

# COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA Y GESTIÓN PATRIMONIAL. UN ESTUDIO DE LA UTILIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

**JULIO GONZÁLEZ GARCÍA**  
*Universidad Complutense de Madrid*



Este trabajo ha obtenido el 2.º *Premio Estudios Financieros 2012* en la modalidad de **DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Fernando SAINZ MORENO, doña Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ, don David LARIOS RISCO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ y don Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

## **Extracto:**

LA colaboración público-privada dispone de multitud de variantes, tanto en cuanto a su formulación como en cuanto al régimen jurídico al que se sujetan. En este estudio se pretenden analizar los mecanismos más flexibles que están contemplados en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, que fueron, además, los pioneros en el ordenamiento español y que no han de pasar por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público ni el contrato típico de la colaboración entre el sector público y el sector privado. En particular, se analiza el modelo más utilizado del arrendamiento operativo.

**Palabras clave:** colaboración público-privada, arrendamiento operativo, estabilidad presupuestaria, privatización, desregulación.

# PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP AND PATRIMONIAL MANAGEMENT. A STUDY OF THE UTILIZATION OF THE LAW DEPRIVED BY THE PUBLIC ADMINISTRATIONS

**JULIO GONZÁLEZ GARCÍA**  
*Universidad Complutense de Madrid*



Este trabajo ha obtenido el 2.º *Premio Estudios Financieros 2012* en la modalidad de **DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Fernando SAINZ MORENO, doña Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ, don David LARIOS RISCO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ y don Manuel MARTÍNEZ SOSPEDRA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

## **Abstract:**

**T**HE public-private partnership has multiple variations, both in its formulation and in terms of the legal regime to which is attached. This study aims to analyze the most flexible mechanisms addressed under the Heritage for Public Administrations Act, which pioneered the Spanish legal system and do not have to go through the Consolidated Public Sector Procurement Act and the public-private partnership contract it regulates. In particular, we analyze the most widely used type of operating lease.

**Keywords:** public-private partnership, operating lease, budgetary stability, privatization, deregulation.

# Sumario

- I. Planteamiento general.
- II. La estabilidad presupuestaria como contexto y pretexto.
- II. Flexibilidad contractual y legislación de patrimonio de las Administraciones públicas.
- IV. Exclusión en la aplicación de la normativa de contratos del sector público y normativa de aplicación.
- V. Consideraciones generales sobre el régimen jurídico de la gestión patrimonial pública y aplicación del régimen de libertad de pactos de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.
- VI. Procedimientos de adjudicación de contratos patrimoniales: su traslación a los Public Private Partnership patrimoniales.
  - VI.1. Consideraciones generales.
  - VI.2. Procedimiento de adquisición de bienes y Public Private Partnership.
- VII. Arrendamiento, enajenación y adquisición de bienes en un contexto de colaboración público-privada.
- VIII. Fórmulas de propiedad dividida.
- IX. El modelo del arrendamiento operativo.
  - IX.1. Caracteres generales.
  - IX.2. La obligación del arrendador de construcción del inmueble.
  - IX.3. El arrendamiento del bien a la Administración como prestación característica del contrato.
  - IX.4. La estructuración de los pagos por disponibilidad.
  - IX.5. El bien objeto del arrendamiento operativo es propiedad del arrendador.
- X. Marco jurídico del arrendamiento operativo.
- XI. El arrendamiento operativo con una sociedad mercantil pública.

## I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Cuando se cita el acrónimo anglosajón PPP (Public Private Partnership) se está pensando en diversas formas de participación de los particulares en la gestión pública, a través de variadas modalidades de instrumentos, unos de Derecho público, otros de Derecho privado. En el PPP prima la flexibilidad sobre cualquier otra consideración, y por ello, es un género en el que caben diversas formulaciones jurídicas. Se podría decir, incluso, que es el paradigma de la «mutabilidad equivalente de técnicas» a la que hacía referencia VILLAR PALASÍ, esto es, «en cuanto resultado alcanzado, es indiferente muchas veces la aplicación de una técnica impositiva o el ejercicio de una potestad administrativa que puede confluir a resultados absolutamente idénticos»<sup>1</sup>.

El desarrollo actual de las fórmulas de PPP<sup>2</sup> tienen su origen en el Derecho anglosajón. La idea genérica constituyó una de las vías más relevantes para estructurar jurídicamente el programa de reformas que inició el Gobierno conservador de John Major en 1992, en un contexto que presentaba algunas similitudes con el actual, por la emergencia de una situación económica complicada por la crisis monetaria que hubo en aquel momento. Constituía una más de las técnicas del denominado *New Public Management*<sup>3</sup>, que pretendía un modo diferente de plantear la acción pública y cuya idea central consistía en incluir cierto mimetismo entre el funcionamiento público y el de las empresas privadas en aras de ganar mayor eficacia y competitividad y que, al mismo tiempo, permitiera una mayor participación de los particulares en las acciones públicas, a través de la privatización de empresas y de la externalización de actividades públicas, lo que se conoce con terminología anglosajona como *outsourcing*. Esta participación pública en la gestión pública, que es una de las señas de identidad de la posmodernidad en la gestión pública, conduce a la «definición contractual de lo público»<sup>4</sup>,

<sup>1</sup> VILLAR PALASÍ, J.L., «Fisco versus Administración: la teoría nominalista del impuesto y la teoría de las prestaciones administrativas», en la *Revista de Administración Pública*, núm. 24 (1955), pág. 38.

<sup>2</sup> A lo largo de este estudio se van a utilizar indistintamente PPP, como acrónimo de Public Private Partnership, y CPP, como acrónimo de Colaboración Público Privada, que es la denominación más común en nuestro país.

<sup>3</sup> Sobre esta cuestión puede verse NIETO GARRIDO, E., «El *New Public Management* y el Gobierno a través de contratos en el Reino Unido», en la *Revista de Administración Pública*, núm. 162 (septiembre-diciembre 2003), págs. 391 y ss. De la misma autora se puede ver más recientemente «Peculiaridades del régimen de la contratación pública en el Reino Unido: la revolución contractual como nueva forma de gobernar», en la *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 28 (2011) en donde se enmarca el PPP como una manifestación del Gobierno a través de la contratación pública.

<sup>4</sup> GALGANO, F., «Le istituzione della società postindustriale», dentro de la obra colectiva que realizó con CASSESE, S., TREMONTI, G. y TREU, T., *Nazioni senza ricchezza, ricchezze senza nazione*, Il Mulino, Bologna (Italia) 1993, pág. 21.

ya sea en cuanto a los objetivos como en los instrumentos. El PPP está por su propia idiosincrasia perfectamente adaptado para ello.

La experiencia británica permitió dar el salto al Derecho europeo, desde donde se ha impulsado profusamente la utilización de las formas de PPP, al tiempo que se alertaba de los riesgos que se podían contraer tanto por su mala estructuración jurídica como por un desacertado planteamiento económico, especialmente en la transferencia de los riesgos económicos del mismo al sector privado. La propia Comisión Europea ha insistido en ello cuando, incluso en un contexto favorable a la utilización de este tipo de mecanismos, 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 calcular, 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, mayores 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»<sup>5</sup>. A esta conveniencia, que marca la realidad actual, la normativa contractual ha dado una respuesta y desde el régimen patrimonial público también, aunque la doctrina lo haya analizado mucho menos que el conocido contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Cuando nos planteamos la colaboración público-privada en el marco de la gestión patrimonial, hemos de enmarcar la actual regulación en el cambio habido en el sentido de los bienes patrimoniales, que ha sido trascendente frente a la tradición española posterior al Código Civil, que los ha venido considerando como un elemento residual en la ejecución de políticas públicas teniendo, como mucho, una finalidad financiera. En efecto, de acuerdo con la regla recogida en el artículo 8.2 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas «la gestión de los bienes patrimoniales deberá coadyuvar al desarrollo y ejecución de las distintas públicas en vigor», esto es, dejan de tener ese sentido residual que hacía que la categoría de los bienes patrimoniales se calificase como una «estación de paso»<sup>6</sup>. En definitiva, no sería más que retomar lo afirmado por la Exposición de Motivos de la, hoy derogada, Ley 3/1986, del Patrimonio de la Comunidad Valenciana: «Los elementos que integran el patrimonio de la Generalitat –sean demaniales, sean patrimoniales en sentido estricto– no tienen más razón de ser que la de su irreductible vocación de servicio público, al margen del cual ni dicho patrimonio ni la propia Generalitat tendrían razón de ser en el mundo del Derecho». Todo lo cual se proyecta en los procedimientos de adquisición y enajenación de bienes públicos, así como en sus medios de utilización y en las relaciones con terceros para la utilización de bienes ajenos. En este sentido, la normativa patrimonial ha tenido una evolución de notable importancia en los últimos años.

<sup>5</sup> Comunicación de la Comisión de 23 de abril de 2003 sobre Desarrollo de la red transeuropea de transporte: financiaciones innovadoras. Interoperabilidad del telepeaje.

<sup>6</sup> CHINCHILLA MARÍN, C., *Bienes patrimoniales del Estado*. Colección Garrigues&Andersen. Andersen Legal. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona 2001, pág. 16.

En esta huida a las fórmulas de gestión patrimonial no podemos obviar un problema importante que tuvieron las Administraciones públicas que quisieron recurrir a fórmulas de colaboración público-privada y cuya resolución actuó como acicate para impulsar estas modalidades de naturaleza patrimonial: la dificultad que estaba existiendo para el empleo de la concesión de obra pública en aquellos supuestos en los que no existía explotación económica del bien, como ocurre con todos aquellos en los que se utiliza el bien como sede de instituciones públicas o para la prestación de determinados servicios públicos. La propia Junta Consultiva<sup>7</sup> rechazó la concesión de obra pública en los supuestos en los que existían pagos por disponibilidad y no una real utilización por el usuario del servicio público. Las modalidades de la CPP no plantean, por el contrario, estas dificultades.

## II. LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA COMO CONTEXTO Y PRETEXTO

Las consideraciones anteriores no dan una respuesta completa al interrogante de qué es lo que explica el recurso a las formas de colaboración público-privada y, en un segundo escalón, cómo se han de articular para que resulten totalmente satisfactorias. Como ocurre en general en todo el proceso de contratación pública –y en general de toda la gestión pública– es la regla de la estabilidad presupuestaria la que actúa de contexto del impulso a los procedimientos de PPP. Más aún, se puede afirmar sin temor a equivocarnos que sin dicha regla las fórmulas de colaboración público-privada habrían tenido un éxito mucho menor ya que han permitido la adquisición de bienes sin afectar el déficit público ni generar deuda pública. Precisamente los cambios que se produjeron entre 1996 y 2003 en la legislación patrimonial estaban directamente vinculados a la consecución de unas cifras macroeconómicas adecuadas, de acuerdo con las reglas que adoptaba la Unión Europea y la Oficina Estadística de la Comisión, Eurostat. Por ello, se puede hablar de una época en Europa occidental de «huida de la consolidación» en el déficit público, dentro del cual los mecanismos de colaboración público-privada tuvieron un papel preponderante ya que permitían una modificación en las prestaciones características, con el efecto indirecto de no computar en el SEC 95.

<sup>7</sup> La cuestión resuelta en el Informe 61/03 de la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa era la relativa a la posibilidad de utilizar la concesión para la construcción y explotación de un edificio que sirviera de sede a la Universidad de Burgos. En este caso afirmó, para justificar una solución negativa, que: «En definitiva debe concluirse que para que el contrato pueda ser calificado como concesión de obra pública, incluida en la actual y amplia redacción del artículo 220.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas introducido por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, figura como requisito indispensable que el edificio sea susceptible de explotación, circunstancia que no parece concurrir en el destino de albergar los Servicios Centrales de la Universidad de Burgos. Resulta obvio que el descartar la figura de la concesión de obra pública obligaría a acudir a otras figuras contractuales distintas como puede ser la del contrato de obras para la construcción del edificio». Planteamiento que está firmemente asentado, como lo prueba también la cuestión planteada por el Ayuntamiento de Alcudia, sobre la posibilidad de que se utilice la fórmula de la concesión de obra pública para la construcción de un edificio en un solar municipal para destinarlo a servicios sociales y culturales, en los que el Ayuntamiento abonaría un canon anual por la utilización; la Junta Consultiva –en su Informe 70/04– señaló que, a la luz del artículo 220 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, «cualquiera que sea la amplitud que quiera darse a la definición»; demuestra que se considera requisito consustancial a la figura de la concesión el que la obra sea susceptible de explotación económica por el concesionario ya que, ante todo, define el objeto del contrato como la construcción y explotación o solamente la explotación de una obra e, insistiendo en la misma idea, se refiere a continuación a aquellas obras «susceptibles de explotación» y a que la retribución puede consistir «en la explotación de la propia obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio».

El principio de estabilidad presupuestaria<sup>8</sup> se introdujo en el ordenamiento comunitario a través del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, adoptado por Resolución del Consejo Europeo de Ámsterdam de 17 de junio de 1997 y se materializó en dos instrumentos jurídicos, uno relativo a la supervisión de las situaciones presupuestarias y la supervisión y coordinación de las políticas económicas y, por el otro lado, para la concreción del procedimiento que se había de aplicar en los supuestos de déficit excesivo. Esta conveniencia de que se adopten medidas de rigor presupuestario está recogida en la actualidad en el artículo 126 del Tratado de Funcionamiento<sup>9</sup> de la Unión Europea, a través de una sencilla fórmula que dispone que «los Estados miembros evitarán déficits públicos excesivos». Cuantitativamente, como es conocido, el déficit público no debe superar un valor del 3 por 100 del producto interior bruto (PIB) y, adicionalmente, la proporción entre deuda pública y PIB no debe rebasar el valor del 60 por 100. En la actualidad, este principio ha llegado al artículo 135 de la Constitución Española, que dispone que «todas las Administraciones públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria».

El impacto de la estabilidad presupuestaria deriva esencialmente del concepto de necesidad de financiación. Eurostat, partiendo de lo que se contiene en el Protocolo sobre el déficit público, lo explica de forma clara: «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 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)»<sup>10</sup>. De hecho, el auge y caída de algunas modalidades contractuales han estado determinados por su consideración como transferencia financiera o no financiera y el uso de las sociedades estatales para la construcción de infraestructuras públicas –impulsadas desde el año 1996 en el campo de obras hidráulicas, de regadíos y últimamente carreteras y ferrocarriles– también deriva de que el aporte de fondos al capital social no repercute en el déficit público<sup>11</sup>.

Partiendo de esta premisa, Eurostat, en su Resolución de 11 de febrero de 2004 –en la que recupera planteamientos generales asentados en su práctica– sobre sociedad del gobierno federal austriaco Bundesinmobilliengesellschaft, BIG, planteó la premisa sobre la que se ha articulado la colaboración público-privada y, especialmente, la relativa a la gestión patrimonial. El Gobierno austriaco se encontró con la necesidad de acondicionar su patrimonio inmobiliario con un problema económico y de déficit importante. Por ello creó una sociedad, BIG, a la que transfirió el patrimonio con la obligación de adaptarlo para que estuviera en condiciones de uso y para su arrendamiento al Gobier-

<sup>8</sup> Sobre esta cuestión, véase GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia (2007).

<sup>9</sup> Precepto que en este punto tiene una redacción similar a la del antiguo artículo 104 del Tratado de la Unión Europea, que es donde aparece por vez primera en un texto de dicha naturaleza.

<sup>10</sup> EUROSTAT, «Manual del SEC 95 sobre el déficit público y la deuda pública» (2002), pág. 30.

<sup>11</sup> El estudio del impacto de las reglas del SEC 95 sobre las sociedades estatales se puede examinar en GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Sociedades estatales de obras públicas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (2008).

no. Con esta operación contable la operación se podía financiar sin afectar el déficit público al transformar una operación patrimonial en otra de prestación de servicios, que de acuerdo con las normas del SEC 95 no afectan a las necesidades de financiación.

Este elemento que afecta a la naturaleza de la prestación se ha de complementar con un dato esencial sobre la configuración del contrato: se ha de producir la transferencia de riesgos al socio de la Administración. Más allá de la dificultad que plantea el supuesto descrito –especialmente si levantamos el velo de la sociedad instrumental–, el deslindar los riesgos no resulta, en general, una operación fácil. Por ello, partiendo de la propia doctrina de Eurostat, para que el riesgo global de la operación de construcción de infraestructuras 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.

### III. FLEXIBILIDAD CONTRACTUAL Y LEGISLACIÓN DE PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Como es sabido, en España existe una modalidad específica de esta modalidad de vinculación entre Administración y particulares: el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, que está recogido en el artículo 11 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP, en adelante)<sup>12</sup>, aprobado recientemente mediante el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre<sup>13</sup>. No es, sin embargo, la única forma de configurar el PPP, dado que el ordenamiento jurídico ofrece otras posibilidades a los entes públicos para configurarlo. De hecho, me atrevería a señalar que esta modalidad de contrato administrativo típico constituye la forma menos utilizada, precisamente porque el legislador ha rodeado de numerosas cautelas la regulación; lo que contrasta radicalmente con la utilización de otros instrumentos, básicamente de Derecho privado.

En efecto, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado que se regula en el artículo 11 y concordantes del TRLCSPP no agota, sin embargo, las posibilidades de modelos

<sup>12</sup> Recordemos que el origen legislativo en España de la regulación de la colaboración público-privada procede del acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005, por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso a la productividad (BOE de 2 de abril de 2005). Entre ello, se dispone que, en la futura LCSP, se regulará esta figura ya que se contiene un «Mandato al Ministerio de Economía y Hacienda para que en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transpondrán las nuevas directivas en materia de contratación, se incluya una regulación de los contratos de colaboración público-privados», mandato que se establece en estos términos genéricos de la figura del contrato de colaboración público-privado:

«El Ministerio de Economía y Hacienda incorporará en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público por el que se transpondrá la Directiva 2004/18/CE, además de las normas necesarias para la completa y correcta transposición de la directiva al derecho interno, una regulación de los contratos de colaboración entre el sector público y el privado, para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, así como los mecanismos legales adecuados que permitan identificar la proposición más ventajosa presentada por los licitadores a fin de garantizar la obtención del mayor valor posible como contrapartida a los recursos financieros aplicados al contrato.»

<sup>13</sup> En el artículo 11 y concordantes de la LCSP se recogía originariamente esta figura, que con escasos cambios ha pasado al TRLCSPP.

de colaboración público-privada. De hecho, bien se podría afirmar que resulta la menos utilizada –aunque últimamente empieza a tener más aceptación entre los entes públicos–; posiblemente por las propias cautelas<sup>14</sup> que refleja el legislador en su articulado, manifestadas en un incremento de los requisitos y la facilidad que existe en el ámbito de la legislación patrimonial pública<sup>15</sup>. Con ello, nos encontraremos ante una manifestación de esta privatización del funcionamiento administrativo, entendida en el sentido de utilización del Derecho privado, ya que, como sabemos, el concepto de privatización es polisémico.

El desarrollo de la colaboración público-privada en nuestro país no habría necesitado, de hecho, la introducción de un nuevo contrato típico –aunque sin prestaciones características– como el que regula la Ley de Contratos del Sector Público desde 2007. Desde el año 1996, el Partido Popular, tomando el ejemplo del ordenamiento jurídico francés<sup>16</sup>, impulsó ciertos cambios en la legislación patrimonial que precisamente fueron en la dirección de impulsar los procedimientos de colaboración público-privada, a través de la flexibilización de las formas de gestión patrimonial, tanto en el régimen de arrendamientos como en el de adquisición como en el de enajenación de bienes públicos, intentando aproximar las posibilidades de actuar de la Administración a aquellas que son comunes entre los particulares. Aquellas reformas iniciales están hoy plasmadas y articuladas con carácter general en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP, en adelante) y siguen siendo, en consecuencia, perfectamente válidas para desarrollar mecanismos de CPP bastante más flexibles, por su desregulación, que lo que está en contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Con ello, podemos hablar de dos procedimientos para ejecutar actuaciones públicas a través del género CPP: los derivados de contrato y los que tienen su objeto principal en la gestión patrimonial y que, obviamente, habrá que materializarlos en un contrato. De hecho, la LCSP sigue reconociendo su validez, sometida a los fundamentos de la normativa patrimonial, como tendremos ocasión de examinar inmediatamente.

No obstante, a los efectos de eliminar cualquier duda sobre la validez de estos contratos que por su objeto son mixtos<sup>17</sup> –parte patrimoniales, parte prestacionales–<sup>18</sup>, que el artículo 4.1 p) del

<sup>14</sup> En esta materia, por todos, GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte*; Marcial Pons Ediciones Jurídicas (2010).

<sup>15</sup> Sobre la legislación patrimonial y las modalidades de colaboración público-privada, BERNAL BLAY, M.A., *El contrato de concesión de obras públicas. Depuración conceptual y distinción de figuras «paraconcesionales»*; Editorial Civitas, Cizur Menor (2011).

<sup>16</sup> En esta materia, ha de consultarse necesariamente el estudio de BARCELONA LLOP, J., «Novedades en el régimen del dominio público en Francia»; en la *Revista de Administración Pública*, núm. 137 (mayo-agosto 1995), págs. 549 y ss.; en el cual se ofrece una cuidada exposición de los cambios habidos en dicho ordenamiento para flexibilizar las reglas demaniales y adaptarlas a las necesidades de las Administraciones públicas para proveer infraestructuras de interés general. Al mismo tiempo apareció el estudio de FRANCHI SAGUER, M., «Imbricación del dominio público y privado»; en la *Revista de Administración Pública*, núm. 139 (enero-abril 1996); págs. 423 y ss. Asimismo, véase la exposición al respecto de RUIZ OJEDA, A., *Domínio público y financiación privada de infraestructuras y equipamientos. Un estudio del caso francés y análisis comparativo de la reciente regulación española*; coedición del Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga y Marcial Pons, Madrid (1999); especialmente, págs. 103 y ss.

<sup>17</sup> Sobre los contratos mixtos en la LCSP, véase el meticoloso artículo de LAZO VITORIA, X., «Los contratos mixtos» en la *Revista de Administración Pública*, núm. 179 (mayo-agosto 2009), págs. 143 y ss.

<sup>18</sup> BLANQUER sostiene, por el contrario, que en los contratos mixtos solo cabe la combinación de figuras administrativas. BLANQUER CRIADO, D., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público...*, op. cit., pág. 78.

TRLCSF permite que se salgan del ámbito de dicha norma en el supuesto de que «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...»<sup>19</sup>. Dicho de otro modo, la prestación característica del contrato ha de resultar la de naturaleza patrimonial y, además, han de concurrir cumulativamente los dos elementos que contempla el artículo 4.1 p) del TRLCSF.

El supuesto económico parece bastante claro en su formulación, y solo consiste en un adecuado cómputo del valor económico del contrato, de acuerdo con las reglas generales. Ahora bien, no se puede olvidar que, aunque en la mayor parte de los supuestos el criterio económico nos permita identificar cuál es la prestación más relevante del contrato, no es el único que se puede utilizar y, de hecho, ha sido penalizado el configurarlo de forma única. De hecho, parece plausible plantearse la compatibilidad con el Derecho comunitario de dicho precepto teniendo presente que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) condenó a Italia, precisamente por una regla equivalente. Concretamente, en dicha sentencia, se afirmó que la determinación del objeto central del contrato «debe llevarse a cabo a la luz de las obligaciones esenciales que prevalecen y que, como tales, caracterizan dicho contrato, por oposición a aquellas otras que solo tienen carácter accesorio o complementario y que son impuestas por el propio objeto del contrato, pues la cuantía respectiva de las diferentes prestaciones que forman parte del contrato tan solo constituye uno de los distintos criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de proceder a dicha determinación»<sup>20</sup>.

Por lo que se refiere a la remisión al artículo 25.2 de la TRLCSF parece pensada específicamente para los supuestos de colaboración público-privada, en la medida en que dispone, de forma limitativa, que «solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante».

Como se puede apreciar, el artículo 4.1 p) responde al planteamiento común de la colaboración público-privada, como mecanismo para la gestión integrada de bienes y servicios. Precisamente por ello, la introducción del contrato regulado en el artículo 11 no obsta para que las fórmulas atípicas sigan siendo válidas. Nótese la importancia que tiene la existencia de estos procedimientos alternativos al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: no hay las limitaciones que se han visto en los capítulos anteriores y, además, se puede recurrir a formas de adjudicación mucho

<sup>19</sup> Recordemos que este inciso no provenía del Proyecto de Ley y que fue incluido en el debate parlamentario para «establecer cautelas que aseguren que no se eluda la aplicación de la legislación contractual a través de una indebida utilización del principio de libertad de pactos en materia de gestión patrimonial».

<sup>20</sup> As. C-412/04, Comisión c. Italia, STJCE de 21 de febrero de 2008. De forma equivalente, As. C-539/07, Comisión c. Alemania, STJCE de 29 de octubre de 2009.

más flexibles, dado que aquí no es obligatorio recurrir al diálogo competitivo, sino que se puede utilizar el concurso y no hay necesidad de justificar ni hacer ninguno de los documentos justificativos que se han examinado. Es, en definitiva, una fórmula para otra modalidad de huida del régimen de contratación pública, cuando precisamente estas fórmulas atípicas pueden plantear mayores problemas en cuanto a transparencia administrativa y a riesgos económicos para el sector público.

Más allá de cualquier otra consideración, esta modalidad atípica de colaboración público-privada encuentra su pleno significado para la ejecución de infraestructuras de transporte que no son de uso público, sino que están vinculadas a servicios públicos, edificios básicamente, como puede ocurrir con estaciones de ferrocarril o de autobuses o, incluso, con aeropuertos o intercambiadores.

#### IV. EXCLUSIÓN EN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y NORMATIVA DE APLICACIÓN

El punto de partida en la explicación de los modelos atípicos de colaboración público-privada que son de aplicación en las infraestructuras de transporte es la exclusión (parcial) de los contratos de gestión patrimonial de la LCSP, regulación que clarifica los problemas que se planteaban con el artículo 5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Como conocemos, de acuerdo con lo que dispone el artículo 4.1 p) de la LCSP, están parcialmente excluidos de su aplicación «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» (el subrayado es mío). El régimen de estos contratos no será, en consecuencia, el de la contratación administrativa sino el patrimonial, en todo lo referente a la gestión negocial.

Los negocios que se realicen se sustanciarán en contratos privados a los que se aplicará la legislación patrimonial, tal como dispone el artículo 20.2 del TRLCSP: «Los contratos privados se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho administrativo o, en su caso, las normas de Derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se registrarán por el Derecho privado». En paralelo, el control jurisdiccional se compartirá en la medida en que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21.2 del TRLCSP, «el orden jurisdiccional civil será el competente para resol-

ver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados».

Si nos quedáramos en este punto, el resultado resultaría sencillo. No obstante, el artículo 110.1 de la LPAP introduce un punto de indeterminación del régimen jurídico en la medida en que dispone que «los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por esta ley y sus disposiciones de desarrollo y, en lo no previsto en estas normas, por la legislación de contratos de las Administraciones públicas. Sus efectos y extinción se regirán por esta ley y las normas de Derecho privado». Nos encontraríamos, en consecuencia, con una técnica de doble reenvío, que tendría carácter supletorio de segundo nivel, que obliga a volver a lo dispuesto en la LCSP. Se trata, sin duda, de una cuestión discutible, y sobre la que incluso no hay acuerdo entre las propias Juntas Consultivas de Contratación Administrativa estatal y autonómicas.

## V. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GESTIÓN PATRIMONIAL PÚBLICA Y APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LIBERTAD DE PACTOS DE LA LEY DE PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El régimen de gestión patrimonial que se inició en el año 1996<sup>21</sup> tiene como principio estructural el reforzamiento de la libertad de pactos, como vía para dotar de legitimidad a prácticas que se venían haciendo en el ámbito privado y que se consideraban pertinentes para la Administración. La LPAP de 2003 vino a sancionar dicha reforma y a estructurarla de forma ligeramente más articulada en un nuevo régimen patrimonial global para los entes públicos<sup>22</sup>. Todo ello teniendo presente que precisamente el régimen que se recoge en la ley es muy flexible, precisamente porque la colaboración público-privada no puede responder a planteamientos rígidos que dificulten la convergencia entre el sector público y el privado.

En efecto, el principio básico que rige la gestión patrimonial pública es el de la libertad de pactos, que salió reforzado en la reforma de la Ley de Patrimonio del Estado que se acometió en el año 2002<sup>23</sup>, cuando había una corriente amplia de CPP de naturaleza patrimonial en nuestro país. Hoy, el artículo 111.1 de la LPAP dispone que «los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre los bienes y derechos patrimoniales están sujetos al principio de libertad de pactos. La Administración pública podrá, para la consecución del interés público, concertar las cláusulas y condicio-

<sup>21</sup> Concretamente, fue la que se incluyó en la tan prolija en materia de infraestructuras –ya que fue la que dio autorización para las sociedades estatales de obras públicas– Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, cuyo artículo 142 modifica el régimen de gestión patrimonial que estaba regulado en la Ley de Patrimonio del Estado de 1964.

<sup>22</sup> Sobre el régimen general de gestión patrimonial que está en la LPAP, véase COLOM PIAZUELO, 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.

<sup>23</sup> Recordemos que la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Administrativas, Fiscales y de Orden Social, modificó el artículo 2 de la Ley de Patrimonio del Estado de 1964.

nes que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarias al ordenamiento jurídico, o a los principios de buena administración». Se trata de un principio que tiene una salvaguarda de protección del interés general ante cláusulas que puedan cuestionar la buena administración de los bienes y caudales públicos: «Los actos aprobatorios de los negocios patrimoniales incorporarán los pactos y condiciones reguladores de los derechos y obligaciones de las partes, que deberán ser informados previamente por la Abogacía del Estado o por el órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de las entidades públicas vinculadas a la Administración General del Estado» (art. 112.2 LPAP).

El principio de libertad de pactos en materia patrimonial tiene, de este modo, una doble vertiente: por un lado permite adaptar el régimen de gestión de bienes a las peculiaridades del caso, permitiendo, en consecuencia, mayor flexibilidad y agilidad en el funcionamiento administrativo –lo que en ocasiones puede plantear problemas de razonabilidad– y, por el otro, que es lo que resulta más relevante, admitir junto con la gestión patrimonial negocios complejos, en los que haya una pluralidad de prestaciones.

De este modo, solo nos encontramos con dos límites: por un lado el cumplimiento del derecho obligatorio y el principio de buena administración. Desde una perspectiva económica aparece como el único elemento de carácter finalista en la gestión patrimonial, una vez que se superó la regla tradicional de que la rentabilidad económica era un objetivo en relación con los bienes patrimoniales. Obviamente, como en toda actuación de una Administración pública, aunque sea en el marco de contratos privados, está presente el principio de servicio objetivo a los intereses generales.

El fomento de los negocios globales –tan propio de las fórmulas de colaboración público-privada– encuentra su encaje en lo dispuesto en el apartado segundo de dicho precepto: «En particular, los negocios jurídicos dirigidos a la adquisición, explotación, enajenación, cesión o permuta de bienes o derechos patrimoniales podrán contener la realización por las partes de prestaciones accesorias relativas a los bienes o derechos objeto de los mismos, o a otros integrados en el patrimonio de la Administración contratante, siempre que el cumplimiento de tales obligaciones se encuentre suficientemente garantizado. Estos negocios complejos se tramitarán en expediente único, y se regirán por las normas correspondientes al negocio jurídico-patrimonial que constituya su objeto principal». Esto es, el negocio patrimonial puede ser la parte de un negocio más amplio. Principio general que se ve desarrollado, con posterioridad, en la regulación de las peculiaridades del régimen de la adquisición, la enajenación y el arrendamiento de bienes para las Administraciones públicas, como tendremos ocasión de ver inmediatamente.

El único complemento –de naturaleza restrictiva– a este precepto que ha de aplicarse de la legislación patrimonial consiste, como ya sabemos, en que no será admisible si estas prestaciones complementarias son superiores «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». Lo cual obligaría a acreditar el porcentaje entre la prestación patrimonial y la prestación de servicios en el expediente de contratación.

Este principio de libertad de pactos en materia negocial es complementario del que se recoge en el TRLCSP. La legislación de patrimonio, en cuanto normativa más específica, configura un régimen especial con respecto a los negocios –que se sustanciarán en contratos– y, por ello, será la que resulte de aplicación en los hipotéticos supuestos de conflicto.

Estos supuestos generales han de complementarse con las fórmulas especiales de gestión de bienes que puede desarrollar la Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria del Patrimonio –SEGIPSA– y que están contempladas en la disposición adicional 10.<sup>a</sup> de la LPAP<sup>24</sup>. El caso de SEGIPSA resulta peculiar en la medida en que introduce un elemento complementario que aumenta la flexibilidad, que es la presencia de una sociedad instrumental pública y, por ello, queda fuera de las páginas siguientes.

## VI. PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PATRIMONIALES: SU TRASLACIÓN A LOS PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP PATRIMONIALES

### VI.1. Consideraciones generales

Teniendo en cuenta lo dúctil que es la regulación del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, el aspecto en el que puede ofrecer un valor suplementario para la Administración es, como se avanzó previamente, el relativo al procedimiento, que resulta menos complejo.

De entrada, conviene recordar que, por el hecho de tratarse de contratos de naturaleza patrimonial, no están sometidos a exigencias de las directivas comunitarias en materia de procedimientos de adjudicación, que solo afectan a los contratos típicos contemplados en ellas, entre los cuales no se encuentra ninguna modalidad de cooperación público-privada. En este punto, el artículo 110.1 de la LPAP concreta que será el régimen patrimonial el que regirá los procedimientos de adjudicación de estos negocios: «Los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por esta ley y sus disposiciones de desarrollo». Lo cual nos incardina en los principios que recoge el artículo 8.1 c) de la LPAP, en virtud del cual ha de cumplirse con los de «publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad en la adquisición, explotación y enajenación de estos bienes».

Como, por otra parte, resulta lógico, teniendo en cuenta la atipicidad que rodea a estas fórmulas de colaboración público-privada, no hay en la LPAP ninguna fórmula dirigida directamente a la adjudicación de estas figuras negociales. En un contrato de esta naturaleza la fórmula para su adjudicación ha de ser necesariamente el concurso, por comparación con la subasta. Frente a las críticas

<sup>24</sup> Sobre SEGIPSA véase DEL SAZ CORDERO, S., «Régimen jurídico de la "Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria del Patrimonio, Sociedad Anónima"», en la obra colectiva dirigida por CHINCHILLA MARÍN, C., *Comentarios a la Ley 33/2003, del patrimonio de las Administraciones Públicas*, Civitas (2004), págs. 789 y ss. Más sucintamente, GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., «Voz Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria del Patrimonio, Sociedad Anónima», en la obra dirigida por el mismo *Diccionario de obras públicas y bienes públicos*, Iustel, Madrid (2009), págs. 676 y ss.

que se han vertido por no tener que recurrir al diálogo competitivo, ha de tenerse en cuenta que este es un procedimiento que acota mucho mejor la protección del interés general; que salvaguarda mucho mejor la voluntad administrativa, que no queda privatizada por la participación del socio privado en la determinación de las condiciones del procedimiento; que dispone de resortes para obtener la solución más satisfactoria para el interés público; y, en fin, que facilita la promoción, ejecución y control del contrato. Por otra parte, la experiencia muestra que a través de las fórmulas de concurso se ha llegado a resultados muy satisfactorios en cuanto a la protección del interés general y, de hecho, ha sido la fórmula usual de las Administraciones públicas para su adjudicación.

Por otra parte, estas razones son las que explican la regulación que se recoge en el artículo 128 de la LPAP para ciertas modalidades de colaboración público-privada de naturaleza patrimonial, en donde, por un lado, se combina el régimen más exigente de la adquisición de bienes con las especialidades derivadas de un compromiso plurianual de gasto y, por otro lado, se derivan de los arrendamientos de bienes. Así, dicho precepto dispone que:

1. Para la conclusión de contratos de arrendamiento financiero y otros contratos mixtos de arrendamiento con opción de compra se aplicarán las normas de competencia y procedimiento establecidas para la adquisición de inmuebles.
2. A los efectos previstos en el artículo 61 del Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, los contratos de arrendamiento con opción de compra, arrendamiento financiero y contratos mixtos a que se refieren los apartados precedentes se reputarán contratos de arrendamiento<sup>25</sup>.

Por tanto, hemos de tomar como punto de partida el procedimiento de adquisición de bienes de la LPAP; procedimiento que se rodea de garantías previas a la adjudicación y otras que se manifiestan durante el procedimiento. Al mismo tiempo, dado que hay aspectos de la relación comercial que trascienden lo patrimonial, habrá que incluir ciertos contenidos derivados de la regulación de las prestaciones a que afectan. Es una consecuencia del juego del doble reenvío que contemplan la LCSP y la LPAP y, en el fondo, una exigencia derivada del principio de buena administración de los bienes.

## VI.2. Procedimiento de adquisición de bienes y Public Private Partnership

El procedimiento de adquisición de bienes públicos previsto en la LPAP –y que se puede señalar que, con pequeñas salvedades de matiz, es común para todas las Administraciones públicas– se puede dividir en dos partes: una inicial, interna dentro de la Administración actuante que acredita la idoneidad de la adquisición del bien. Y, en segundo lugar, un segundo aspecto que afecta directamente a la tramitación del procedimiento de adjudicación.

<sup>25</sup> Esta mención hay que entenderla, en la actualidad, referida al artículo 47.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en virtud de la cual las limitaciones contenidas «no serán de aplicación a los compromisos derivados de la carga financiera de la deuda y de los arrendamientos de inmuebles, incluidos los contratos mixtos de arrendamiento y adquisición».

El primer punto de vista, el interno, como se ha señalado, supone acreditar las razones que motivan la adquisición de un bien, ya sea para paliar necesidades actuales –por petición de un departamento ministerial– o como previsión de las insuficiencias infraestructurales que se prevean que vaya a tener el ente público. Para todo ello habrá que incluir en el expediente un informe de necesidad de adquisición, con indicación del procedimiento más adecuado de compra, un informe de la abogacía del Estado y una tasación del bien o del derecho para comprobar que la adquisición se hace a precios razonables teniendo en cuenta el valor de los inmuebles. El alcance de todo ello se habrá de coordinar con el principio de «rentabilidad de las inversiones, considerando el impacto de las características de los inmuebles en su utilización por los ciudadanos y en la productividad de los servicios administrativos vinculados a los mismos».

Estos actos previos han de estar coordinados con el resultado de haber realizado una operación que se enmarque dentro del mandato de optimización<sup>26</sup> que contempla el artículo 160 de la LPAP, esto es «el resultado del conjunto de análisis técnicos y económicos sobre inmuebles existentes, de previsión de la evolución de la demanda inmobiliaria por los servicios públicos, de programación de la cobertura de necesidades y de intervenciones de verificación y control, que tienen por objeto identificar, en un ámbito territorial o sectorial determinado, la mejor solución para satisfacer las necesidades contrastadas de edificios de uso administrativo en el ámbito geográfico o sectorial considerado, con asunción de las restricciones económicas, funcionales o de naturaleza cultural o medioambientales que se determinen». Es, en definitiva, una consecuencia del principio de eficiencia en el gasto público.

Cuando se recurre a los mecanismos atípicos de colaboración público-privada, habrá que justificar, además, las prestaciones complementarias del contrato que se vayan a introducir que afectan al servicio correspondiente. Y también habría que reflejar en este informe previo una estimación económica de la operación. De este modo, tomando como referencia lo dispuesto en el RBEL sobre las concesiones locales –con cuyo procedimiento guarda un punto de cercanía, la documentación que se habrá de incluir en el expediente sería: a) memoria justificativa; b) en su caso, planos representativos de la situación, dimensiones y demás circunstancias de la porción de dominio público objeto de ocupación; c) en su caso, valoración de los bienes públicos que se vayan a ocupar; d) presupuesto; e) pliego de condiciones para la realización de las obras; f) pliego de condiciones que hubieren de regir las prestaciones de servicios complementarios.

Partiendo de esta primera fase, se abre el procedimiento de adquisición del bien inmueble propiamente dicho. Tal como prevé el artículo 116.4 de la LPAP, el procedimiento primario para la adquisición es el concurso, en donde lo que se plantean son las necesidades del ente público, se plantearán opciones de edificios ya construidos que puedan resultar válidos para esa finalidad de interés general y se habrán de contemplar las prestaciones complementarias del contrato, al modo de los previstos en la LCSP. Obviamente se tratará de un procedimiento público en el que los propietarios interesados presentarán una oferta de acuerdo con las condiciones que aparezcan en el pliego aprobado por la Administración. Aquí, no obstante, hay opciones en función de la modalidad: aporte de bien

<sup>26</sup> Sobre la optimización, puede verse ALONSO IBÁÑEZ, M.R., «Optimización en la utilización de los bienes», en GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Diccionario de obras públicas y bienes públicos*; Iustel, Madrid (2007).

por el adjudicatario, aporte de bienes con derecho de superficie por la Administración...; en definitiva, los elementos del contrato se deberán dejar en función de la prestación básica del mismo.

El hecho de que nos encontremos ante un concurso obliga a que la Administración apruebe unos pliegos de cláusulas administrativas particulares en las que se determinen todos los requisitos técnicos que se exigen, las condiciones de la adjudicación y los criterios de valoración de las ofertas. Resulta, en este sentido, especialmente relevante que el pliego de cláusulas administrativas contenga los elementos que recoge el TRLCSP de las modalidades de colaboración público-privada: esto es, el régimen económico-financiero del contrato, los elementos de calidad en la prestación de servicios, el régimen retributivo del adjudicatario —que dependerá de los umbrales de calidad de servicio que alcance—, el régimen de garantías, penalidades, la duración y el destino final de las obras. El resultado ha de ser que, recogiendo la fórmula del artículo 132 de la LCSP, la Administración escoja la oferta que en su conjunto resulte más beneficiosa para el interés general.

No obstante, tras este planteamiento, que pretende introducir la adquisición de bienes dentro de un halo de objetividad, aparece una serie de supuestos en los cuales la Administración podrá adquirir un bien concreto de forma directa, alguno de los cuales es bastante indeterminado: «Peculiaridades de la necesidad a satisfacer, las condiciones del mercado inmobiliario, la urgencia de la adquisición resultante de acontecimientos imprevisibles o la especial idoneidad del bien». Asimismo, procederá la adquisición directa en otros supuestos más objetivos, concretamente cuando nos encontremos ante adquisiciones de bienes de otro ente público, cuando se adquiera una cuota del condominio de otro copropietario, cuando se ejercite un derecho de adquisición preferente o el caso en el que el concurso se haya declarado desierto.

## VII. ARRENDAMIENTO, ENAJENACIÓN Y ADQUISICIÓN DE BIENES EN UN CONTEXTO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

El objetivo que se ha de buscar es el de la flexibilidad normativa a la hora de proceder a la configuración de los negocios. Como se ha señalado en las páginas precedentes, el marco general de la gestión patrimonial es totalmente flexible y esa misma regla está reiterada en la ordenación particular de los negocios de arrendamiento, enajenación y adquisición de bienes públicos. La regulación actual de la adquisición y enajenación de bienes, así como del arrendamiento a favor de la Administración, está pensando precisamente en las posibilidades de plantear negocios complejos a la Administración, tales como los que se plantean en las operaciones de colaboración público-privada. Y precisamente por ello, el régimen no resulta rígido, sino que proporciona la base para la flexibilidad.

La adquisición de bienes por parte de la Administración queda totalmente flexibilizada desde el momento en que para ella «la Administración podrá concluir cualesquiera contratos, típicos o atípicos» (art. 115 LPAP); no solo aquellos que tengan por objeto la adquisición de derechos de propiedad, sino cualesquiera otros que permitan nuevos derechos sobre bienes, dentro de los que estarán contemplados obviamente los casos de los derechos de usos en bienes de titularidad ajena. E inclu-

so, desde una perspectiva formal, se permite que en el supuesto más novedoso y problemático, el relativo a la adquisición de bienes en construcción, se pueda hacer «mediante la entrega, total o parcial, de otros bienes inmuebles o derechos sobre los mismos», con lo que se abre un amplio abanico de posibilidades para los entes públicos en el marco de las CPP articuladas desde la gestión patrimonial. Se trata de un impulso y complemento al principio de libertad de pactos, que se vio con anterioridad y que pretende ampliar las posibilidades que tiene la Administración de realizar negocios para disponer de bienes. Tanto es así que, a efectos procedimentales, «para la conclusión de contratos de arrendamiento financiero y otros contratos mixtos de arrendamiento con opción de compra se aplicarán las normas de competencia y procedimiento establecidas para la adquisición de inmuebles».

La enajenación de bienes y derechos ha presentado, de igual manera, una notable evolución<sup>27</sup> en aras de permitir mayor flexibilidad a las Administraciones públicas que se desarrollarán en los PPP. De entrada, uno de los trámites que aparecía siempre, la declaración de inalienabilidad, ha desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que no hay identidad entre innecesariedad de bienes y posibilidades de enajenación. En efecto, en este camino a la gestión privada de los inmuebles públicos uno de los datos más relevantes es la venta de edificios con reserva de uso, antes prohibida y que ahora está expresamente permitida en el artículo 131.2 de la LPAP: «Podrá acordarse la enajenación de bienes del Patrimonio del Estado con reserva del uso temporal de los mismos cuando, por razones excepcionales, debidamente justificadas, resulte conveniente para el interés público. Esta utilización temporal podrá instrumentarse a través de la celebración de contratos de arrendamiento o cualesquiera otros que se habiliten para el uso de los bienes enajenados, simultáneos a negocio de enajenación y sometidos a las mismas normas de competencia y procedimiento que este».

Se trata de una modalidad negocial que es muy utilizada en el ámbito del ordenamiento privado y que se ha intentado traspasar al ámbito público, con antecedentes en algunos ordenamientos como el austriaco, lo cual permite traspasar el coste de la reforma y mantenimiento de las instalaciones al adquirente de los bienes, permaneciendo el dominio útil en manos públicas<sup>28</sup>. De hecho, el modelo del arrendamiento operativo al que me referiré con posterioridad se articula precisamente a través de la habilitación que recoge el artículo 131.2 de la LPAP.

Sí conviene recalcar un dato que refuerza indirectamente el carácter facilitador de la regulación: las normas son tremendamente flexibles porque solo fijan habilitaciones para actuar; sin demasiado contenido sustantivo, sirven solo para programar la actuación de la Administración con el límite sustantivo del cumplimiento del principio de «buena administración». Desregulación que entronca en la colaboración público-privada, que es, como se ha señalado parafraseando el título de una novela de Julio Cortázar, un «modelo para armar». Y, paralelamente, que las normas procedimentales inciden de forma específica en los aspectos relativos a la competencia de los órganos que tienen que tomar las decisiones concretas.

<sup>27</sup> Sobre el régimen de enajenación de bienes públicos en la LPAP, véase GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., «Enajenación y gravamen de bienes públicos», dentro de la obra colectiva dirigida por CHINCHILLA MARÍN, C., *Comentarios a la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thompson-Civitas, Madrid (2004), págs. 641 y ss.

<sup>28</sup> Conviene recordar, en este punto, que la resolución de Eurostat sobre BIG tiene su origen precisamente en una operación de esta naturaleza, suscrita entre el Gobierno y dicha sociedad dependiente en su integridad del Gobierno federal austriaco.

## VIII. FÓRMULAS DE PROPIEDAD DIVIDIDA

A los supuestos anteriores que plantean supuestos de flexibilización de los negocios sobre los bienes públicos se ha de añadir la revitalización de ciertas figuras de propiedad dividida que eran tradicionales en nuestro ordenamiento y que han presentado una cierta expansión, en consonancia con lo ocurrido en otros ordenamientos jurídicos. Ciertamente, resulta paradójico cómo en aras de la modernidad, la flexibilidad y el cumplimiento del principio de la estabilidad presupuestaria se recurre a fórmulas olvidadas hace bastantes años.

Por un lado, está la figura del censo enfiteúatico<sup>29</sup>, que consiste, como es conocido, en una prestación periódica dineraria anual que se vincula a la propiedad de un terreno o inmueble construido o en proceso de construcción en favor de una entidad financiera que sirve de garantía de pago de una renta durante el periodo acordado. No obstante, las fórmulas de gestión patrimonial también han padecido los avatares de los criterios de estabilidad presupuestaria y, después de un impulso que recibió el ejemplo del Derecho francés, fueron catalogadas como operaciones financieras y, por tanto, se debían catalogar como operaciones que computaran a efectos del déficit de la entidad que constituía el censo y por ello cayeron en desuso inmediatamente.

El segundo modelo, que sería el del arrendamiento operativo<sup>30</sup>, en cambio, sigue teniendo la misma ventaja cualitativa y por ello sigue siendo un instrumento útil y utilizado por los entes públicos para disponer de infraestructuras y prestar servicios a la ciudadanía: no computa a efectos del déficit público, siempre que se cumpla con el test que ha efectuado Eurostat y que permite diferenciar el arrendamiento operativo del arrendamiento financiero, lo cual tiene unos efectos trascendentales en cuanto a sus efectos sobre el déficit público de la entidad pública contratante, ya que el arrendamiento financiero afecta a las necesidades de financiación de dicho ente público<sup>31</sup>. En todo caso,

<sup>29</sup> Un estudio del valor del censo en la construcción de infraestructuras es el de AZOFRA VEGAS, F., «La financiación privada de infraestructuras», en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 96 (1997), págs. 543 y ss.

<sup>30</sup> Sobre el arrendamiento operativo en el ordenamiento español, puede verse, únicamente, el estudio de HERRANZ EMBID, P., «Régimen general de las obras públicas», dentro de la obra colectiva *Derecho de los bienes públicos*, Valencia (2005), págs. 770 y ss.

<sup>31</sup> Concretamente, el test para determinar si nos encontramos ante un arrendamiento operativo o ante un arrendamiento financiero se estructura a través de las siguientes cuestiones que ha planteado Eurostat:

1. ¿Quién es el responsable del mantenimiento y el seguro del activo?

En caso de que sea la Administración quien pague el seguro y el mantenimiento del activo, la operación se aproxima al arrendamiento financiero, puesto que asume el riesgo.

2. ¿Quién reembolsa la financiación en caso de rescisión anticipada del contrato?

En caso de que la Administración satisfaga las deudas del empresario en caso de rescisión, nos encontraremos ante un arrendamiento financiero.

3. ¿Quién determina la naturaleza del activo?

Será un indicio de la existencia de un arrendamiento operativo el hecho de que la empresa tenga margen de libertad en cuanto al diseño, construcción, explotación y mantenimiento del activo.

4. ¿Quién hace frente al riesgo en cuanto al nivel de demanda?

En caso de que el nivel de demanda afecte a los ingresos de la empresa, el contrato se aproxima a un arrendamiento operativo.

precisamente por la importancia práctica que tiene esta modalidad de colaboración público-privada que parte de la gestión patrimonial, se le dedican las páginas que siguen.

## IX. EL MODELO DEL ARRENDAMIENTO OPERATIVO

### IX.1. Caracteres generales

Si tomamos la práctica de las Administraciones públicas, podríamos convenir que el modelo que ha sido más utilizado en las fórmulas de colaboración público-privada de gestión patrimonial es el arrendamiento operativo. Figura que no está contemplada de forma expresa en ninguna disposición y que consiste en un negocio mixto, con interrelación de prestaciones, en el que concurren los siguientes tres elementos que desarrollaré con posterioridad, ya que detrás de su aparente simplicidad existen elementos que son importantes para combinar gestión patrimonial con prestación de servicios a la Administración contratante: i) en primer lugar, se encomienda la construcción de la infraestructura por parte de la Administración pública a la entidad arrendadora del inmueble, lo cual acostumbra a ser complementado con el otorgamiento de un derecho de superficie; ii) en segundo término, el destino del inmueble es su utilización por parte de la Administración para lo cual, una vez finalizada la realización de las obras, se procede a su arrendamiento a la Administración pública que ha encomendado la ejecución de la obra. No se va a tratar de un arrendamiento puro y simple, sino que irá complementado con la prestación de servicios al ente público, ya sea directamente (por ejemplo, en el caso de oficinas), ya sea a usuarios del servicio (por ejemplo, en el caso de hospitales o escuelas); y iii) por último, como instrumento que sirve esencialmente para la retención de riesgos por el particular, durante toda la vida del contrato de arrendamiento, el particular arrendatario será el titular del derecho de propiedad sobre el edificio construido.

Veamos cómo se desarrollan estos tres elementos, partiendo del hecho, ya señalado, de que se trata de un contrato mixto en el que están contemplados todos ellos y, en algunas ocasiones, se recu-

5. ¿Se reciben ingresos de terceros?

También es indicativo de la existencia de un arrendamiento operativo el que la empresa emplee el activo para prestar servicios a terceros. En tal caso, como es lógico, no es la Administración quien asume el riesgo de fluctuaciones en la demanda.

6. ¿Paga menos la Administración si la calidad del servicio no es suficiente?

Una respuesta afirmativa a este interrogante nos aproxima al arrendamiento operativo, ya que supone trasladar los riesgos a la empresa.

7. ¿Aumentan los pagos de la Administración en caso de aumentar los costes de la empresa?

Por el contrario, estamos más cerca del arrendamiento financiero si los pagos de la Administración se ven influidos, al alza, por un incremento de los costes de la empresa.

8. ¿Quién se enfrenta al riesgo del valor residual?

Estamos ante un arrendamiento operativo si la Administración tiene la opción de adquirir el activo, al finalizar el contrato, al precio corriente de mercado y no está obligada a adquirirlo a un precio prefijado si no lo necesita o no está en buenas condiciones.

re a algún otro elemento suplementario que sirve para garantizar el destino final de la infraestructura una vez concluido el periodo de ejecución del contrato. Sí conviene recordar un elemento complementario que es de interés teniendo en cuenta la multiplicidad de personas jurídicas instrumentales que se utilizan: no hay en este sentido ninguna dificultad para que sean Administraciones públicas o entidades públicas sometidas al derecho privado o incluso sociedades mercantiles públicas las que concierten estas operaciones<sup>32</sup>. De hecho, la propia existencia de entidades como SEGIPSA u otras en las comunidades autónomas está motivada por la realización de operaciones de gestión patrimonial entre las que se encuentra el modelo que se explica ahora.

## IX.2. La obligación del arrendador de construcción del inmueble

El primer elemento del arrendamiento operativo viene dado por una prestación cercana al contrato de obras, la cual es la de encomendar la construcción/renovación de un edificio para cumplir con determinadas necesidades administrativas. Dicho edificio será el que, en el momento de la finalización de las obras, será objeto del alquiler a la Administración, ya sea para la instalación de un edificio administrativo, ya sea para la prestación de un servicio. Por ello, la construcción se ha de efectuar de manera que se cumplan las necesidades de la Administración, aunque conservando el constructor la capacidad de decidir sobre el diseño y las soluciones idóneas para la satisfacción de la necesidad administrativa, aunque esta, obviamente, habrá de hacer un examen sobre la compatibilidad con la necesidad planteada. No obstante, la encomienda de construcción a un particular de un inmueble no significa que la Administración se desentienda de todo el proceso de construcción.

### IX.2.1. Otorgamiento de derecho de superficie y cesión de edificio construido

En efecto, de entrada habitualmente la Administración se vincula con la propia determinación de la ubicación en la que se va a proceder a la construcción, para lo cual dispone de dos posibilidades. Por un lado, mediante la cesión del terreno en el que se va a edificar, lo cual se puede hacer de diversos modos, aunque la fórmula que está gozando de mayor aceptación es la de la constitución de un derecho de superficie sobre una finca de titularidad administrativa; y, en segundo lugar, en algún momento se ha recurrido a una figura tan poco utilizada en el comercio moderno como es el censo enfiteútico. En condiciones normales, se recurre al otorgamiento de un derecho de superficie que suele no resultar oneroso para el contratista –lo que evidentemente tiene efecto en el canon que pagará la Administración por el uso–, aunque no es imprescindible que sea así, sobre todo teniendo en cuenta que el pago del derecho se puede realizar con arrendamientos de bienes, lo que repercutiría en una reducción de lo que ha de pagar la Administración al titular del derecho, tal como reconoce el artículo 40.3 de la Ley del Suelo aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (LS'08, en adelante).

<sup>32</sup> De hecho, hay sociedades en el Estado y en las comunidades autónomas dedicadas a la gestión patrimonial. Posiblemente la más relevante sea SEGIPSA en el ámbito estatal y entre las autonómicas se debe citar a GISA, dependiente de la Generalitat de Catalunya.

El hecho de que se recurra a este derecho no es una opción intrascendente: con su utilización la Administración contratante se va a garantizar que en el momento de la finalización del contrato de arrendamiento el edificio construido va a permanecer en sus manos, sin que haya ningún coste añadido. El artículo 41.5 de la nueva Ley del Suelo dispone, en este sentido: «A la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho».

Pero, sobre todo, el otorgamiento del derecho de superficie tiene una ventaja añadida para el contratista de la Administración que afecta a la duración de la relación. Mientras que en el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado la duración del mismo no podrá exceder de 20 años (tal como dispone el artículo 314 del TRLCSP, lo que desde el sector privado siempre se ha considerado poco tiempo), el derecho de superficie tiene una duración máxima de 99 años, tal como dispone el artículo 40.2 de la LS'08. Es cierto que una extensión temporal del contrato tan prolongada dificulta una adecuada ponderación de los riesgos económicos del contrato para el sector público (que fue lo que motivó la restricción del TRLCSP), en la medida en que las necesidades administrativas tendrán un punto de indeterminación.

La segunda posibilidad es que se trate de la renovación de un edificio ya construido, con lo que la vinculación es aún mayor. Esto ocurre en los casos en que se recurre al arrendamiento operativo para efectuar la renovación del mismo y que, para poder proceder a su renovación integral, habrá que ceder al contratista, obviamente, para que se pueda proceder a esta operación, si el bien tiene naturaleza demanial, a su desafectación para su transferencia a la entidad privada con el fin de que la incorpore a su patrimonio durante la vida del contrato. Desde el punto de vista de la naturaleza del contrato también está condicionado, en la medida en que la operación ha de suponer una renovación que permita que el valor del edificio remodelado resulte superior al valor inicial que tenía el inmueble. Precisamente por las implicaciones que tiene esa transferencia, se suele realizar solo en arrendamientos operativos concertados con sociedades de capital enteramente público, tal como se verá con posterioridad<sup>33</sup>.

### *IX.2.2. Control administrativo de la construcción y desconsolidación contable*

No obstante, el punto que plantea mayores problemas para lograr el efecto de la desconsolidación es el relativo al control por parte de la Administración del proceso de construcción, lo que afecta a las necesidades de financiación de los entes públicos con las consecuencias que se analizaron con anterioridad. Téngase en cuenta que aquí nos encontramos, de nuevo, en una situación de equilibrio difícil e inestable, en la medida en que el ente público desearía disponer de poderes comparables a los que tiene en el contrato de obra pública, pero que no resulta posible ya que la mayor parte de las responsabilidades han de recaer en manos del contratista. Si se procediera de otro modo, en las decisiones de Eurostat se manifiesta que un control total por parte de la Administración nos conduciría a la

<sup>33</sup> En el asunto BIG, el problema que se planteó era precisamente este. El Estado austriaco transfería la propiedad del inmueble a una sociedad mercantil totalmente pública para que esta procediera a la renovación de los mismos, para su posterior alquiler a la Administración a precios de mercado.

figura del arrendamiento financiero, que tiene el efecto inverso al del arrendamiento operativo, en la medida en que sí se consolida a efectos del déficit público. Precisamente por ello, sigue conservando algunos poderes relevantes en relación con la ejecución de la obra, a fin de que esta se realice a su plena satisfacción, lo que está justificado en la medida en que media un encargo de la Administración al futuro arrendador del edificio, aunque evidentemente son poderes de intensidad inferior a los que tendría si se estuviera ejecutando un contrato de obras de los regulados en la LCSP.

Dentro de la situación de equilibrio que se acaba de indicar, las Administraciones públicas retienen el poder de comprobación de la adecuación del proyecto que se va a ejecutar a las necesidades administrativas, lo que se efectúa tanto en la fase de licitación, indicando las características básicas del proyecto, como en la fase de planificación, constatando la adecuación del plan a lo previsto inicialmente, lo que supone la aprobación por parte de la Administración del plan logístico de aprobación de la obra y del plan de conservación y mantenimiento del edificio. Sobre todo, esta obligación se manifiesta en la elaboración por parte de la Administración del proyecto ejecutivo en el que se incorporen todas las mejoras sobre el proyecto inicial realizado por el ente público. Ahora bien, más allá de esta función –básica por otra parte– el ente público no puede efectuar el diseño de la construcción ni puede proceder a la dirección técnica de la obra –que en ocasiones se suele subarrendar por la entidad a la propia administración–.

En la misma línea, la Administración pública se reserva ciertas facultades de inspección y verificación de la misma durante su ejecución –manifestadas en la obligación que se acostumbra a poner al arrendatario de efectuar informes periódicos sobre el estado de las obras, de los trámites administrativos y de ejecución de los planes complementarios–, lo cual finaliza con la necesidad de aprobación del resultado final del proyecto. Esta obligación se suele configurar como una condición resolutoria del contrato para que se pueda proceder al arrendamiento de que la ejecución del mismo se haya efectuado a satisfacción de la Administración, con cumplimiento de los planes que han sido aprobados por ella. Durante la vida del contrato, como veremos con posterioridad, continúa la implicación de la Administración, en la medida en que puede exigir la adaptación del inmueble a la nueva normativa y demás condiciones para una prestación adecuada del servicio.

Lo que se acaba de exponer, que refuerza los poderes de la Administración y los acerca a los que tiene en el contrato de obras, no debe entenderse en el sentido de que el futuro arrendador del inmueble carece de poderes relevantes, aunque ciertamente matizados para la satisfacción de las necesidades de interés general. Eurostat es exigente en el sentido de requerir que los poderes básicos sobre el edificio recaigan en manos del arrendador, con independencia de que el arrendatario tenga que dar su consentimiento. De este modo, es el propietario del edificio, el arrendador, el que ha de decidir cómo se da cumplimiento al encargo de la Administración y cómo se satisface su necesidad: suyas serán, por consiguiente, las decisiones básicas en materia de diseño y planificación del activo para que cumplan con la normativa y los requerimientos de la Administración; suya será la responsabilidad sobre la construcción –sea efectuada por él directamente o encomendada a un tercero (y por tanto, el arrendador asumirá todos los riesgos de construcción, empezando por el del cumplimiento de los plazos de comienzo de las obras, los eventuales plazos intermedios que puedan existir y, sobre todo, será responsable de la entrega del edificio concluido dentro del término pactado con la Administración con-

cedente)–; será el arrendador el que asumirá los costes de conexión a las empresas de servicios –energía, telecomunicaciones, agua...–; será el arrendador el que asuma la dirección facultativa de obra (bien es cierto que, en condiciones normales, este poder se efectúa mediante la subrogación que tenga firmada la Administración con carácter general, con lo que habrá una dirección indirecta administrativa, lo que no deja de resultar sorprendente); será suya la responsabilidad de obtención de licencias para la puesta en marcha del edificio; y será él como arrendador el que determine todos los aspectos relativos a cómo debe explotarse, mantenerse y actualizarse el inmueble para prestar los servicios requeridos con los niveles de calidad que han pactado la Administración y el arrendador.

Vinculadas a las anteriores, que constituyen las obligaciones centrales para que podamos hablar de arrendamiento operativo y para que se acepte la desconsolidación, aparecen elementos secundarios pero que, al mismo tiempo, resultan relevantes. Todos los gastos de redacción y visado de los proyectos, la obligación que, en su caso, pueda existir de obtención de licencias urbanísticas y, en general, toda la tramitación administrativa del proyecto que se vaya a ejecutar (satisfacer los impuestos que se puedan generar como consecuencia de la construcción y explotación de la obra, o redactar los planes de seguridad y salud de las obras y el plan medioambiental) son, de igual manera, obligación del arrendador, en cuanto que es responsable de la construcción de las obras. Y, obviamente, será el responsable de los daños que se produzcan a terceros como consecuencia de los trabajos de ejecución de las obras de construcción y de las de explotación y conservación. Todo ello, debido a que formalmente es el propietario del inmueble que, con posterioridad, alquilará al particular.

Por tanto, como se ha podido ver, las decisiones esenciales sobre el activo recaen siempre del lado del arrendador, aunque con una relación directa con el arrendatario, teniendo siempre presente que las necesidades que se han de satisfacer son las de la Administración. Además de todo ello, hay un dato esencial desde el punto de vista de la estabilidad presupuestaria: la Administración carece de responsabilidad en relación con la financiación de la obra, que recae en su integridad en manos del arrendador, no solo en su búsqueda, sino en la contratación y en la devolución del mismo, sobre la cual no puede existir aval por parte de la Administración, dado que ello supondría un desplazamiento del riesgo hacia el ente público. En esta actividad se encuentra en una situación bastante favorable, en la medida en que no podemos olvidar dos elementos que le van a facilitar la obtención en buenas condiciones de dinero en el mercado de capitales: por un lado, el respaldo público a la operación, manifestado en el pago de los arrendamientos del inmueble, con lo cual hay un flujo constante de dinero suficiente para hacer frente a la devolución del préstamo, siempre que se ejecute de forma satisfactoria –con lo que los riesgos de una mala construcción recaen en el arrendador–. Por el otro, el hecho de que la empresa arrendadora va a ser titular del edificio durante toda la vida del contrato, tal y como veremos con posterioridad, lo que va a facilitar la utilización de determinadas formas de financiación privada.

En este sentido, suele ser usual el recurso a fórmulas tales como hipotecas, *leasing* inmobiliario o cualquier otra fórmula que recoge el ordenamiento jurídico privado, algo que cuenta con un respaldo importante en el caso de que se haya otorgado el derecho de superficie. Obviamente, todas las fórmulas que garanticen la obligación con este encuentran un límite temporal en la duración del mismo, dado que en el momento en que se extingue el derecho de superficie, el bien revierte a la Administración libre de cargas.

### IX.3. El arrendamiento del bien a la Administración como prestación característica del contrato

El segundo elemento del arrendamiento operativo consiste en que la entidad constructora debe arrendarlo a la Administración pública en perfectas condiciones de uso para la finalidad que se pretende, incluido el equipamiento interior y los servicios complementarios, en las condiciones previstas en el contrato. Como se recordará, el artículo 111.2 de la LPAP permite expresamente la realización de prestaciones complementarias, las cuales, de acuerdo con lo que dispone la LCSP, no pueden exceder del 50 por 100 del valor total del negocio.

Desde este punto de vista, nos encontramos ante un contrato de arrendamiento de bienes en el que el arrendador se obliga a dos prestaciones: por un lado, a la cesión del uso del inmueble y, en segundo lugar, a mantener el edificio en perfectas condiciones de utilización, proveyendo incluso el equipamiento para el mismo y la prestación de servicios complementarios que dependan de la modalidad de edificio que sea objeto del mismo y que podrían ser los de limpieza, *catering*, lavandería o cafetería, o incluso bienes que afecten a la propia esencia de la actividad que se desempeñe en el edificio objeto del contrato, como podrían ser equipamiento de oficinas o material sanitario si su destino es servir para un centro de salud.

#### IX.3.1. Arrendamiento de bien

Como se acaba de indicar, la primera parte del contrato afecta tiene la naturaleza de arrendamiento de bien inmueble.

El coste de todas las operaciones de mantenimiento del inmueble son por cuenta del arrendador, lo que se constituye como un requisito ineludible para que no se produzca la desconsolidación. Eurostat ha insistido en que el coste de mantenimiento debe constituir una responsabilidad del arrendador y que no puede ser transferida a la Administración pública a la que se cede el inmueble, so pena de consolidación del coste de la operación en sus cuentas: «Estaremos igualmente ante un arrendamiento financiero cuando la Administración pague directamente la mayor parte del mantenimiento del activo y soporte el riesgo de variaciones en dichos costes»<sup>34</sup>.

Pero lo que resulta relevante, desde el punto de vista de la estabilidad presupuestaria, es que nos encontremos ante una figura de arrendamiento de bienes –esto es, no transmisión de la propiedad, sino mera cesión de uso–, ya que va a ser lo que permita que las cantidades abonadas por la Administración no computen a efectos del déficit público, al tener naturaleza de gastos corrientes y no de gastos de inversión, que es lo penalizado en el sistema europeo de estabilidad presupuestaria. En este sentido, conviene recordar que el pago por la utilización del inmueble se efectúa, en todos los supuestos, no por los usuarios directos del servicio, en caso de que existieran, sino por la Administración pública arrendataria del bien en contraprestación por la cesión de uso del inmueble y por la puesta a disposición del mismo.

<sup>34</sup> Eurostat, Long Termes Contracts..., *op. cit.*, pág. 10.

### IX.3.2. Contrato de servicios

Como se ha venido señalando, no es solo un mero contrato de arrendamiento, sino que también hay incluida una prestación de servicios que constituye una parte determinante del contrato. Servicios que suponen, esencialmente, que todo aquello necesario para que la Administración realice la prestación principal corre por cuenta del contratista, desde la limpieza hasta el servicio de fotocopiadora, la puesta a disposición de equipos o incluso la contratación de personal accesorio como pueden ser los miembros de la seguridad.

Precisamente por ello, este contrato de arrendamiento tiene, de igual manera, algunas peculiaridades en cuanto a las prestaciones que ha de abonar la Administración. Así, se configura como un contrato con dos tipos de pagos: por un lado, una cantidad fija, delimitada en el contrato, que se paga en cualquier caso, y, en segundo lugar, se establece otro pago que tiene la característica de pago por disponibilidad, en función de la calidad de la prestación de los servicios, de acuerdo con unos parámetros que tienen que venir prefigurados en el contrato de arrendamiento del inmueble. En este sentido, las modificaciones en el nivel de prestación de servicios por parte del arrendador han de suponer una modificación en las cuantías que percibe el arrendador por parte de la Administración, de tal manera que cuando se reduce el servicio o no tiene la calidad pactada se han de reducir los pagos; con independencia de cuál sea la causa de la rebaja de la calidad, incluso si se debe a problemas del activo en lugar de a la forma de explotarlo.

Vinculado a las alteraciones en el precio que se paga en función del nivel de prestación de servicios, aparece la cuestión de la repercusión de los costes de explotación de los servicios contemplados en el contrato. Tal como ha señalado Eurostat, para que nos podamos encontrar ante un arrendamiento operativo, la Administración no puede asumir las modificaciones en el coste de prestación de los servicios, ya que con ello asumiría el riesgo de demanda o de disponibilidad y, en consecuencia, nos encontraríamos ante un arrendamiento financiero en lugar de un arrendamiento operativo<sup>35</sup>. O, planteadas las cosas, utilizando la terminología española, los servicios se ejecutarán a riesgo y ventura del arrendador, ya que forma parte de los riesgos que necesariamente ha de asumir.

Ahora bien, hay un factor que también resulta relevante para que nos encontremos ante un arrendamiento operativo: la organización de los servicios. El contrato de arrendamiento operativo es un contrato para la obtención de unos resultados pactados, en el sentido de que la Administración ha de disponer del edificio en las condiciones de uso exigidas y los servicios complementarios con el nivel de calidad contratada. Es una obligación del contratista, que, además, de acuerdo con los planteamientos a favor de la privatización de servicios, se encuentra en mejores condiciones para la producción del resultado que el ente público. Esto se traduce en que el cómo se llega a estos resultados es algo que a la Administración no le incumbe. El ente público no puede ni organizar el modo de prestar los servicios ni asumir el coste de explotación del inmueble ni asumir el plus valor derivado de necesidades de sustitución de elementos porque hayan llegado a un nivel de obsolescencia que les hagan inservibles para el fin previsto. Si ocurriera eso, nos encontraríamos ante un arrendamiento financiero y, por consiguiente, ante la consolidación del coste en las cuentas de la Administración pública.

<sup>35</sup> Eurostat, Manual..., *op. cit.*, pág. 200.

El hecho de que sea un pago por la utilización del inmueble es lo que diferencia a esta figura del arrendamiento financiero, que sí tiene el efecto de la consolidación a efectos del déficit público. En esta última figura las cuotas fijas que paga el arrendatario equivalen a una cuota de interés más la parte de amortización, con lo cual nos encontramos ante un modo diferente de financiación, en el cual el financiador no tiene una garantía considerada como tal, sino que la protección de su inversión viene dada porque aparezca formalmente como propietario del inmueble. Desde un punto de vista de la contabilidad pública, y de la privada también, nos encontramos con que al arrendamiento financiero hay que darle la consideración de préstamo, por lo que computa como una inversión pública financiada mediante el arrendamiento, con lo cual tendría la consideración de transferencia financiera que sí computa a efectos del déficit público de acuerdo con el SEC 95.

Que nos encontremos ante un contrato de arrendamiento y no ante un mecanismo de carácter financiero hace que esta modalidad contractual suela tener un plazo bastante amplio, de unos 30 años<sup>36</sup>, con la finalidad de que el constructor pueda amortizar el precio de construcción y obtener beneficios. Téngase en cuenta que, de acuerdo con la normativa SEC 95, los precios que se abonen por los arrendamientos han de ser razonables con los precios del mercado de alquileres de inmuebles con los que se pueda guardar similitud y que los servicios complementarios también han de reunir estas características. Si no fuera así, resultaría razonable computar las cantidades abonadas, ya que estarían encubriendo un préstamo para la construcción de inmueble con pago de intereses. Eurostat es clara en este punto: «En todos los casos es importante comprobar si la Administración contrata en condiciones normales de mercado». Planteada la cuestión de otro modo, si no se asume por parte del arrendador los riesgos inherentes al contrato, tendría la consideración de un arrendamiento financiero, de tal manera que el déficit y la deuda públicos resultarían afectados por el valor íntegro del activo en el momento en que la Administración tomara posesión de este.

Por último, la ordenación de las causas de resolución anticipada también tiene que estar sometida al riesgo y ventura que aparece a lo largo de la vida del contrato. Obviamente, la resolución anticipada del contrato supondrá la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se causen a la parte que no haya sido responsable de la causa de resolución, lo que se calculará de acuerdo con lo que se pacte en el contrato. Una fórmula razonable de indemnización del contratista es el lucro cesante calculado en función de los años previos a la resolución, extrapolados a los que faltan, teniendo en cuenta el coste especial de mantenimiento del edificio. De igual manera, resulta adecuado planear la resolución del derecho de superficie en aquellos casos en los que se haya otorgado al mismo tiempo que se constituyó el arrendamiento operativo, en la medida en que es una relación dependiente de la actividad principal.

#### IX.4. La estructuración de los pagos por disponibilidad

Tal como señala el artículo 11.4 del TRLCSP para el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, pero que es perfectamente traspasable a esta modalidad de CPP, «la con-

<sup>36</sup> En los borradores que se están utilizando de la futura regulación española se quiere limitar el plazo de esta modalidad contractual a 20 años.

traprestación 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, como se ha reflejado a lo largo de las páginas precedentes, el modo usual de pago es el denominado pago por disponibilidad, que es el usual en los casos de contratos cuyo objeto es 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...»<sup>37</sup>.

Esto es, nos podemos encontrar 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 hospitales<sup>38</sup>–, o incluso para los propios 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 satisfaca 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 el edificio, 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.

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> 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, medido 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 12 mensualidades.

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»<sup>39</sup>.

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 requeridas<sup>40</sup>. 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 previsto<sup>41</sup>. 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 deberán 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 disponibilidad, 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 cubra 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 debe ser la consecuencia solo de sanciones por

<sup>39</sup> HERRANZ EMBID, P., *Régimen general...*, *op. cit.*, pág. 757.

<sup>40</sup> ACERETE GIL, J.B., *Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid (2004), pág. 87.

<sup>41</sup> Véase sobre esta modalidad de retribución los trabajos de ÁGUEDA MARTÍN, F.J., «La financiación...», *op. cit.* Así como 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).

el mal funcionamiento del servicio, sino que debe estar estructurada 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 aun si no hay, en sentido técnico, incumplimiento, sino mero cumplimiento discreto, en la zona de los mínimos admisibles<sup>42</sup>. 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 Administración<sup>43</sup>. 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.

## IX.5. El bien objeto del arrendamiento operativo es propiedad del arrendador

El tercer elemento imprescindible que se ha de manifestar en el arrendamiento operativo es que durante la vida del contrato el bien permanece en manos de la entidad arrendadora, aspecto que resulta de especial importancia para los dos sujetos que intervienen en el arrendamiento operativo: para las Administraciones públicas tiene la consecuencia de que se pueda producir la desconsolidación del coste de construcción y mantenimiento, y para el arrendador tiene la utilidad de que las condiciones económicas de construcción sean las mejores, fruto de unas mayores garantías, a lo que coadyuva, evidentemente, el hecho de estar el bien arrendado a una Administración pública por un periodo prolongado.

<sup>42</sup> 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", en 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».

<sup>43</sup> 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».

El arrendador es, como se acaba de indicar, el propietario del bien objeto del arrendamiento operativo, algo que, de hecho, lo diferencia de otras modalidades de colaboración público-privadas, como sería el caso de la concesión<sup>44</sup>. En el caso de que se haya otorgado un derecho de superficie, que es lo usual, se trata de una consecuencia necesaria, que obliga, por ejemplo, a la responsabilidad por todos los daños que se produzcan como consecuencia de la ejecución del derecho de superficie –lo que afecta a todo el proceso de construcción del inmueble y las obras para su mantenimiento–, ya produzca daños a los particulares o a las Administraciones públicas.

En cuanto al propietario del inmueble, dispone de los derechos habituales que corresponden a un propietario de un bien inmueble, aunque, obviamente, se encuentran modulados por el hecho de que el objeto del mismo está afecto a una finalidad de interés general, lo cual motiva una serie de limitaciones en las facultades del propietario y de cumplimiento de algunos requisitos suplementarios para la constitución y ejercicio de ciertos derechos, básicamente aquellos que pueden afectar al servicio principal. Así, por ejemplo, la cesión del derecho de superficie, que llevará aparejada la del inmueble, solo se puede realizar a cesionarios que dispongan de las condiciones de solvencia económica, técnica y financiera que se hayan requerido para la participación en el concurso de adjudicación del contrato. Es la situación normal en que se produce la afectación de un bien privado al cumplimiento de una finalidad de interés general.

Para la economía del contrato, el hecho de que el bien permanezca en manos del arrendador resulta la solución más satisfactoria en la medida en que puede contratar la financiación que precise para ejecutar la construcción de las obras en las mejores condiciones, lo que se debe a dos factores: por un lado, que el bien objeto del arrendamiento puede servir para garantizar la devolución del crédito, para lo cual los contratos usuales de arrendamiento operativo suelen llevar incluida una cláusula de aceptación, y, en segundo lugar, que el hecho de que el arrendatario sea una Administración pública y que el contrato esté formalizado por un periodo de tiempo considerable –lo que es necesario para amortizar la inversión– proporcionan un flujo continuo y seguro de fondos, siempre y cuando, obviamente, la ejecución del contrato se efectúe en las condiciones pactadas a satisfacción de la Administración. Con ello, el arrendador del inmueble dispone de la mayor seguridad y estabilidad para proceder a la devolución de los créditos con los que ha financiado la construcción de la obra, lo que se exteriorizará también en mejores condiciones del financiador, dado que tiene la seguridad de que va a poder recuperar las cantidades prestadas.

Además, si analizamos la cuestión desde el punto de vista de la desconsolidación, resulta imprescindible que el bien sea propiedad del arrendador. Es la forma de que no haya dudas sobre la asunción de los riesgos de construcción, que en este caso se extienden a todas las operaciones de mantenimiento, y, además, asume los riesgos de disponibilidad o de demanda, dependiendo del tipo de infraestructura. La primera modalidad de riesgos obliga a que el proceso constructivo se realice en las condiciones requeridas por la Administración –que condicionan el contrato– y, en particular, que no se produzcan sobrecostes de construcción ni que existan retrasos, por la penalización que

<sup>44</sup> Recordemos que, solo en el supuesto de los puertos, se declara la titularidad dominical por parte del concesionario durante el plazo de la concesión.

suponen para él. Obviamente, dentro de los riesgos que ha de asumir el arrendador se encuentran los de las deudas por finalización anticipada del contrato, salvo que la culpa sea del arrendatario.

Desde el segundo punto, constituye un arrendamiento con elementos peculiares ya que el arrendador asume los gastos de mantenimiento del inmueble, que posiblemente sea el elemento que supone mayor asunción de riesgos, ya que le obliga a realizar a su costa durante toda la vida del contrato de arrendamiento todas las obras necesarias para mantener el edificio en las condiciones adecuadas para una adecuada prestación del servicio, lo cual en el caso del derecho de superficie se extiende hasta el momento de la entrega, momento en el que se ha de encontrar en buenas condiciones de uso para que se mantenga con el funcionamiento de la Administración. En su caso, porque no siempre hay prestaciones complementarias, deberá durante toda la vida del contrato hacer frente a estas a su riesgo y ventura. De hecho, que la Administración retenga algún riesgo en esta modalidad contractual resulta absolutamente excepcional y solo podría ocurrir ante casos en los que la exigencia de la Administración, por su especialidad, haga ineficiente el contrato si no asumiera ese riesgo por parte del propio ente público.

Uno de los puntos relevantes del arrendamiento operativo, desde el punto de vista de la desconsolidación, es el relativo al momento de la finalización del contrato y cómo afecta al destino del bien. A diferencia del arrendamiento financiero, en esta modalidad contractual no hay una opción de compra para la Administración, opción de compra que suele tener un precio simbólico, ya que ha venido amortizándolo durante la vida del contrato. Si la Administración tiene la opción de compra, esta ha de ser al precio corriente del mercado y constituir realmente una posibilidad que haya de ser valorada por la Administración, de tal manera que, para que nos encontremos ante un arrendamiento operativo, «no ha de estar obligada a comprarlo a un precio preacordado si no lo necesita o si el activo no está en buenas condiciones»<sup>45</sup>. Pero obviamente, si adquiere el bien, ese acto será considerado como un gasto de inversión que se consolida en relación con el déficit público, aunque claro es, se trata de un efecto distinto del propio del arrendamiento operativo.

En el caso del arrendamiento operativo, están abiertas todas las opciones en el momento de finalización del contrato y, de hecho, la opción de compra no es de las más usuales y en ningún caso por un precio simbólico, como ocurre con el arrendamiento financiero. Por ello, cabrían tres opciones para arrendador y arrendatario<sup>46</sup>: el abandono del bien por parte de la Administración y que el arrendador le proporcione un nuevo destino; en segundo lugar, que se efectúe la prórroga o la renovación del contrato de arrendamiento operativo entre el arrendador y la Administración; y, por último, que la Administración proceda a la adquisición del bien por un precio de mercado, ya que,

<sup>45</sup> Eurostat, Manual..., *op. cit.*, pág. 200.

<sup>46</sup> Eurostat ha contemplado específicamente este supuesto, señalando lo siguiente: «Si el activo sigue siendo propiedad del socio privado una vez finalizado el proyecto, sea cual fuere su valor económico en ese momento (si bien es habitual que su futura vida útil continúe siendo importante, principalmente en aquellos casos de infraestructura que se deprecia ligeramente con el tiempo), la justificación para registrar el activo en el balance del socio privado sería mayor.

En otros contratos la Administración puede limitarse a ostentar una opción de compra del activo al valor de mercado corriente. En tales casos, es el socio privado quien soporta los riesgos asociados a la demanda continuada del activo y su estado físico, lo que contribuye a clasificar el activo fuera del balance público».

con los pagos que ha efectuado, no ha abonado nada del valor del inmueble, sino que ha sido la contraprestación por el derecho a utilizarlo.

El único supuesto en el que sí está determinado el destino del bien aparece cuando el contrato de arrendamiento operativo está vinculado al otorgamiento de un derecho de superficie por la Administración para que en la finca cedida se proceda a la edificación. En este caso, de acuerdo con el régimen del derecho de superficie, el bien pasa a ser propiedad de la Administración, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.5 del Texto Refundido de la LS'08, que dispone que «a la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho. No obstante, podrán pactarse normas sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie». Este último inciso rompe el automatismo anterior y puede servir para dar cobertura a supuestos específicos.

No obstante, hay un factor que se debe destacar: en los supuestos en los que se ha concedido un derecho de superficie hay una voluntad de la Administración de continuar desarrollando su actividad en este inmueble. Precisamente por ello, se incorpora la obligación de que las instalaciones reviertan a la Administración pública en buenas condiciones de utilización, para lo cual se efectúa una inspección cuyos resultados quedan materializados en la denominada «acta de reversión», cuyo contenido debe resultar similar al que figura en el acta de comprobación de las obras, que se efectúa en el momento de finalización del contrato de obras.

Precisamente, este hecho, el que vuelva el bien de forma gratuita a la Administración pública que ha adjudicado el contrato en el momento de su finalización, es lo que hace preferible para el ente público el recurrir en el arrendamiento operativo al derecho de superficie en lugar de al censo enfiteutico, que sería la otra opción que tiene la Administración; opción que, sin lugar a dudas, es mucho menos utilizada por parte de los entes públicos dado que se pierde la gran ventaja que tiene. En estos casos, se recordará, el artículo 1.651 del Código Civil dispone que «la redención del censo enfiteutico consistirá en la entrega en metálico y de una vez, al dueño directo del capital que se hubiese fijado como valor de la finca al tiempo de constituirse el censo, sin que pueda exigirse ninguna otra prestación, a menos que haya sido estipulada».

Esta reversión de instalaciones a la Administración, no obstante, obliga a que el precio que está abonando la Administración sea un precio real de mercado, con independencia de las dificultades que en ocasiones plantea el determinarlo con precisión en el ámbito correspondiente a la naturaleza del bien y del servicio que se vaya a prestar con él. Téngase en cuenta que, en caso contrario, si el precio que se paga por el ente público es superior a lo que debiera ser de acuerdo con el valor de mercado del bien, el arrendamiento operativo se transformará en arrendamiento financiero. De acuerdo con lo señalado por Eurostat, esto ocurre de este modo en los casos en los que «el precio pagado por la Administración sea inferior al valor económico (o incluso de cero) pero la Administración ya haya pagado el derecho a adquirir el activo a lo largo de la vigencia del contrato mediante la realización de pagos regulares que hayan alcanzado un importe total muy aproximado al valor económico entero del activo». Es, como se ha indicado en repetidas ocasiones a lo largo de este estudio, un

problema de cómo se formaliza la relación entre ambas partes y de cómo se asumen por cada una los riesgos inherentes a la operación.

## X. MARCO JURÍDICO DEL ARRENDAMIENTO OPERATIVO

La figura del arrendamiento operativo, tal como se acaba de delimitar, no está recogida de forma expresa en el ordenamiento jurídico español y por consiguiente no tiene una disposición en la que se contengan todos los elementos. De la exposición precedente se ha podido ver que es un contrato que tiene, principalmente, elementos del de arrendamiento de bienes; recoge algunos otros que son propios del contrato de arrendamiento de servicios y, en ocasiones, tiene un derecho de superficie vinculado a él, cuando el bien se vaya a construir en una finca que originariamente era de titularidad administrativa, lo que es bastante usual. Este último no es un dato imprescindible, aunque sí usual, por lo que para delimitar el marco normativo de la figura hay que recordar solo la regulación genérica que está en los artículos 40 y siguientes del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, y las disposiciones autonómicas en las que se contiene una regulación de este derecho y que pueden matizar su desenvolvimiento.

Desde el punto de vista del ordenamiento aplicable, habida cuenta de que la prestación más importante es la del arrendamiento de bienes<sup>47</sup>, buena parte de su regulación se remite al Capítulo III del Título V de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP). Está considerado un contrato privado de la Administración, de acuerdo con lo señalado en el artículo 7.3 de la LPAP, cuando dispone que: «El régimen de adquisición, administración, defensa y enajenación de los bienes y derechos patrimoniales será el previsto en esta ley y en las disposiciones que la desarrollen o complementen. Supletoriamente, se aplicarán las normas del Derecho administrativo, en todas las cuestiones relativas a la competencia para adoptar los correspondientes actos y al procedimiento que ha de seguirse para ello, y las normas del Derecho privado en lo que afecte a los restantes aspectos de su régimen jurídico», lo que se complementa con lo dispuesto en el artículo 110, en cuya virtud: «Los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por esta ley y sus disposiciones de desarrollo y, en lo no previsto en estas normas, por la legislación de contratos de las Administraciones públicas. Sus efectos y extinción se regirán por esta ley y las normas de Derecho privado». Por tanto, su régimen está configurado en la norma patrimonial pública y, además, en las disposiciones donde se recoge el régimen de estos contratos, en este caso, la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Uno de los puntos que puede resultar más conflictivo es el de su otorgamiento, que, en función de lo dispuesto en el artículo 124 de la LPAP, «salvo que, de forma justificada y por las peculiaridades de la necesidad de satisfacer las condiciones del mercado inmobiliario, la urgencia de la contrata-

<sup>47</sup> Sobre el arrendamiento de bienes y las Administraciones públicas, véase ARANA GARCÍA, E., «Arrendamiento de bienes», en la obra colectiva dirigida por GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Diccionario de bienes y obras públicas*, Iustel, Madrid (2007); así como VALENCIA MARTÍN, G., «Arrendamiento de inmuebles», en *El régimen jurídico general del patrimonio de las Administraciones públicas*, obra colectiva dirigida por MESTRE DELGADO, J.F., publicada por El Consultor, 2004.

ción debida a acontecimientos imprevisibles, o la especial idoneidad del bien, se considere necesario o conveniente concertarlos de modo directo». No obstante, como veremos, esta previsión resultará tan solo de aplicación para el caso de que el vehículo utilizado sea una sociedad de capital enteramente privado, ya que en el caso de que se contrate con una sociedad mercantil pública el procedimiento será el convenio, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria de las prestaciones *in house*.

Una de las características más destacables del contrato es su carácter flexible, derivado precisamente de la falta de regulación expresa. Precisamente por ello y al amparo del artículo 111 de la LPAP, la Administración que recurra a esta modalidad podrá concertar las cláusulas y condiciones que estime convenientes en defensa del interés general, siempre que no sean contrarias al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración. Esta regla, que es una concreción para los negocios patrimoniales de la existente en el artículo 21 de la LCSP, es la que permite la configuración de un contrato de contenido complejo como es el arrendamiento operativo. La exigencia del artículo 111.2 es que se forme un expediente único de acuerdo con la prestación principal.

En cuanto a los aspectos de control jurisdiccional, el artículo 110.3 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, ha reiterado la competencia general de la jurisdicción civil «para resolver las controversias que surjan sobre estos contratos entre las partes», atendiendo a su carácter de contratos privados. No obstante, es una competencia compartida con la jurisdicción contencioso-administrativa en relación con los actos jurídicos separables, que, conforme a lo establecido en el artículo 110.3 LPAP, son «los que se dicten en relación con su preparación y adjudicación».

## **XI. EL ARRENDAMIENTO OPERATIVO CON UNA SOCIEDAD MERCANTIL PÚBLICA**

El esquema originario del arrendamiento operativo está hecho para que una sociedad privada sea la que afronte la construcción de la infraestructura. En este caso, el socio privado se elige por alguno de los procedimientos que recoge la ley de contratos, en función de las características de la operación que se va a realizar, y no se plantea ningún problema específico. No obstante, las Administraciones públicas están recurriendo a sociedades mercantiles públicas para la ejecución de estas operaciones, en el bien entendido que estas, con posterioridad, recurren a particulares para realizar cada una de las prestaciones del contrato. Tres son las razones que justifican el recurso a estas entidades, su flexibilidad de desenvolvimiento jurídico, la capacidad que tienen de endeudarse en el mercado de capitales y, en último lugar, las posibilidades de desconsolidación en las cuentas de la Administración matriz de las deudas que contraigan, siempre que se den ciertos elementos, que serán analizados con detenimiento en el capítulo siguiente. Todo ello, sin olvidar un dato importante como es que, conviniendo con una sociedad mercantil pública, las posibilidades de control sobre la obra serán mucho más intensas que si se efectúa con una entidad de naturaleza privada.

La posibilidad de crear sociedades mercantiles para el desarrollo de este tipo de actividades no está vetada en el ordenamiento jurídico español y, de hecho, algunas de ellas han encontrado cobertura expresa a través de disposiciones concretas, como son las sociedades para la ejecución y explo-

tación de obras hidráulicas o de carreteras y, en general, supondría una manifestación de la capacidad de autogobierno de las Administraciones públicas, sobre la cual no existe ninguna cláusula de prohibición. Sería una extensión a otros supuestos y, de hecho, estaríamos ante un supuesto de gestión directa de tal obra a través de la cual se permitiría a la Administración una descentralización funcional y beneficiarse, según se afirma, de algunos de los elementos que hacen más beneficioso el Derecho privado. La cuestión más relevante son las relaciones que tiene esta sociedad, siendo conscientes de que el servicio principal va a seguir siendo prestado por la Administración matriz.

Por un lado, la relación de la sociedad mercantil pública con la Administración matriz se tendría que formalizar, de acuerdo con lo previsto en la Ley General Presupuestaria, con un convenio donde se hicieran constar los aspectos por los que debería regirse esta relación y se contemplen todas las peculiaridades de la relación para una adecuada ejecución por gestión directa, a través de esta sociedad, de la construcción y explotación de la infraestructura; con la peculiaridad de que la explotación tendrá un elemento de importancia que deriva del arrendamiento a la Administración matriz. En todo caso, todos los elementos básicos del arrendamiento operativo deben estar prefigurados en el contrato: i) en su caso, la constitución del derecho de superficie, ii) el régimen de construcción del inmueble y iii) la cesión del inmueble a la Administración y la explotación de los elementos accesorios del contrato en las condiciones deseadas.

Pero queda la relevante cuestión de la contratación con terceros para lograr una efectiva ejecución del contrato, dado que, en principio, no dispondrá de servicios adecuados para hacerlo. Desde este punto de vista, en principio, existirán dos tipos de relaciones contractuales con terceros: una que está dedicada a la construcción y mantenimiento de la infraestructura; y, en segundo lugar, aprovechando la flexibilidad que proporciona el ordenamiento privado, se podría contratar cada uno de los servicios colaterales con una única empresa o con más de una. Todo ello con la peculiaridad de que hay posibles contratistas que están en condiciones de prestar la totalidad del servicio principal y de las prestaciones complementarias del contrato de forma integrada.

En todo caso, ante todos los problemas que ha constatado la doctrina sobre las sociedades mercantiles públicas y su sometimiento a la normativa contractual pública, la enérgica respuesta del Tribunal de Justicia de las comunidades europeas podría ser traída a colación en este momento.