer su remodelación para ponerlo a disposición del Estado con un arrendamiento que se abonaría de acuerdo con precios de mercado, asumiendo la sociedad el riesgo de un coste superior a lo asignado por el Gobierno para cumplir esta función. En todo caso, estas situaciones proceden de un estudio exhaustivo de cuáles son las prestaciones características de la relación pactada y cuál ha sido el grado de transferencia del riesgo económico del contrato al socio privado, lo que se ha tenido que producir en una proporción sustancial.

De hecho, esta tendencia a la utilización de las fórmulas de los CPP y, en particular, la tendencia a la utilización imaginativa de los negocios jurídicos por parte de los entes públicos²⁵ se ha traducido en que el propio Eurostat insista en la necesidad de un estudio exhaustivo de las figuras empleadas por parte de las autoridades nacionales encargados de la verificación del déficit público. Concretamente, se señala que «los contables nacionales examinan cuidadosamente el contexto jurídico de las unidades y las operaciones para clasificarlas. Sin embargo, a veces es importante ver más allá de la forma jurídica de una unidad institucional o un flujo económico y *transmitir la realidad económica*. Esto puede aplicarse tanto a la clasificación de unidades como a la clasificación de flujos»²⁶. Actividad de las entidades nacionales que ha de aplicar la doctrina Eurostat que está recogida en sus manuales, aunque no por ello el grado de transparencia ni en cuanto a los criterios ni en cuanto a los procedimientos de aplicación es suficiente, como se mostró en el caso de la construcción del MetroSur en la Comunidad de Madrid por parte de Mintra, entidad pública empresarial de la propia Comunidad²⁷.

²⁵ Con la claridad que le caracteriza, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ ha afirmado que «es cosa bien sabida que si en algo son expertos en la Comisión Europea es precisamente en no dejarse confundir con la heterogeneidad de formas y técnicas de cobertura que son tradicionales de los diferentes Estados o que estos crean con los más diversos fines». MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L.: «¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas?» en la *Revista de Administración Pública* n.º 144 (septiembre-diciembre 1997), pág. 73.

²⁶ Eurostat, «Manual...», *op. cit.*, pág. 28.

²⁷ Recordemos que, de acuerdo con la información suministrada por el DOCE, el 11 de abril de 2005 se ha interpuesto recurso ante el Tribunal de Primera Instancia por la Comunidad Autónoma de Madrid y Madrid, Infraestructuras del Transporte (MINTRA) contra la Comisión de las Comunidades europeas (Asunto T-148/05), que basa en los siguientes argumentos que reproduczo:

«El presente recurso se interpone contra la decisión de la demandada que clasifica MINTRA en el sector general "administraciones públicas", de conformidad con el "SISTEMA EUROPEO DE CUENTAS-SEC 95" (SEC 95) contemplado en el Anexo A del Reglamento (CE) n.º 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, relativo al sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad. 1. El SEC 95 está integrado por una serie de definiciones, nomenclaturas y reglas de metodología contable que los Estados miembros aplican en la elaboración de sus cuentas y estadísticas económicas nacionales. Este sistema contable se utiliza igualmente para la aplicación del procedimiento por déficit excesivo. MINTRA es un ente de Derecho Público de la Comunidad de Madrid adscrito a la Consejería de Transportes e Infraestructuras. Goza de personalidad jurídica y patrimonio propios, así como de plena capacidad de obrar. Dispone igualmente de capacidad de endeudamiento autónomo respecto de la Comunidad de Madrid.

En apoyo de sus pretensiones, la demandante alega:

- La violación de varias de las normas reguladoras del SEC 95, relativas a la clasificación de las unidades institucionales como entidades "de mercado" o "de no mercado".
- La violación del principio de confianza legítima, en la medida en que la decisión impugnada supone un cambio radical de la postura de Eurostat acerca de la clasificación adoptada por este organismo respecto de MINTRA mediante carta de 14 de febrero de 2003, reclasificación que se produjo tras un pronunciamiento de Eurostat en el mismo sentido en un caso muy similar, el del ente público austriaco Bundesimmobiliengesellschaft. Se resalta, a este respecto, el hecho de que la decisión de autos acarrea unas consecuencias financieras de extrema gravedad para la demandante y para MINTRA, dado que la deuda del ente público pasará a quedar integrada en las cuentas de la Comunidad de Madrid. Por otra parte, MINTRA podría verse obligada a resolver los contratos ya firmados relacionados con el plan

El punto de partida está constituido por el hecho de que en el documento clave del régimen de cómputo del déficit, el SEC95, las relaciones jurídicas tendentes a la construcción de infraestructuras públicas reciben, desde el punto de vista contable, la consideración de «formación bruta de capital fijo» (párrafos 3.102 y 3.105 del SEC 95). En principio, lo que hay que diferenciar es, siguiendo lo dispuesto en el Plan de Estabilidad y Crecimiento, cuándo esas operaciones afectan a las necesidades de financiación de los entes públicos –con la consecuencia del cómputo para el déficit–. En principio, si se recurre a las formas tradicionales de construcción de infraestructuras –esto es, al contrato de obra pública– computarían la cuantía de la financiación en la contabilidad de la Administración contratante y tendría el efecto consecuente sobre el incremento déficit público de dicho ente público y, por ende, del Estado afectado. Por tanto, de lo que se trata es de examinar en qué condiciones no se va a producir la consolidación contable.

En principio, en las operaciones de cooperación público-privada de carácter puramente contractual, el análisis de cuándo no se computa a efectos del déficit público parte del principio de que lo relevante no es la forma jurídica que se esté utilizando sino la naturaleza de los flujos económicos, sobre todo si tenemos en cuenta que las CPP presentan numerosas modalidades con diferentes prestaciones, lo que incluso ha motivado la adaptación de la doctrina general de Eurostat²⁸ en aras de un control más efectivo de estas operaciones de cooperación público-privada. Aunque la exteriorización de esta doctrina ha dado pie a que su uso suponga un incentivo para la utilización de estas figuras, configuradas al modo que la Oficina Estadística Europea ha estructurado.

La determinación de la naturaleza de los flujos económicos pasa a ser un elemento central del examen, ya que es lo que permitirá delimitar si nos encontramos con las que se consideran transferencias financieras o si, por el contrario, son catalogables como no financieras. La razón que motiva esta diferenciación es clara y está en el propio Protocolo sobre el déficit público, tal como ha señalado el propio Eurostat: «Dado que, en el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, el déficit se ha definido como la *necesidad de financiación* del sector Administraciones públicas, se produce una asimetría entre el tratamiento estadístico de los activos *no financieros* y el de los activos *financieros*. Las variaciones de los activos *no financieros* (cuando se deben a operaciones) se registran

de expansión de la red de ferrocarril metropolitano, que la Comunidad de Madrid emprendió partiendo de la clasificación de febrero de 2003.

- La violación de la obligación de motivación, en cuanto, entre otras razones, la decisión impugnada carece de cualquier referencia a su base jurídica y a los elementos fácticos concretos sobre los que se fundamenta»

²⁸ News Release 18/2004. De hecho, la adopción de la decisión es la consecuencia del desarrollo imaginativo de las fórmulas de asociación público-privada: «las colaboraciones público-privadas vienen desarrollándose desde hace bastantes años en el seno de la Unión Europea. Estas fórmulas de promoción de infraestructuras pueden adoptar diversas formas, incluyendo las tradicionales concesiones administrativas que normalmente no consolidan en el balance de la Administración. Recientemente, se han venido realizando nuevas e innovadoras fórmulas de colaboración en algunos países miembros, y se estima que esta tendencia continúe e incluso se acreciente como consecuencia de la necesidad de incrementar la eficiencia del gasto público y la calidad global de los servicios públicos. La Iniciativa de Crecimiento de la Unión Europea, aprobada por el Consejo Europeo de 2003, establece como uno de los objetivos prioritarios el recurso a estas innovadoras fórmulas de colaboración público-privada en la promoción de infraestructuras. Si bien la Oficina Estadística de la Comisión, Eurostat, no examina los motivos, la racionalidad y eficiencia de estas relaciones, tiene que proporcionar guías claras para su tratamiento en contabilidad nacional, para observar su impacto en los gastos generales del sector público. Más aún, una parte importante de la misión de Eurostat es asegurar la homogeneidad de las estadísticas gubernamentales en todos los Estados Miembros –incluidos los 10 Miembros que están en proceso de incorporación– de tal manera que el déficit y las estadísticas de deuda sean íntegramente comparables de acuerdo con el sistema SEC 95».

en la cuenta de capital. Por lo tanto, modifican la capacidad o necesidad de financiación, que es el saldo de la cuenta de capital. Por el contrario, las variaciones de los activos *financieros* –registradas en la cuenta financiera– no modifican dicho saldo (excepto en el caso de las variaciones unidireccionales, como la asunción de deudas o la cancelación de deudas, si la variación de los pasivos se compensa mediante una transferencia de capital)»²⁹. De hecho, el auge y caída de algunas modalidades contractuales han estado determinados por su consideración como transferencia financiera o no financiera.

El factor determinante para la desconsolidación, que ya se vio que jugaba un papel central en las CPP, consiste en que se pueda comprobar que se ha producido en la relación jurídica una transferencia suficiente de riesgo al contratista, de tal manera que la mayor parte de estos sean asumidos por la parte externa a la Administración pública. De hecho, así lo ha afirmado Eurostat después de examinar la realidad que se está abriendo: «el análisis de los riesgos asumidos por las partes contractuales constituye el elemento fundamental a la hora de clasificar el activo afecto al contrato para asegurar la correcta contabilidad del impacto sobre el déficit público de este tipo de asociaciones»³⁰. Realmente, en el análisis tiene que romperse una especie de presunción de que nos encontramos ante un bien público que, por consiguiente, la operación económica que se está realizando se consolida en el cómputo del déficit público, tal como viene señalando Eurostat: «en las cuentas nacionales, los activos afectos a un contrato a largo plazo entre una unidad administrativa y una unidad de mercado solamente pueden considerarse activos no públicos si existe una fuerte evidencia de que es el socio privado el que soporta la mayor parte de los riesgos inherentes a la ejecución del contrato»³¹.

En este sentido, el TRLCSP tiene muy presente esta doctrina de Eurostat y así, en su artículo 136 b), establece que es un contenido obligatorio del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado la determinación de las «condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones».

Como es fácil entender, este pacto en relación con el reparto de riesgos constituye un elemento básico del contrato para el cual se han arbitrado procedimientos específicos. Sin embargo, no podemos olvidar que, tal como dispone el artículo 215 del TRLCSP, esta modalidad contractual, al igual que las restantes, se ejecutará a riesgo y ventura de los contratistas, lo que supone que en principio no se puede proceder a una imputación de riesgos a la Administración superior a lo que resulta razonable. Si ocurriera, nos encontraríamos ante una alteración de la naturaleza del contrato, tal como ocurre con la relación entre la concesión de obra pública y el contrato de obra. Tal como ha señalado GÓMEZ-FERRER MORANT, aludiendo al problema del reparto de riesgos en la concesión de obras lo que es perfectamente extrapolable a este contrato, «lo importante es poner ahora de relieve que el concesionario asume el riesgo de financiación de la construcción y explotación de la obra a partir de las bases establecidas en el contrato. Y que el «mínimo» no deberá ser tan alto que excluya el riesgo, sino que habrá de ser el adecuado para que una empresa «eficiente» asuma el riesgo de financiar la

²⁹ Eurostat, «Manual del SEC 95 sobre el déficit público y la deuda pública» (2002), pág. 30.

³⁰ Eurostat, «Long Term ...», pág. 9.

³¹ Eurostat, «Long Term Contracts Between Government Units And Non-Government Partners», pág. 8.

construcción y explotación de la obra»³²; ya que si no fuera así nos podríamos encontrar con que «la verdadera naturaleza de este caso es la de un contrato de obra pública con un sistema de retribución por la Administración aplazado en el tiempo y calculado en función del uso de la infraestructura en forma similar al de la concesión», en el que el «coste va a cargo de la Administración y su abono en la forma expuesta es una obligación de la Administración»³³.

Por último, desde el punto de vista de la consolidación, también conviene deslindar asociaciones erróneas: hay pagos presupuestarios que no provocan la consolidación contable, debido a la partida del presupuesto de la que proceden –gastos corrientes, que es lo que hace que un arrendamiento no compute a efectos de déficit–. En ciertas ocasiones las actuaciones de una sociedad mercantil pública no computa a efectos de déficit público y en otras el apoyo público a una concesión de obra pública es de tal magnitud o naturaleza que tiene el efecto de que se consolide. Y obviamente, la consolidación o desconsolidación de una obra en el déficit público a efectos de la estabilidad presupuestaria nada tiene que ver con el pago de la obra: consolide o no esta en el déficit hay que pagarla, a través de los mecanismos presupuestarios o extrapresupuestarios que haya previsto la Administración en el momento de su planificación.

VI. LA TRANSFERENCIA DE RIESGOS AL CONTRATISTA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Como aspecto central aparece la transferencia de riesgos fuera de la Administración, a la otra parte del contrato. Ciertamente, no es solo un problema del análisis del déficit público sino que afecta a la propia naturaleza de estas figuras de colaboración público-privada³⁴, ya que si no se procedie-

³² GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: «El problema de la financiación de las obras públicas: las sucesivas modificaciones de la LCAP 13/1995, de 18 de mayo, con especial referencia a la financiación mediante concesión de dominio público», *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, *op. cit.*, pág. 1.112.

³³ GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: «El contrato de concesión...», *op. cit.*, pág. 1.105. En un sentido similar, la Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02, de 29 de abril de 2000, ha señalado que «para la comisión, estaremos en presencia de contratos públicos de obras en la acepción del Derecho comunitario cuando el coste de la obra vaya a cargo principalmente del órgano de contratación y el contratista no reciba su remuneración a través de derechos percibidos directamente de los usuarios de la obra.

El hecho de que la Directiva permita que el derecho de explotación vaya acompañado de un precio no altera este análisis. Se trata de una hipótesis que se da en la práctica. Puede ocurrir, por ejemplo, que el Estado asuma parcialmente el coste de explotación a fin de aminorar el precio que debe pagar el usuario (práctica de los "precios sociales"). Esta intervención puede revestir distintas modalidades (importe garantizado a tanto alzado, importe fijo pero pagado en función del número de usuarios, etc.). Estas intervenciones no cambian necesariamente la naturaleza del contrato si el precio pagado cubre solo una parte del coste de la obra y de su explotación».

³⁴ Recordemos que, en relación con el debate entre la concesión de obra pública y el contrato de obra la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea 2000/C 101/02 «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. Además, si durante la duración del contrato o al término del mismo el concesionario recibe, directa o indirectamente (en forma de reembolso, de compensación, de pérdidas o de otra forma), una remuneración distinta de la correspondiente a la explotación, el contrato ya no podría ser tildado de concesión. En este caso, la compatibilidad de la financiación adicional tendría que ser analizada a la luz del conjunto de disposiciones pertinentes de Derecho comunitario». Esta es una conclusión perfectamente extrapolable a las restantes fórmula de colaboración público-privada.

ra a la transferencia de riesgos a las entidades que colaboran con las Administraciones públicas para la realización de la infraestructura la naturaleza del contrato debería ser otra. De hecho, así lo ha afirmado Eurostat después de examinar la realidad que se está abriendo: «el análisis de los riesgos asumidos por las partes contractuales constituye el elemento fundamental a la hora de clasificar el activo afecto al contrato para asegurar la correcta contabilidad del impacto sobre el déficit público de este tipo de asociaciones»³⁵. Es, en definitiva, lo que permite diferenciar un contrato de obra simulado de otra figura jurídica.

En la actualidad se trata de un problema de notable importancia en la medida en que se está favoreciendo la cooperación pública y privada, hay mayor control sobre el cumplimiento de los criterios del déficit público y, en consecuencia, hay una necesidad suplementaria de desarrollar fórmulas imaginativas para la plasmación de proyectos que tendrían un acomodo fácil a través de los tres contratos típicos, especialmente el de obra pública. No obstante, este incentivo es cada vez mayor, sobre todo desde el momento en que el Consejo Europeo de diciembre de 2003, en su «Iniciativa Europea para el Crecimiento» lo consideraba un factor determinante para la construcción de las infraestructuras necesarias para consolidar el desarrollo económico de la Unión Europea. Posiblemente por ello, Eurostat ha emitido un capítulo complementario al Manual sobre el SEC 95, dedicado a los contratos público-privados y resulta de obligado análisis la decisión tomada el 11 de febrero de 2004³⁶. Todo ello en un contexto en el que los entes públicos han desarrollado ante cada operación soluciones cada vez más imaginativas y complejas que pretenden, por un lado, el mantenimiento bajo la tutela administrativa de la construcción de la obra y la prestación del servicio y un aumento y mejora en la prestación de los servicios pero, al mismo tiempo, eludir la consolidación de las deudas que se generen.

En este contexto, el análisis de las operaciones está girando sobre los riesgos económicos que surgen de ella para poder preceder a una adscripción que sea económicamente real. Ha de tenerse en cuenta, en este sentido, que en el sistema SEC 95 no resulta posible efectuar una división en dos contabilidades –la pública y la privada– de la operación, en función del volumen de riesgos que asuma cada una de las partes contratantes; lo que hace que, de forma global, una operación en su conjunto solo será posible clasificarla dentro o bien de las cuentas del ente público o bien en las de la unidad institucional de mercado. Y casi podría decirse que en este momento hay una presunción, razonable por otra parte, de que han de consolidarse en la contabilidad de la Administración pública. Bien puede afirmarse, en este sentido, que «la evolución que se observa en los criterios de Eurostat, que cada vez son más deta-

³⁵ Eurostat, «Long Term...», pág. 9.

³⁶ News Release 18/2004. De hecho, la adopción de la decisión es la consecuencia del desarrollo imaginativo de las fórmulas de asociación público-privada: «las colaboraciones público-privadas vienen desarrollándose desde hace bastantes años en el seno de la Unión Europea. Estas fórmulas de promoción de infraestructuras pueden adoptar diversas formas, incluyendo las tradicionales concesiones administrativas que normalmente no consolidan en el balance de la Administración. Recientemente, se han venido realizando nuevas e innovadoras fórmulas de colaboración en algunos países miembros, y se estima que esta tendencia continúe e incluso se acreciente como consecuencia de la necesidad de incrementar la eficiencia del gasto público y la calidad global de los servicios públicos. La Iniciativa de Crecimiento de la Unión Europea, aprobada por el Consejo Europeo de 2003, establece como uno de los objetivos prioritarios el recurso a estas innovadoras fórmulas de colaboración público-privada en la promoción de infraestructuras. Si bien la Oficina Estadística de la Comisión, Eurostat, no examina los motivos, la racionalidad y eficiencia de estas relaciones, tiene que proporcionar guías claras para su tratamiento en contabilidad nacional, para observar su impacto en los gastos generales del sector público. Más aún, una parte importante de la misión de Eurostat es asegurar la homogeneidad de las estadísticas gubernamentales en todos los Estados Miembros –incluidos los 10 Miembros que están en proceso de incorporación– de tal manera que el déficit y las estadísticas de deuda sean íntegramente comparables de acuerdo con el sistema SEC 95».

llados y acotan mejor el perfil de las entidades a incluir en el sector Administraciones públicas, pone de manifiesto la dificultad creciente de ensayar fórmulas creativas para soslayar los límites de déficit y endeudamiento impuestos por Maastricht»³⁷, aunque acaso no se deba ser todo lo optimista que quieren estos autores si se conoce un poco el funcionamiento diario de los entes públicos.

En efecto, en este punto, Eurostat viene aplicando un principio que parece que tiene asumido con claridad: «en las cuentas nacionales, los activos afectos a un contrato a largo plazo entre una unidad administrativa y una unidad de mercado solamente pueden considerarse activos no públicos si existe una fuerte evidencia de que es el socio privado el que soporta la mayor parte de los riesgos inherentes a la ejecución del contrato»³⁸. En este sentido, los mecanismos de control por parte del ente público sobre el particular y, sobre todo, la previsión contractual de imposición de sanciones, que deben tener un cierto automatismo y surtir un efecto relevante sobre el resultado de la explotación –lo que impide las sanciones simbólicas– son datos que contribuyen a la idea de que se ha producido un traspaso real de los riesgos de la operación.

Más aún, la asunción de riesgos por parte del particular debería ser, si aplicáramos los principios del SEC 95 desde la más absoluta ortodoxia, total aunque Eurostat ha considerado que puede resultar normal que la Administración pueda asumir ciertos riesgos, como ocurre con los acontecimientos muy excepcionales o en el caso de aquellas actuaciones administrativas que modifiquen las condiciones del contrato. En todo caso, lo que se pretende evitar es que tras una apariencia de que es el contratista de la Administración el que asume las consecuencias sea el propio ente público el que contrae la mayor parte de las obligaciones.

Una determinación genérica de los riesgos inherentes al contrato resulta ciertamente complicada. Por ello, en aras de facilitar la comprobación de la realidad económica del contrato, se han dividido estos en riesgos de construcción, riesgos de disponibilidad o, alternativamente, los denominados riesgos de demanda, sobre cuya concreción me extenderé con posterioridad. No obstante, esta división juega como un elemento para el análisis ya que el principio básico del que se parte en Eurostat es que *para que un riesgo esté asumido por parte de una unidad institucional de mercado y por tanto la operación no se consolide en las cuentas de una Administración pública, la mayoría de los riesgos de construcción y de disponibilidad o de demanda han de recaer en el sujeto particular*. En caso contrario se registrará en el balance de la Administración, con un tratamiento similar al arrendamiento financiero, requiriendo el registro de gasto de capital y el consiguiente endeudamiento de la Administración pública.

Esta realidad se va a aplicar incluso en los casos en los que la asunción de riesgos no es directa. En efecto, en el caso en que la participación pública suponga que la Administración ostenta la condición de garante de una parte relevante del riesgo –aunque sea para obtener mejores costes de financiación en los mercados y mejor calificación de los riesgos–, en ese caso, la operación se deberá consolidar en su balance. Eurostat lo afirma de este modo: «En algunos casos, la garantía de una deuda puede hacer que la deuda del socio se clasifique como deuda pública, como ocurre cuando existen disposiciones legales por las cuales se transmita a la Administración la totalidad o parte del

³⁷ PINA, V. y TORRES, L.: *La iniciativa privada en el sector público: externalización de servicios y financiación de infraestructuras*, AECA, Madrid (2004), pág. 44.

³⁸ Eurostat, «Long Term Contracts Between Government Units And Non-Government Partners», pág. 8.

servicio de la deuda o en los supuestos en donde nos encontramos con la incapacidad evidente por parte del socio para atender a sus obligaciones de pago de la deuda»³⁹.

De igual manera, el destino final del inmueble es tenido en cuenta como elemento indirecto para determinar si hay o no una transferencia de riesgos al particular que colabora con la Administración, de tal manera que el coste de la infraestructura se consolidaría en las cuentas públicas siempre que la Administración se haga con el activo a la finalización del contrato y el precio determinado de antemano sea superior al valor del bien o pese a ser inferior los pagos realizados regularmente hayan alcanzado un valor similar al de este. Y obviamente nos encontramos ante una problemática muy particular en los supuestos en los cuales la Administración contrata con una sociedad de capital enteramente público creada por dicha Administración pública para el tipo de actividades como la que se pretenden realizar y que, por su especificidad, lo abordaremos cuando se desarrolle el capítulo relativo a la construcción a través de una sociedad mercantil pública.

Los únicos riesgos que no son tenidos en cuenta en el análisis son los que no están vinculados al activo que se va a construir y que se pueden separar del contrato principal, lo que condiciona, por ejemplo, las aportaciones públicas para la construcción de la obra y, de igual manera, las garantías públicas, tal como veremos con posterioridad en los capítulos sucesivos. Es por ello por lo que las operaciones de cooperación público-privada no suelen resultar sencillas y, asimismo, hay una voluntad de difuminar los riesgos fuera del ámbito público. En todo caso, en los capítulos siguientes aparecerán algunas cuestiones puntuales que no conviene señalar en este momento dado que quedarían difuminados por afectar a aspectos concretos de modalidades específicas.

En este momento conviene que se analicen las diversas modalidades de riesgo que ha configurado Eurostat, que han de ser estudiadas para un adecuado engarce en la contabilidad del ente público o del particular y que, como se ha señalado con anterioridad, son riesgos de construcción, riesgos de disponibilidad y riesgos de demanda.

Aunque pueda parecer que con ello nos introducimos en una perspectiva meramente contable, para determinar los efectos en contabilidad nacional de la construcción de una infraestructura, nos está llevando al análisis de cómo se aplica el principio de riesgo y ventura de la contratación pública, que el artículo 199 de la LCSP modula para una de las modalidades de colaboración público-privada: «La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 214, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado» (art. 199 LCSP).

VII. RIESGOS DE CONSTRUCCIÓN

La primera modalidad de riesgo que ha de ser analizada es la denominada «riesgo en la construcción». El riesgo de construcción, tal como ha sido definido por Eurostat, «cubre aspectos que afectan al estado inicial del acto. En la práctica cubre acontecimientos tales como retrasos en la entre-

³⁹ Eurostat, «Long Term...», *op. cit.*, pág. 12.

ga, incumplimiento de criterios especificados, costes significativos, deficiencias técnicas y factores externos negativos –incluidos los riesgos ambientales–, que conllevan pagos indemnizatorios a terceros»⁴⁰. Obviamente esto se aplica tanto a los supuestos en los que las consecuencias económicas de los riesgos los asume el ente público como en aquellos otros en los que el contrato está planteado de tal manera que hay un sobrecoste para la Administración para hacer frente a estos gastos hipotéticos.

Para que estos riesgos no computen en la contabilidad de un ente público han de haber sido transferidos al colaborador de la Administración, cuestión para cuya comprobación se procede a una subdivisión de los riesgos que se producen en el momento de la construcción del bien por parte del particular. En todo caso, sí conviene afirmar que esta transferencia de los riesgos implica que la Administración ha de efectuar pagos en circunstancias muy concretas. En relación con esta modalidad de riesgos, como se ha afirmado, se ha de proceder a una transferencia real de los mismos al particular que colabora con la Administración de tal manera que los pagos que efectúe la Administración deben ser la consecuencia de un estado de los activos que lo requieran. Así, en condiciones normales un socio particular de la Administración no debería aceptar únicamente aquellos riesgos de construcción cuando las exigencias administrativas resulten inusuales, de tal manera que pueden afectar a la viabilidad comercial del producto o cuando a través del comportamiento del ente público se modifican las especificaciones durante el proceso constructivo o se alteran requisitos usuales.

Los riesgos del proceso de construcción y, por ende, el coste de asunción del proyecto debe ser asumido por el particular. De este modo, la realización de pagos anticipados por parte de la Administración, que no sea la consecuencia de la comprobación de la calidad de las obras solo podrán ser admitidos en el supuesto de que tengan reconocida de forma expresa la naturaleza de pagos a cuenta, de lo que se podría derivar, en su caso, un saldo positivo para la Administración en el momento de la liquidación definitiva. A una conclusión similar se llega cuando los pagos los efectúa la Administración para cubrir sistemáticamente cualesquiera costes adicionales, sea cual fuere su justificación, dado que esto evidencia que los riesgos reales de ejecución del proyecto no han sido asumidos por parte del particular, sino que siguen estando en manos de la Administración.

Los pagos no deben servir, asimismo, para el abono de cualesquiera costes adicionales que hayan surgido en el desarrollo del contrato, ya que esto evidenciaría una mala previsión por el socio privado y, paralelamente, una asunción de riesgos por parte de la Administración, por lo que han de ser abonados por el contratista de la Administración pública, nunca por esta. Eurostat afirma, en este sentido, de forma clara que «un punto importante es que la Administración no deberá estar obligada a efectuar ningún pago que se derive de un incumplimiento en la gestión de la construcción por parte del socio privado, bien como proveedor directo o únicamente como coordinador/supervisor»⁴¹. Esta doctrina, por ejemplo, es especialmente relevante a la hora de estudiar las posibilidades de apoyo administrativo a los concesionarios por aumentos de gastos de expropiación, supuesto que desde luego no resulta desconocido en nuestro país, ya que es una de las principales reivindicaciones en relación con las autopistas radiales de los alrededores de Madrid y que, por aplicación de la antedicha doctrina, el Estado no puede asumir.

⁴⁰ Eurostat, «Long Term...», pág. 9.

⁴¹ Eurostat, «Long Term...», pág. 15.

Por último, conviene recordar que sí resulta admitido en el sistema contable europeo que la Administración puede asumir aquellos riesgos que se deriven de acontecimientos exógenos imprevistos, que estén fuera de la cobertura normal que proporcionan las compañías de seguros para la construcción de las infraestructuras y que, obviamente, no debe confundirse con la idoneidad del «diseño» de los activos, ya que en este último supuesto nos encontramos ante un riesgo de construcción, derivado de la deficiente planificación del proyecto y tampoco ante problemas derivados de la falta de análisis previos ni de falta de previsión del contratista. Han de ser supuestos, en consecuencia, totalmente imprevisibles.

Estas reglas que se acaban de exponer sobre los riesgos de la construcción podrían ser matizadas por Eurostat siempre que se trate de proyectos para el desarrollo de productos novedosos en los que exista un desarrollo de una labor importante de investigación y desarrollo, o de innovación tecnológica, en los cuales la participación de los particulares resulta muchísimo más complicada precisamente por el incremento de riesgos. Frente a esta admisibilidad de ciertos pagos para el fomento de la investigación científico-técnica, los criterios resultan más rígidos en los casos en los que nos encontremos ante actividades más convencionales, que carecen del componente de investigación.

VIII. RIESGOS DE DISPONIBILIDAD DE LA INFRAESTRUCTURA

VIII.1. Desarrollo general de la transferencia de riesgos de disponibilidad

En segundo lugar, para determinar si se ha de operar la consolidación en la contabilidad de una Administración pública de una operación, se ha de proceder al análisis de los denominados «riesgos de disponibilidad». De acuerdo con lo señalado por Eurostat, este tipo de riesgo está constituido por los que «hacen referencia a aquellos casos en los que, durante la explotación del activo, se reclama la responsabilidad del socio porque a causa de una gestión deficiente, el volumen de servicios es inferior al contractualmente convenido o su nivel de calidad no satisface la convenida en el contrato»⁴².

Para determinar cómo se ha de computar este tipo de riesgos ha de recordarse que los pagos que en estas operaciones efectuaría la Administración serían pagos periódicos en contraprestación por la explotación de una obra o la prestación de un servicio o por ambos, pero que en todo caso han de ser reales⁴³. Precisamente por ello, como ha señalado Eurostat, han de afectar al activo principal y no a alguno de los contratos complementarios, que estén vinculados a él, pero que no lo tengan como su objeto principal⁴⁴, como ocurriría, por ejemplo, en un contrato para la construcción de un

⁴² Eurostat, «Long Term...», *op. cit.*, pág. 9.

⁴³ Con independencia de que con posterioridad se aluda a este problema con mayor detenimiento, pueden verse los Informes de la Junta Consultiva 61/03, de 12 de marzo de 2004, y 70/04, de 11 de marzo de 2005, en los cuales se hace referencia a problemas con la utilización de ciertas modalidades contractuales precisamente porque no había realmente un servicio ni había transferencia de riesgos al particular, sino que se trataba de contratos de obra disfrazados.

⁴⁴ Esto lo señaló Eurostat en su decisión de 11 de febrero de 2004 en donde hizo una concreción de los riesgos que podían ser incluidos entre los que se diferían al particular a efectos de que no computara la operación en la contabilidad pública. Allí, señaló que «no se deben considerar riesgos que no estén relacionados con el activo y que puedan ser completamen-

hospital pero que llevara anejos los servicios de lavandería, que obviamente nada tienen que ver con el inmueble y que de hecho suelen ser redefinidos en alguna de sus cláusulas varias veces durante el periodo de la vida del contrato sobre el inmueble.

Desde esta perspectiva, lo que exige Eurostat para que no se contabilice en la contabilidad del ente público que ha adjudicado el contrato es que el bien objeto del contrato esté disponible para el servicio que quiere prestar la Administración pública en cantidad suficiente y con la calidad adecuada para que el servicio esté adecuadamente prestado. Paralelamente, ante supuestos de incumplimiento por parte del contratista, lo que resulta exigible para la desconsolidación contable es que este responda como hace cualquier empresario privado ante este tipo de situaciones. O, planteada la cuestión desde el punto de vista de los abonos que hace el ente público al contratista, Eurostat ha indicado que «los pagos por la Administración dependerán del nivel efectivo de disponibilidad asegurado por el cliente privado durante un periodo de tiempo determinado»⁴⁵.

En todo caso, en el momento de la firma del contrato deben quedar pactadas las cantidades máximas que puede cobrar el contratista durante toda la vida de la colaboración público-privada y, lo que resulta más relevante, que estas cantidades no vienen a sufragar un déficit global del contrato en los casos en los que la explotación económica no resulte rentable. Esto impide, además, el que se pueda producir un aumento en los pagos que haya de realizar la Administración al contratista en el supuesto de que se produzca un aumento de los costes de explotación de la infraestructura construida o de sus servicios anejos, ya que, tal como señala Eurostat, esto sería transformar la relación jurídica, que pasaría a estar considerada como un arrendamiento financiero, con distinta valoración contable y, por consiguiente, consolidaría las deudas en el déficit público⁴⁶.

Obviamente, aquí cabe que en el contrato se estructuren diversas modalidades de pagos al contratista, fórmulas que han sido valoradas por Eurostat de forma flexible atendiendo a la realidad de cada uno de los contratos que se hayan firmado. De hecho, a título de ejemplo, se puede señalar que la aplicación de esta regla no eliminaría, en principio, la posibilidad de que las cantidades que paga la Administración pública al contratista estén divididas en dos partes, de tal manera que tengan una parte fija y otra que sea directamente dependiente de la calidad del servicio, sin que tenga la consideración de sanción. Obviamente lo que no puede suponer esta dualidad tarifaria es la desnaturalización del contrato, de tal manera que para que esta modalidad resulte admisible es preciso que los pagos hayan de ser realizados una vez que se haya producido la autorización para el inicio de las actividades, y siempre y cuando el permiso concedido por la Administración pública pueda ser revocado por falta de cumplimiento de la normativa, particularmente cuando se impone la cláusula de progreso o de adaptación tecnológica, con los problemas que ello puede provocar por incremento de los costes al prestador del servicio.

Uno de los elementos en los que más se incide por parte de Eurostat es el relativo al aumento en los costes de puesta a disposición de la Administración del inmueble objeto del contrato. Estas

te separados del contrato principal como es lo que ocurre cuando el contrato puede ser totalmente renegociado periódicamente y sujeto a deducciones que no dependen significativamente de los activos principales» –Publicada en el Eurostat, News Release 18/2004, pág. 2–.

⁴⁵ Eurostat, «Long Term...», *op. cit.*, pág. 15.

⁴⁶ Eurostat, «Manual...», *op. cit.*, pág. 200.

cantidades deben ser, en principio, asumidas por el particular, de tal manera que se violaría el principio de la asunción de riesgos por este si fueran sufragadas por la Administración pública, ya que reflejan una mala planificación del coste de puesta en servicio, que ha de ser transferido al contratista y no restar en manos de la Administración. Conviene tener presente que esta solo podría hacer frente a un aumento de costes si es la consecuencia de actividades de la Administración en relación con el objeto del contrato, como sería, claramente, en el caso de ejercicio por parte de esta del *ius variandi*. En los restantes supuestos el incremento de costes lo ha de asumir en su integridad el contratista, para lograr el efecto de la desconsolidación.

Para una determinación adecuada de las circunstancias en las que aparece la responsabilidad por la disponibilidad, en el contrato han de aparecer concretados los niveles de prestación que tiene que realizar el particular y, al mismo tiempo, que la responsabilidad opere de un modo automático. Desde esta perspectiva, tienen que surtir «un efecto importante sobre sus ingresos/beneficios. Deben afectar en medida significativa al margen de explotación de la unidad e incluso podrían superarlo en ciertos casos, de tal manera que el socio sufriría una fuerte penalización financiera por su insuficiente o inadecuado rendimiento. Podrán adoptar asimismo la forma de renegociación automática del contrato e, incluso, en un caso extremo, de expulsión del socio original del contrato»⁴⁷. Incluso, como mecanismo de cierre ante posibles comportamientos torticeros por parte de la Administración, se podrían hacer estudios comparativos de los costes que se están facturando para servicios de similar naturaleza, a fin de probar que la exigencia de calidad resulta proporcionada a las características del servicio.

Frente a este automatismo, el análisis de las deducciones por mal funcionamiento de la prestación podría conducirnos a una situación que sí computaría a efectos de déficit: la mala concreción de los niveles de calidad. Esto es, en los supuestos en los cuales esté prevista una alta responsabilidad por parte del contratista pero en donde se haya producido, al mismo tiempo, una concreción laxa de los elementos que la hacen surgir, nos encontraríamos con que resulta indicativa de una deficiente traslación de los riesgos al particular, o, planteada la cuestión de forma inversa, nos demostraría que nos encontramos ante la asunción indirecta de los daños producidos por la Administración contratante y no por el contratista.

En este sentido, la cuantía de las sanciones es un elemento relevante a la hora de analizar cómo se ha producido la transferencia de riesgos. El criterio básico que utiliza Eurostat para dilucidar si la sanción es ficticia o por el contrario es real depende del coste de la prestación del servicio: «la reducción en los pagos por la Administración en una cuantía muy inferior a la que correspondería a la parte de servicios no prestados demostraría la existencia de una sanción marginal, lo que sería contrario a la filosofía básica de una transferencia significativa de riesgos al socio»⁴⁸. Obviamente no debe quedar recogido en el contrato un umbral de incumplimiento que resulte sin sanción para el contratista por cumplimiento deficiente del servicio, ya que este elemento operaría como un indicativo de que no se ha producido la necesaria transferencia significativa del riesgo al particular que colabora con la Administración.

⁴⁷ Eurostat, «Long Term...», *op. cit.*, pág. 15.

⁴⁸ Eurostat, «Long Term...», *op. cit.*, págs. 15-16.

Pero, al mismo tiempo, hay que establecer mecanismos adecuados de control por parte de la Administración, que han de estar suficientemente familiarizados con las prestaciones del contrato para que la imposición de este tipo de penalizaciones se pueda establecer de forma real.

Estos incumplimientos del contratista solo podrían quedar sin sanción por parte del ente público en aquellos supuestos en los que se producen elementos de carácter extraordinario que son determinantes de la falta de consecución. Así, Eurostat cita específicamente dos que resultan muy expresivos del tipo de circunstancia ante el que nos tenemos que encontrar para que se pueda no materializar la consolidación: «como puede ser un cambio importante de política o un caso de "fuerza mayor". Si bien, tales excepciones solo se aceptarían en condiciones muy limitadas que deben establecerse expresamente en el contrato»⁴⁹.

VIII.2. En particular, la estructuración de los pagos por disponibilidad

Tal como señala el artículo 11.4 de la LCSP, «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 condiciones normales, este pago va a estar vinculado a los referidos objetivos de rendimiento, en la medida en que la estructura de los contratos de colaboración exigen una determinación de los niveles de calidad de los servicios prestados por el contratista.

De hecho, en las operaciones de CPP, el modo usual de pago es el denominado pago por disponibilidad, que es el usual en los casos de contratos cuyo objeto son infraestructuras para su utilización para actividades administrativas. Esto es, se trataría de aquellos supuestos en los que se suscriben contratos «para la construcción y financiación de infraestructuras públicas que únicamente va a utilizar la Administración y no terceros usuarios, por lo que en principio no serían explotables económicamente, al menos, hacia el mercado. Estaríamos hablando de supuestos en donde no se admite la prestación del servicio por el concesionario sino por la Administración, tales como hospitales, prisiones, colegios, edificios de servicios administrativos, ...»⁵⁰.

Esto es, nos podemos encontrar tanto ante supuestos en los cuales hay una puesta a disposición de un edificio para la prestación de un servicio en condiciones adecuadas pero en los que el usuario final va a ser un particular –como ocurre, por ejemplo, con los hospitales⁵¹– o incluso a los propios

⁴⁹ Eurostat, «Long Term...», *op. cit.*, pág. 15.

⁵⁰ HERRANZ EMBID, P.: «Régimen general de las obras públicas», dentro de la obra colectiva *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia (2005), págs. 756-757.

⁵¹ De hecho, esta fórmula de los pagos por disponibilidad es la que está utilizando la Comunidad de Madrid para la construcción de siete hospitales. En el Hospital Puerta de Hierro Majadahonda, adjudicado en el mes de julio de 2005, por ejemplo, en los pliegos de cláusulas administrativas hay una cantidad fija que no puede ser superior al 40 por 100 de la cantidad máxima anual ofertada, más una cantidad variable anual que será el resultante de la suma de tarifas anuales aplicadas a cada uno de los servicios en el caso de que se cumpla la totalidad de los estándares prefijados en el Pliego. Estos criterios se han de aplicar para un grado de utilización del 85 por 100, medida en camas ocupadas por paciente y día. La cantidad anual será la resultante de un polinomio que combina cantidad fija anual, cantidad variable anual, actualizaciones de acuerdo con el IPC, tasas por cada uno de los servicios ofertados, con las deducciones que se efectúan en función de la disponibilidad y calidad efectiva de los servicios proporcionados. Por último, las cantidades se abonarán por meses vencidos y dividiendo la cantidad anual en doce mensualidades.

servicios administrativos, como ocurre con muchos supuestos de utilización de las fórmulas CPP para las sedes administrativas. En este sentido, lo que se transferiría al particular sería el denominado «riesgo por disponibilidad de la infraestructura», que, como sabemos, ha sido definido por Eurostat como aquel «que hace referencia a aquellos casos en los que, durante la explotación del activo, se reclama la responsabilidad del socio porque a causa de una gestión insuficiente ("mala gestión"), el volumen de los servicios es inferior al contractualmente convenido o su nivel de calidad no satisface la especificada en el contrato».

Ahora bien, no podemos olvidar que en estos supuestos el esquema contractual es especialmente complejo en la medida en que no nos encontramos ante un contrato del que únicamente forme parte la infraestructura sino que hay una serie de prestaciones complementarias –servicios y calidad de la disponibilidad–, que serían las que determinarían el riesgo económico para el contratista. En este sentido, en estas modalidades de concesión «el concesionario construye, financia y opera la infraestructura, encargándose la Administración competente básicamente de proveer los servicios asociados. La adjudicación de la concesión se realiza sobre la base de las propuestas de los licitantes que incluyen un proyecto de diseño realizado teniendo en cuenta especificaciones funcionales definidas por la Administración concedente. La fórmula de financiación utilizada es del tipo presupuestaria diferida, basada en un esquema de pagos por disponibilidad, por el cual se retribuye al concesionario en función de la calidad en la prestación del servicio de operación de la infraestructura según unos parámetros predefinidos en el contrato de concesión»⁵².

De este modo, la retribución que abonaría la Administración no sería fija sino que, por el contrario, dependería de la disponibilidad del inmueble y del cumplimiento de los parámetros de calidad que se hayan pactado entre concedente y concesionario. En este sentido, conviene tener presente que no solo se producen los pagos por la Administración en función de la utilización sino que en ocasiones también se utilizan criterios derivados de la evaluación de los estándares de calidad y servicio, que actúan como incentivos para un adecuado nivel de calidad y con penalizaciones para el concesionario en el caso de que la obra no se encuentre en las condiciones requeridas⁵³. Es lo usual en los casos en los que hay un servicio efectivo –hospitales, colegios...– pero que también se ha utilizado en ocasiones para mejora de autovías ya construidas. Como consecuencia de ello, la remuneración que recibe el concesionario no es fija, sino variable, en función de diversos criterios entre los que está la cantidad y, sobre todo, la calidad del servicio previsto⁵⁴. Por lo tanto, se trata de un sistema en el que el pago es efectuado por todos los contribuyentes, quienes asumen el coste final del proyecto, usen o no la infraestructura, si bien los pagos que se deberá realizar por la Administración se realizan de forma escalonada en el tiempo.

Precisamente por ello, el clausulado de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado ha de estar muy vinculado a la realidad de los denominados pagos por disponibili-

⁵² HERRANZ EMBID, P.: *Régimen general...*, *op. cit.*, pág. 757.

⁵³ ACERETE GIL, J.B.: *Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid (2004), pág. 87.

⁵⁴ Véase sobre esta modalidad de retribución los trabajos de ÁGUEDA MARTÍN, F.J.: «La financiación...» *op. cit.*, el estudio de RUIZ OJEDA, A.: «Aplicaciones recientes en materia de financiación privada de infraestructuras en España: entre la financiación presupuestaria diferida y las fórmulas concesionales» en el libro colectivo *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España (Elementos comparativos para un debate)*, Coedición del Instituto de Estudios Económicos y la Editorial Civitas, Madrid (2000).

dad, debiendo recoger, asimismo, un desplazamiento suficiente del riesgo de la Administración al contratista; lo que se puede estructurar de la siguiente manera:

- i. De entrada, se puede recoger una cantidad fija que pague la Administración al concesionario, pero bajo ciertas condiciones. Se trata de cantidades que no se pueden empezar a pagar por parte del ente que ha otorgado la concesión con anterioridad a la entrega del inmueble a la Administración. De igual modo, estas cantidades fijas no pueden tener una magnitud que cubran todos los costes de construcción de la infraestructura. Si ocurriera de este modo, realmente no nos encontraríamos ante una concesión de obra pública por faltar el elemento del riesgo que ha de asumir el contratista de la Administración pública, ya que es esta la que cubre el riesgo total de la operación.
- ii. La segunda parte de lo que abonaría la Administración, la relativa a los ingresos variables dependientes de la calidad del servicio no deben ser la consecuencia solo de sanciones por el mal funcionamiento del servicio sino que deben estar estructurados sobre la cantidad y calidad del mismo, de tal manera que el riesgo económico de la concesión se materializaría si el servicio no alcanza toda la calidad requerida por la Administración, con lo que el riesgo económico aparecería aún si no hay, en sentido técnico, incumplimiento sino mero cumplimiento *discreto*, en la zona de los mínimos admisibles⁵⁵. En esta línea, ha de procederse a un examen continuo del funcionamiento del servicio para adecuar las cantidades que ha de abonar la Administración al concesionario.

En este sentido, debería existir una diferenciación clara entre lo que son sanciones por el mal funcionamiento del servicio y la determinación de las partidas por las que puede cobrar el concesionario, atendiendo a niveles de calidad, que obviamente deberían ser variables en función de las circunstancias y de los avances técnicos y sociales, por lo cual habrán de ser fijadas con la mayor nitidez posible. En todo caso, si hubiera penalidades, un mal funcionamiento del servicio debería suponer una reducción significativa de los pagos que realice la Administración concedente.

Se ha de proceder a la determinación de una cuantía máxima anual que percibiría el concesionario de la Administración solo en el caso de la mejor prestación del servicio tal como está recogida en la concesión. En este sentido, las rebajas en la retribución por servicios prestados con una calidad inferior deberían poder condicionar la rentabilidad económica de la explotación de la concesión. Precisamente porque la retribución depende de la calidad, deberían estar previstos expresamente controles por parte de la Administración⁵⁶. Si no estuvieran previstos o si no se hicieran sería un indicio de que el contrato de concesión de obra pública encubre, en su realidad económica, uno de obra cuyas cláusulas económicas sí se consolidarían en la contabilidad de la Administración contratante.

⁵⁵ Eurostat es clara sobre este punto cuando señala que «se supone que la Administración no lo soporta si está legitimada para reducir en medida importante sus pagos periódicos, como cualquier "cliente normal", caso de no satisfacerse ciertos criterios de rendimiento. Bajo estas condiciones, los pagos por la Administración dependerán del nivel efectivo de disponibilidad asegurado por el cliente privado durante un periodo de tiempo determinado».

⁵⁶ Eurostat lo recoge expresamente cuando indica que «Lo anterior sería de aplicación especialmente en el caso de que el socio no satisfaga los niveles de calidad requeridos debido a una falta de cumplimiento, con la resultante indisponibilidad del servicio, bajo nivel de la demanda efectiva por parte de usuarios finales o bajo nivel en la satisfacción del usuario. Dichos extremos vienen generalmente reflejados en indicadores de cumplimiento en el contrato».

IX. RIESGOS DE DEMANDA

La última modalidad de riesgo que ha de ser transferida por las Administraciones públicas al contratista y que ha de ser analizada, de acuerdo con la doctrina de Eurostat sobre la consolidación de infraestructuras, está constituida por los denominados riesgos de demanda. De acuerdo con lo que se ha señalado por la Oficina estadística europea, los riesgos de demanda serían aquellos que cubren «aquellas variaciones en la demanda (superior o inferior a la prevista en el momento de firmarse el contrato) que no dependen de la actuación del socio privado. En otras palabras, un desplazamiento de la demanda no puede estar vinculado a una calidad insuficiente de los servicios prestados por el socio, sino que resulta de otros factores como pueden ser el ciclo económico, nuevas tendencias del mercado, cambio en las preferencias de los usuarios finales u obsolescencia tecnológica. Forma parte del *riesgo económico* que habitualmente soportan las entidades privadas en una economía de mercado»⁵⁷.

De forma sintética, se puede señalar que la Administración contratante retiene el riesgo de demanda de una operación de construcción de infraestructuras cuando está obligada al pago de una determinada cantidad al particular con independencia de cuál sea la utilización efectiva del bien, con lo que la rentabilidad económica para el contratista está garantizada contractualmente, al resultar totalmente independiente de la demanda real del servicio. De este modo, estaría vetada por efecto del principio de estabilidad presupuestaria la denominada «garantía de beneficio empresarial» a que algunos hacen referencia, incluso está recogido en alguna norma española, y que se analizará con la concesión de obra pública.

En definitiva, lo que se pretende es que ante respuestas negativas de los consumidores con respecto a un determinado bien, el contratista debe adoptar soluciones empresariales para aumentar la aceptación del mismo sin recurrir a garantías de la Administración, que demostrarían que es el que ha retenido los riesgos que se pueden producir con la operación. En este sentido, la realización de todo tipo de actividades para impulsar el uso del bien, que van desde el elemento que resulta más común, la publicidad de la infraestructura, hasta otros más complejos como la diversificación del uso del bien —que, obviamente, ha de estar aceptada de forma previa en el contrato o, en su defecto, ser pactada con la Administración—, son indicativos de que el riesgo de la demanda es soportado por el particular y, por consiguiente, la inversión para la construcción de la infraestructura no se consolidará en las cuentas de la Administración pública.

Como es fácil de entender, este planteamiento de Eurostat hace que haya que ser especialmente cuidadoso en la formulación de algunas modalidades de concesión de obra pública en las que es la Administración concedente la que efectúa los pagos al contratista, como son las de peaje en la sombra o las de peajes mixtos o, incluso, en algunas modalidades de peaje en la sombra en donde no hay una cantidad fija, como se estructura el peaje por bandas. Y sin duda condiciona mucho la aplicabilidad de los mínimos de peaje que han de abonar las Administraciones, el sistema que ha sido típico en Chile, sobre todo si las cantidades cubren la amortización de la construcción de la infraestructura. Y, precisamente por esto también resultan problemáticas, desde el punto de vista de la esta-

⁵⁷ Eurostat, «Long Term...», *op. cit.*, pág. 9.

bilidad presupuestaria, las aportaciones a la explotación de la obra que están recogidas en la normativa de la concesión de obra pública.

Incluso, de acuerdo con lo señalado por Eurostat, si se produjera una decisión administrativa que afectara directamente al volumen de la demanda de utilización del bien —el caso típico estaría constituido por la construcción de una infraestructura que haga competencia a la ya construida— y esto supone incluso que se ha de producir por parte del ente público un pago compensatorio al contratista, aquí no nos encontramos ante la consolidación contable en la Administración sino que se trataría de abonos de cantidad admitidos, precisamente por la imprevisibilidad del riesgo en el momento de producirse la primera construcción ⁵⁸.

Por último, de acuerdo con el esquema del SEC 95 también se podrían producir pagos al contratista en casos de acontecimientos externos de naturaleza excepcional, en casos de fuerza mayor, sin que se produzca la consolidación en las cuentas de la Administración pública de la que depende la obra construida. Estos supuestos se admitirán solo en condiciones muy restrictivas, en las que no hay coberturas de seguro a precio razonable, ya que en supuestos normales el contratista está obligado a suscribir una póliza de seguros para recuperarse de los daños padecidos en el bien. Lo que desde luego no es admisible es que sea la Administración pública la que actúe como seguro a todo riesgo de los daños que acontezcan al contratista.

X. UNA CUESTIÓN GENERAL: EL MOMENTO DEL CÁLCULO DE LA OPERACIÓN EN EL BALANCE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE DEVENGO

En el último lugar de la explicación general del sistema SEC 95 corresponde examinar una cuestión de gran importancia, que es la referida al momento en que se va a producir el efecto, positivo o negativo, de la operación en el balance de la Administración pública. El momento en que se produzca la incorporación al balance debe reflejar de la mejor manera posible la realidad económica.

De acuerdo con lo señalado por Eurostat, «en el SEC 95 se establecen los momentos del registro de las diferentes operaciones. Como norma general, el sistema registra los flujos ateniéndose al principio del devengo, es decir, cuando se crea, transforma o extingue el valor económico, o cuando nacen, se transforman o se cancelan los derechos y las obligaciones» ⁵⁹. Este principio tiene una notable incidencia en los supuestos de operaciones en las cuales el pago por parte de la Administración no es seguro, como ocurre con los casos en que se otorgan préstamos, que en principio se han de devolver, o se avalan cantidades por parte del ente público. Debe tenerse en cuenta, en estos casos, que las operaciones de garantizar operaciones ajenas suponen, desde la perspectiva de la contabilidad pública, que la deuda se transfiere a la Administración, y qué tiene repercusiones sobre la capacidad de financiación de las Administraciones públicas.

⁵⁸ Eurostat, Decisión de 11 de febrero de 2004, News Release 18/2004, pág. 4.

⁵⁹ Eurostat, «Manual...», *op. cit.*, pág. 133.

XI. ANÁLISIS DEL EFECTO SOBRE EL DÉFICIT PÚBLICO

Pese a la importancia que tiene el problema del efecto sobre el déficit público de una determinada actuación pública, resulta paradójico que en el procedimiento de adjudicación de los contratos públicos no exista ninguna fase dedicada específicamente a este problema. Es una cuestión de envergadura tanto en las concesiones de obra pública como en las colaboraciones público-privadas –tanto en las contractuales como en las institucionales– ya que en ambas modalidades de contratación pública se producen apoyos públicos a la actuación de los socios privados que pueden terminar alterando la propia naturaleza del contrato y conduciendo a que no se ha producido una transferencia suficiente de riesgos al sector privado.

De hecho, uno de los contratos que, por su propia naturaleza, más problemas puede provocar desde la perspectiva de la solidez financiera de las Administraciones públicas es el de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como los de concesión de obra pública, recogidos en la LCSP. Posiblemente por ello, en la actual coyuntura económica se ha fomentado su verificación económica, tal como se recoge en el artículo 16 del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, que dispone lo siguiente:

«Artículo 16. *Contratos de colaboración público-privada y de concesión de obra pública.*

En el ámbito del Sector Público Estatal, antes de autorizar un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como un contrato de concesión de obra pública, tipificados en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, cuyo valor estimado exceda de doce millones de euros, será preceptivo y vinculante un informe del Ministerio de Economía y Hacienda que se pronuncie sobre las repercusiones presupuestarias y compromisos financieros que conlleva, así como sobre su incidencia en el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, según lo establecido en el Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre.

A tal efecto, el órgano de contratación deberá proporcionar información completa acerca de los aspectos financieros y presupuestarios del contrato, incluyendo los mecanismos de captación de financiación y garantías que se prevea utilizar, durante toda la vigencia del mismo, así como, en su caso, el documento de evaluación previa a que se refiere el artículo 118 de la LCSP».

Sin duda es un paso adelante en una dirección adecuada, sobre todo teniendo en cuenta las consecuencias que tiene el incumplimiento de los criterios del déficit público para la ejecución de las políticas sociales. No obstante, es una medida que dista de ser completa en la medida en que debiera extender sus efectos a unos contratos de cuantía inferior –precisamente por el riesgo que hay de alterar el objeto–, y, sobre todo, extenderlo de forma obligatoria a todas las Administraciones públicas, cuyos niveles de déficit son de más entidad porcentual que los del sector público estatal, especialmente en la Administración local.