

# LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: CONTRATACIÓN DE SERVICIOS ENERGÉTICOS COMO PARADIGMA DE UN MODELO DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

**MAR MARTÍNEZ MARTÍNEZ**

*Abogada en «Joaquín Tornos Abogados Asociados»*

*Profesora de Derecho Administrativo UAO-CEU*

Este trabajo ha obtenido el **2.º Premio Estudios Financieros 2011** en la modalidad de **DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, don Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, doña María Camino VIDAL FUEYO, don José Ramón DE HOCES ÍÑIGUEZ y don Pedro POVEDA GÓMEZ.

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



## **Extracto:**

**EN** el presente artículo se aborda la sostenibilidad del Estado del Bienestar desde un punto de vista jurídico-público, pues en términos de sostenibilidad económica la contratación pública es clave y, en concreto, la CPP por cuanto genera en el mercado un volumen significativo de recursos y también de costes. Partiendo de una coyuntura en la que el Gobierno con ocasión del PAEE en los edificios de la AGE, ha establecido que dicho plan se materialice de manera imperativa a través de la adjudicación de CCPP y de que la reciente Ley de Economía Sostenible presenta toda una serie de medidas para dar impulso a eficiencia de la contratación pública sostenible; se plantea si la positividad del CCPP en la LCSP puede satisfacer realmente los objetivos pretendidos como son la reducción del gasto público y el incentivo económico.

Para ello, en primer lugar, se contextualiza el fenómeno de la CPP y se delimita en relación al CCPP regulado por la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, teniendo en consideración el alcance de las modificaciones operadas por la LES y valorando si esas modificaciones permitirán que el CCPP sea operativo. También se señalan las ventajas e inconvenientes que supone recurrir a este tipo de contratos y las implicaciones que se derivan de su fomento en el marco de los contratos de servicios energéticos como paradigma de un modelo de economía sostenible.

**Palabras clave:** contrato de colaboración público-privado, servicios energéticos, economía sostenible.

# PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS: ENERGY SERVICES' CONTRACTING AS A PARADIGM OF A SUSTAINABLE ECONOMY'S MODEL

**MAR MARTÍNEZ MARTÍNEZ**

*Abogado en «Joaquín Tornos Abogados Asociados»*

*Profesora de Derecho Administrativo UAO-CEU*

Este trabajo ha obtenido el 2.º Premio *Estudios Financieros* 2011 en la modalidad de **DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, don Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, doña María Camino VIDAL FUEYO, don José Ramón DE HOCES ÍÑIGUEZ y don Pedro POVEDA GÓMEZ.

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



## **Abstract:**

**I**n the present assignment the sustainability of the Welfare State is approached from a legal-public point of view as public agreements are essential in terms of economic sustainability. In particular PPP are significant because of the volume of resources and also costs that generate in the market.

With occasion of the PAEE in the buildings of the AGE the Government has established that this Plan needs to be materialized in an imperative way through the award of CCPP. Also, the recent Law of Sustainable Economy also presents a series of measures to impulse the sustainable public agreements; they study whether the regulation of PPP in the LCSP can actually satisfy the objectives pursued, that are the reduction of public expenses and the economic stimulus.

For this purpose, first of all, the phenomenon of PPP is set in a context and is delimited in relation with the PPP contract regulated by the Law 30/2007 of contracts of the Public Sector, taking into consideration the scope of the modifications of the Law of Sustainable Economy and considering if these modifications will allow the contract function ability.

The advantages and inconveniences of using this type of contracts are also pointed out as well as the implications that derive from it's promotion within the framework of the energy services agreements as a paradigm of a sustainable economy's model.

**Keywords:** public-private partnerships, energetic services, sustainable economy.

# Sumario.

## Introducción.

1. Una mirada histórica necesaria. Contextualización, orígenes, crisis y resurgimiento.
  - 1.1. Una primera singularidad: el modelo británico: *Private Finance Initiative* (PFI). Base del concepto de la colaboración público-privada en Europa.
2. El concepto de Public-Private Partnership.
3. La colaboración público-privada en la Unión Europea.
  - 3.1. Tipos genéricos de colaboración público-privada: relaciones contractuales y relaciones institucionalizadas.
4. La colaboración público-privada en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
  - 4.1. Objeto, naturaleza y características del contrato.
  - 4.2. Ámbito subjetivo de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado: problemática e inoperancia.
5. El tratamiento del riesgo en la colaboración: el contrato de servicios energéticos no formará parte del balance.
6. El contexto normativo de la eficiencia y contratos de servicios energéticos.
  - 6.1. Los contratos de servicios energéticos y la colaboración público-privada.
    - 6.1.1. Por lo que respecta a los sujetos obligados a reducir en sus edificios un 20 por 100 del consumo de energía para el año 2016.
    - 6.1.2. Por lo que respecta a la implementación de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado para la formalización de los contratos de servicios energéticos.

## A modo de conclusión.

## INTRODUCCIÓN

El acuerdo entre los economistas en cuanto a la vulnerabilidad manifiesta del modelo de Estado del Bienestar occidental es universal. Particularmente, por lo que se refiere al sistema europeo. A la misma velocidad que el sistema *weberiano* quedaba en entredicho, se alimentaba el desarrollo desorbitado de la *Administración Pública en red* y la demanda de prestaciones públicas; la globalización económica, el derrumbe demográfico, y las propias dinámicas electorales han mermado la capacidad financiera de las entidades públicas a la hora de dar satisfacción a los requerimientos prestacionales de los ciudadanos.

La tensión entre el incremento de la demanda de prestaciones públicas y el agotamiento de las fuentes de financiación que las nutren se ha convertido en una enfermedad crónica y sistémica de nuestro modelo de organización social.

Si aspiramos a que el mismo tenga continuidad en el tiempo ha de fundarse sobre bases sólidas asentadas en la asunción de compromisos intergeneracionales. De lo contrario, la carcoma del déficit desbocado se extenderá por todo el sistema resquebrajando sus cimientos hasta su desmoronamiento.

Es evidente que, por el propio objeto de nuestro estudio, no es posible abarcar todas y cada una de las dimensiones –sociológicas, políticas, financieras, administrativas, etc.– y ámbitos –educativo, asistencial, sanitario, ambiental, seguridad, etc.– que entran en juego a la hora de enjuiciar la sostenibilidad del Estado del Bienestar. Sin embargo, sí es posible adentrarse en la exploración de alguna de sus manifestaciones.

En concreto, nos proponemos abordar el particular desde el punto de vista jurídico y a la luz de las diversas reformas que recientemente está sufriendo el Derecho público. En materia de contratación, el pasado 5 de marzo se publicó en el BOE la esperada Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, LES).

La LES viene a ser la Ley Ómnibus 2011, en la medida que transversalmente introduce reformas estructurales en todo el ordenamiento jurídico con el objeto de favorecer el desarrollo de una economía sostenible.

En términos de sostenibilidad económica, uno de los ámbitos en el punto de mira del legislador no podía ser otro que el de la contratación pública y la colaboración entre los sectores público y privado como pieza relacional clave. En efecto, con la contratación, el Sector Público –aun con sus especialidades– opera en el mercado generando un volumen significativo de recursos y también de costes.

Por otra parte, no puede obviarse que ya existían voces advirtiendo que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), nació incumpliendo la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. En este sentido, piénsese en toda la reforma operada sobre las modificaciones contractuales <sup>1</sup>.

Por lo que ahora nos interesa, la LES ha supuesto una transformación importante de la LCSP, ya solo la disposición final decimosexta afecta a treinta y cinco artículos. El aspecto más destacable, quizá sea el nuevo régimen de modificación contractual que afecta no solo a los contratos administrativos sino a los contratos privados. No obstante, si bien la mayoría de expertos se han centrado sobre todo en resaltar los cambios que afectan al régimen de los contratos modificados, lo cierto es, que si el objetivo de la LES –en nuestra disciplina– es adoptar una serie de medidas que den impulso a la eficiencia en la contratación pública en términos de economía sostenible, la colaboración público-privada (en adelante, CPP) es una de las piezas clave que no nos puede pasar inadvertida.

Y es que desde las diferentes instancias comunitarias desde hace ya tiempo se insiste en que se fomente el recurso a la colaboración de los dos sectores, entre otras cuestiones, para la reducción del gasto público. En este sentido, el pasado 18 de enero de 2011, se hizo público el Dictamen del Comité de las Regiones (en adelante, CDR) mediante el que se realizan diversas consideraciones para «movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada» <sup>2</sup>.

El CDR va más allá y considera que este tipo de colaboraciones representan: (i) un buen instrumento para gestionar las inversiones públicas, (ii) un medio para afrontar los problemas causados por el cambio climático, (iii) fomento de crecimiento económico, y –entre otros– la (iv) creación de empleo sostenible.

No obstante, el problema radica en el hecho de que la naturaleza de esta figura en sí no es nada pacífica. En primer lugar, por mucho que Europa abogue por la implementación de la contratación público-privada, lo cierto es que a nivel comunitario no existe una regulación específica ni una defi-

<sup>1</sup> No son pocos los autores que han criticado la LES por lo que a la reforma de la contratación pública se refiere, denunciando que so pretexto de introducir criterios de sostenibilidad, lo que se ha llevado a cabo ha sido una modificación encubierta de la LCSP para sanar los déficit de su redacción inicial, a todas luces, incompatibles con las exigencias comunitarias.

<sup>2</sup> Dictamen del Comité de las Regiones núm. 2011/C15/05. «Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)». DOUE núm. C 15/23, de 18 de enero de 2011.

nición legal, lo más cercano que encontramos es una definición genérica contenida en el *Libro Verde de la CPP*.

A la anterior situación ha de sumarse que en 2007 al legislador español se le ocurrió la idea de institucionalizar la CPP como un contrato típico del Sector Público, con la intención –a priori– de positivizar el concepto europeo.

Sin embargo, la realidad es que se ha creado *ex novo* un contrato «sin objeto» que no ha solucionado los problemas derivados de la disparidad de fórmulas para llevar a cabo contratos complejos, por tanto, en principio, la pretendida positivización no ha sido operativa.

Parece ser que el legislador ha caído en la cuenta de la desafortunada regulación y mediante la reforma acometida por la LES intentará reconducir la fórmula contractual al objetivo pretendido. En este sentido, ha de analizarse si esas modificaciones serán realmente efectivas.

Por otra parte, el Gobierno en una apuesta decidida por la implementación real del contrato de CPP, con ocasión del plan de activación de la eficiencia energética en los edificios de la AGE<sup>3</sup>, estableció que dicho plan se materializara a través de la adjudicación a empresas de servicios energéticos de los contratos de colaboración entre el Sector Público y el sector privado regulados en el artículo 11 de la LCSP.

Pues bien, ante el panorama descrito y partiendo de la base, por una parte, de que –en materia de contratación pública– para la Unión Europea la CPP se presenta casi como la solución a la reducción del gasto público y al incentivo económico y, de otra, que el legislador, por primera vez, ha indicado que los contratos de servicios energéticos tendrán esa naturaleza, consideramos fundamental abordar esta cuestión; máxime cuando la Administración del Estado ha adquirido unos compromisos concretos en materia de sostenibilidad como es la reducción del consumo de energía y no está claro que las modificaciones introducidas por la LES –aunque ya avanzamos que las acogemos de muy buen grado– hagan que el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (en adelante, CCPP) sea operativo ni si es la mejor opción para materializar el PAEE.

## 1. UNA MIRADA HISTÓRICA NECESARIA. CONTEXTUALIZACIÓN, ORÍGENES, CRISIS Y RESURGIMIENTO

La CPP no es un fenómeno reciente. Si bien al referirnos a esta «institución» parece que conceptualmente hayamos de remontarnos al nacimiento del capitalismo, lo cierto es que ya en el Imperio Romano encontramos determinadas relaciones que comparten los rasgos primigenios de esta figu-

<sup>3</sup> Resolución de 14 de enero de 2010, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros del 11 de diciembre de 2009, por el que se aprueba el plan de activación de la eficiencia energética en los edificios de la Administración General del Estado (en adelante, PAEE AGE).

ra en boga. Y, como veremos, si pretendemos entender la situación actual, no es en vano entrar a la *compreensión* del fenómeno.

Así, en las construcciones de puentes, acueductos, incluso en prestaciones de servicios como la recaudación de impuestos, el Imperio Romano se sirvió en no pocas ocasiones de la colaboración con el sector privado. Pero no será hasta la Edad Media donde encontremos los antecedentes de la concesión que, en los siglos XVII y XVIII, Europa desarrollará con la consolidación de las ciudades coloniales.

A lo largo del siglo XIX, el recurso al sector privado se extenderá por la Europa continental, así como en Gran Bretaña y Sudamérica para la provisión de infraestructuras como la construcción de túneles, carreteras y ferrocarriles, así como para la prestación de servicios esenciales de suministro de agua, gas y electricidad.

Durante el siglo XIX y principios del XX, en Francia y Gran Bretaña podemos observar incluso la articulación de diferentes alternativas para la provisión de las referidas infraestructuras, diferentes fórmulas de CPP.

Ahora bien, el sistema de pago habitual durante esos últimos siglos fue el canon abonado por el usuario <sup>4</sup>.

Si tuviéramos que centrar la mirada histórica en un país concreto en el que ubicar estas peculiares relaciones de colaboración entre el Sector Público y el privado de un modo más sistemático y cercano al concepto actual, deberíamos referirnos a Estados Unidos. Los Estados Unidos son el antecedente por antonomasia.

Si bien, como hemos indicado, este tipo de colaboración no nace del capitalismo, es evidente que la importancia otorgada por esta corriente económica al sector privado será determinante para el resurgimiento de la «institución». De ahí que sea vital la influencia ejercida por las corrientes del liberalismo tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido. Su concepción del papel del Estado en la economía es crucial en el diseño de las políticas públicas de suministro de bienes y servicios. Así las cosas, los principios básicos en la implementación de lo que se vendrá a denominar *Public-Private Partnerships* (PPP), serán muy similares en todo el mundo. Sin embargo, por la especial relevancia que se le ha otorgado siempre al sector privado en Estados Unidos, llegará a tener un papel incluso predominante en la construcción de bienes y prestación de servicios dentro de la esfera pública, de ahí que la relación entre estos dos sectores sea especialmente peculiar en ese país.

Para situarnos en la coyuntura norteamericana, se ha de tener presente que lo que bajo una óptica europea se considera tradicionalmente ámbito público, en Estados Unidos se inició bajo for-

<sup>4</sup> Véase SCHULLARD H.H. *From the Gracchi to Nero. A History of Rome from 133 BC to AC 68*. London: Methuen and Company, 1963; y BEZANÇON, X. *Les Services Publics en France: Du Moyen Age à la Révolution Presses des Ponts e Chaussées*. Paris, ENPC, 1995. Citados en REGAN, M. «Public-Private Partnerships: A Review of the Evidence». *Research Paper*, núm. 05/05, *Australian Centre of Public Infrastructure, University of Melbourne*. Melbourne, 2005.

mas de PPP. De este modo, el impulso de la construcción ferroviaria o del transporte, incluso de la asistencia social, se gestó en el seno de lo privado<sup>5</sup>.

Sin embargo, con el crac del 29' y la consecuente crisis del sector privado, tuvieron que cambiarse por fuerza las políticas públicas. El Estado tuvo que empezar a intervenir para sostener los servicios públicos esenciales, lo que acabará implicando que comience a financiar infraestructuras sin poder acudir al recurso externo.

Con la Segunda Guerra Mundial se consolida la idea de que el Sector Público debe ser el encargado tanto de la iniciativa como de la financiación en la prestación de bienes y servicios. Esta idea calará profundamente en Europa gracias a las fuertes inversiones que fueron necesarias para la reconstrucción del continente después de la guerra.

En este proceso que durará hasta los ochenta, el Estado mediante grandes empresas públicas controlará la prestación de los servicios y la ejecución de las infraestructuras. Las causas que provocaron esta situación son de peso. Para la reconstrucción de las redes de infraestructuras y sistemas de abastecimiento en Europa era necesario una enorme inyección de capital del que no se disponía dada la situación económica de las empresas privadas después de la guerra. Este escenario, junto a la situación ideológica y política del momento, provocó la desaparición del sector privado en la prestación de servicios públicos.

Entre finales de los setenta y principios de los ochenta concurren toda una serie de circunstancias que mermaron la capacidad de inversión del Sector Público. El crecimiento económico y demográfico de los países en vías de desarrollo incrementó la demanda en infraestructuras, muchos países acudieron a la restricción presupuestaria y al endeudamiento para evitar el incremento del déficit y la deuda pública. Asimismo, la pérdida de negocio de las principales compañías constructoras hizo que empezaran a interesarse por la realización de proyectos más ambiciosos.

Estos factores, entre otros, motivaron que los Estados buscaran otras alternativas para conseguir financiación. En este contexto, los países del primer mundo y los países en vías de desarrollo mirarán a Estados Unidos por su experiencia en la colaboración con el sector privado en la ejecución de infraestructuras. Así, empezarán a apoyarse en figuras como la concesión, que poco a poco se irá desnaturalizando, precisamente por las influencias recibidas de la concepción anglosajona.

Sobre la base de la concesión, como más adelante veremos, el sector privado lleva a cabo tres cometidos fundamentales: construye la infraestructura, opera el servicio y financia la inversión. La única garantía que recibe a cambio son los activos adscritos al proyecto y los ingresos generados por el propio proyecto. Al final del plazo de la concesión se traspasa la propiedad al Estado.

<sup>5</sup> Cfr: NATIONAL COUNCIL OF PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS. *White Paper* «For the Good of the People: Using Public-Partnerships to Meet America's Essential Needs». Washington, 2002.

Se detalla el desarrollo de las formas de provisión de infraestructuras en Estados Unidos desde el siglo XIX hasta la actualidad, y, en concreto, la construcción de carreteras, transporte, redes de abastecimiento y distribución de agua, residencias, tratamiento de aguas residuales, sistemas de saneamiento, recogida de basuras y residuos sólidos, sector eléctrico.

Bajo estos parámetros básicos irán surgiendo diferentes variaciones sobre el modelo que con el tiempo se dará a conocer internacionalmente con las siglas BOT <sup>6</sup>.

### 1.1. Una primera singularidad: el modelo británico: *Private Finance Initiative (PFI)*. Base del concepto de la colaboración público-privada en Europa

En Gran Bretaña, durante los ochenta, con las tendencias conservadoras de Thatcher, se aplicaron diversas políticas de privatización del Sector Público y fomento de la participación privada en proyectos públicos que fueron la causa de una reducción importante del papel del Estado y de su control sobre la inversión en infraestructuras.

Por todos es conocido el afanoso programa de privatización llevado a cabo por el Reino Unido del Sector Público comercial mediante el traspaso al sector privado de las principales empresas de propiedad pública en los sectores del agua, gas, telecomunicaciones, ferrocarriles, electricidad y aeropuertos. El fin perseguido era obtener fondos para las arcas públicas y transferir los riesgos de la inversión al sector privado, evitando de ese modo el crecimiento del déficit público.

La tendencia liberalizadora continuó a principios de los noventa; en un panorama de déficit fiscal se reforzaba el recurso a la financiación privada como una opción de saneamiento de las finanzas públicas.

En un primer momento, el Sector Público aplicaba las *Ryrie Rules* <sup>7</sup> que establecían límites a la posibilidad de acudir a la financiación privada con el fin de evitar una excesiva asunción de obligaciones financieras futuras para huir de restricciones presupuestarias. En 1989 se retiraron las *Ryrie Rules* y se sustituyeron por la PFI, cuestión que mostraba una relajación de la postura del Gobierno ante la financiación privada, fomentando así dicha participación en la presentación de proyectos públicos financiados con recursos externos <sup>8</sup>.

<sup>6</sup> *Build, Operate and Transfer*, es decir, Construcción, Explotación y Transferencia. Este término fue acuñado a principio de los ochenta por el Primer Ministro y posterior Presidente de Turquía, Turgut Özal, para denominar los proyectos en los que el sector privado construía infraestructuras, operaba el servicio y transfería la propiedad de los activos al Estado.

<sup>7</sup> Las *Ryrie Rules* nacieron en el seno del *National Economic Development Council*. En 1981 se elaboró un informe titulado «Report of National Economic Development Council Working Party on Nationalised Industries» en el que apareció por primera vez el concepto. El nombre se tomó del que fuera en ese momento su presidente *Sir William Ryrie*. Tenían por objeto la regulación de la introducción de capital privado en las empresas nacionalizadas. Su máxima era la utilización prioritaria de fondos públicos y solo en caso de ser necesario acudir a la financiación externa que debía estar abalada por una adecuada cobertura presupuestaria. Es decir, la filosofía de las *Ryrie Rules* se basaba en la idea de que la financiación privada únicamente podía introducirse en la medida que ofreciera eficiencia en términos de coste y debía existir, en todo caso, la correspondiente asignación en el presupuesto público para financiar el proyecto. (Véase: ALLEN, G. «The Private Finance Initiative (PFI)». *Research Paper* núm. 01/117, *Economic Policy and Statics Section. House of Commons Library*, Londres, diciembre, 2001. [on line] <http://www.parliament.uk/commons/lib/research/rp2001/rp01-117.pdf>).

<sup>8</sup> En 1989 John Major, como Secretario Jefe del Gobierno británico, anunció la retirada formal de las *Ryrie Rules*, argumentando que habían alcanzado el final de su vida útil. También manifestó que en el futuro no se exigiría una reducción en el gasto público programado equivalente a la financiación privada obtenida. La retirada definitiva de las *Ryrie Rules* se produjo en 1992, cuando el Ministro de Hacienda británico con ocasión del informe de otoño de su ministerio (*Autumn*

La PFI puede ser considerada como un caso particular de PPP que ha adquirido una posición destacada en las políticas públicas del ámbito internacional. La PFI no tiene unos límites definidos, ya que implica diversos aspectos relacionados con el diseño de contratos, valoración de proyectos, fórmulas de participación de capital privado en actividades públicas. Lo que la caracteriza y la hace ser un caso particular de PPP es que es el método de aplicación prioritaria por parte de la Administración británica en la ejecución de proyectos. Así, en todas y cada una de las propuestas de inversión se ponderan de manera exhaustiva y completa las diferentes opciones de financiación disponibles públicas o privadas.

La idea de base es conseguir que ambos sectores puedan realizar aquellas tareas en las que disponen de una ventaja comparativa para intentar obtener el mejor resultado posible.

La PFI se concibe como una fórmula de colaboración entre los sectores público y privado para lograr incrementar la implicación del sector privado en la prestación de servicios públicos, por tanto, supone un cambio fundamental en la concepción tradicional de la Administración Pública. De este modo, el sector privado se ocupa de la construcción de equipamientos públicos que posteriormente son adquiridos por la Administración Pública. Asimismo, se confiere también al sector privado el diseño, financiación y explotación de los servicios públicos vinculados a dichos equipamientos. En definitiva, el objetivo es que el Sector Público no sea propietario de un activo sino que únicamente realice funciones de fomento y control del servicio y, en todo caso, pague al sector privado por el servicio prestado o el uso de los equipamientos durante un periodo de tiempo determinado.

Los principios fundamentales <sup>9</sup> en los que se asientan las relaciones de PFI son: (i) que el sector privado debe asumir riesgos y, (ii) que debe realizarse una comprobación del *Value For Money* <sup>10</sup> para el supuesto de que se tengan que comprometer fondos públicos.

Por tanto, para que se lleve a cabo un proyecto PFI, se ha de justificar un mejor *Value For Money*. En la mentalidad británica una transferencia de riesgos al sector privado óptima parece razonable que mejore el *Value For Money*, ya que se le presupone una capacidad de gestión más eficiente. Así las cosas, la PFI es el mecanismo instrumentado por el Sector Público para mejorar

---

*Statement*) anunció importantes cambios en las reglas que actuaban sobre el uso de financiación privada por el Sector Público. Ese fue el verdadero inicio de la PFI. Para profundizar sobre los antecedentes y desarrollo de la PFI. Véase ALLEN. G. *Ibidem*.

<sup>9</sup> Véase *HM Treasury* (1994). «Speech of K. Clarke in the CBI Conference». *News Release*, núm. 118/94, en: ALLEN. G. «The Private Finance Initiative (PFI)». *Research Paper*, núm. 03/79. *Economic Policy and Statics Section. House of Commons Library*. Londres, octubre, 2003. [on line] <http://www.parliament.uk/commons/lib/research/rp2003/rp03-079.pdf>

<sup>10</sup> El concepto de *Value For Money* significa que en los proyectos en los que se recurre a la financiación privada ha de asegurarse que estos son más coste-efectivos que si los llevase a cabo el Sector Público. Esta comparación se realiza mediante diferentes métodos que miden el coste de los proyectos públicos y privados en términos de riesgo teniendo en cuenta que cuando se trate de financiación presupuestaria pública el coste de los riesgos existentes en un proyecto individual no se tienen en consideración. El método más utilizado es el *Public Sector Comparator* (PSC) cuyo principio básico es la armonización de los escenarios de costes entre proyectos con financiación pública y privada mediante la eliminación de las incidencias que sobre estos produce la evaluación del traslado de riesgos.

Sobre el concepto de *Value For Money* y sus consideraciones económico-financieras véase ALLEN. G. «The Private (...)», *Research Paper*, núm. 01/117, *opus cit.*

el *Value For Money* de cada proyecto, lo cual no es posible, como más adelante se verá, sin una transferencia significativa de riesgos.

En los contratos PFI las compañías privadas son suministradoras a largo plazo de servicios y no simplemente constructoras de instalaciones. Se combinan responsabilidades sobre diseño, construcción, financiación y gestión de los activos.

Esta política basada en la sustitución del endeudamiento público por capital privado crea nuevas oportunidades de negocio para el sector empresarial, con el objetivo de conseguir una estructura en la que se obtenga un mejor *Value For Money* respecto a la vía presupuestaria a través de la innovación y gestión privadas.

La fórmula más común de proyectos PFI es aquella en la que un consorcio privado diseña, construye, financia y explota equipamientos de acuerdo con los requerimientos que el departamento público promotor del proyecto ha determinado previamente tanto en lo que se refiere a la cantidad como a la calidad de servicio. Al margen del aspecto propiamente operativo, en cualquier proyecto PFI ha de existir una auténtica transferencia de riesgos al sector privado dado que, como hemos dicho, se considera que puede lograr una gestión más eficaz de los mismos por su mayor flexibilidad organizativa y experiencia <sup>11</sup>.

Concretamente, a través de los programas de PFI se obligaba a que «los distintos departamentos tomaran en consideración las opciones de financiación privada para sus proyectos de inversión siempre que fuera posible transferir al sector privado el control del proyecto y los riesgos asociados, a condición de que ello no supusiera un coste desproporcionado. Muchos proyectos del

<sup>11</sup> Oficialmente y según las fuentes del *HM Treasury* en: «The Private Finance Initiative: Breaking New Ground Towards a Partnership between the Public and Private Sectors». Londres, 1993 y del *Private Finance Panel*. «Private opportunity, Public benefit: Progressing the Private Finance Initiative». Stationery Office. Londres 1995, podemos hablar de tres tipos de PFI:

1. Financially free-standing projects: Su traducción sería «proyectos financieramente independientes» y podríamos equiparlo a las concesiones administrativas. En estos proyectos el sector privado pone en marcha el proyecto dando por supuesto que los costes originados por la inversión serán recuperados, exclusivamente, a través de las tarifas que cobre al usuario final de los servicios, generalmente privados. La Administración se limita a promover la planificación inicial, la concesión de licencias, las expropiaciones, o las autorizaciones para la realización de los trabajos de construcción, proporcionando trabajos auxiliares y otros procedimientos legales de dominio público. No hay otra contribución de la Administración al proyecto o aceptación del riesgo, ya que tienen la consideración de negocios privados.
2. Joint ventures: Sociedades de capital riesgo, empresa de riesgo compartido. Son proyectos conjuntos entre el Sector Público y privado en los que el coste de la inversión no puede recuperarse mediante cánones, y la Administración debe financiar parte del mismo compensando al socio privado de los beneficios sociales que existan.
3. Service Sold to the public sector: Su traducción sería «compra de servicios por el Estado», son servicios suministrados directamente por el sector privado al Sector Público. El sector privado se encarga de realizar las inversiones para construir los equipamientos para prestar el servicio. Estas infraestructuras y servicios pueden ser utilizados bien por el Sector Público bien por usuarios. En cualquier caso, la Administración paga por el servicio. Los costes de inversión y explotación se recuperan mayoritariamente, mediante las tarifas cobradas por el proveedor a la Administración. Este último supuesto es el caso típico de los *shadow toll* o peaje sombra, una exposición de estas figuras en el Derecho británico puede encontrarse también en NIETO GARRIDO, E. «La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido (*De Private Finance Initiative a Public Private Partnerships*)». *RAP*, 2004, núm.164, pág. 389 y ss.

Gobierno pasaron esta prueba, y en consecuencia, se formularon invitaciones para la presentación de las propuestas de financiación privada. Una vez recibidas estas propuestas son tratadas como cualquier otra forma de obtención de financiación y valoradas con arreglo al criterio *Value For Money*, teniendo en cuenta los costes y beneficios de transferir los riesgos y la responsabilidad de la gestión al sector privado»<sup>12</sup>.

La implementación de la PFI se extendió a todo tipo de infraestructuras en múltiples sectores como la sanidad, el transporte, la defensa y los edificios públicos, aunque con diferentes denominaciones y esquemas jurídicos. El más conocido es el denominado DBFO, esto es, *Desing, Build, Finance and Operate*, proveniente de la figura del BOT y que encomienda al sector privado el diseño y construcción de la infraestructura, así como la financiación y la prestación de los servicios.

Esta concepción se ha generalizado en toda Europa, si bien con las peculiaridades propias de cada país. La Unión Europea la ha fomentado como signo de crecimiento y competitividad.

## 2. EL CONCEPTO DE PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP

Como ha quedado descrito en el apartado anterior, las relaciones de PPP no son ninguna institución inédita u original, la novedad viene dada por la intensificación de su uso durante las últimas décadas. ARAGONE RIVOIR concibe esta novedad «en lo concerniente al ensayo de metodologías para la concepción de los proyectos, su evaluación, diseño, estructuración, ejecución, control y regulación; así como en cuanto la asignación de riesgos involucrados en su realización»<sup>13</sup>. El autor entiende que las variantes contractuales susceptibles de ser consideradas PPP son muchas, hasta el extremo de que la pluralidad de modelos en los que puede traducirse la colaboración no está estandarizada.

En este sentido, se ha de hacer notar que, ni siquiera a nivel internacional, existe una denominación común que haga referencia a este tipo de vinculaciones. Si bien la tradición anglosajona se ha decantado por el término *Public-Private-Partnership* (PPP), otros países para hacer referencia al mismo concepto han utilizado otros términos como *Asociaciones Público-Privadas* (APP), o acuerdos de *Colaboración Público-Privado* (CPP). Esta última es la que ha tenido más calado en sede comunitaria<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> GOH, J. «Avances en la colaboración de los sectores público y privado para la provisión de dotaciones y servicios en el Reino Unido: el *Private Finance Initiative* y su régimen jurídico» citado en: GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. «Contrato de Colaboración Público- Privada». *RAP*, 2006, núm. 170, pág. 8, pie de pág. 1.

<sup>13</sup> ARAGONE RIVOIR, I.J. «Participación público-privada para el desarrollo de infraestructuras en Latinoamérica: modelos, pautas de utilización y desafíos», *REDETI*, 2006, núm. 25, pág. 92. (Conferencia pronunciada en el I Congreso Iberoamericano de Regulación Económica celebrado en Santiago de Chile en 2005).

<sup>14</sup> Aunque en el ámbito comunitario la expresión más indicada para referirse a este tipo de relaciones entre el Sector Público y el privado es la «Colaboración Público-Privada» hemos creído conveniente, en esta primera parte de nuestro estudio, utilizar la terminología inglesa, dado que es donde encontramos los precedentes. Sin perjuicio de que más adelante, cuando maneje fuentes comunitarias, se empleen las siglas CPP.

Como puede intuirse, la expresión PPP contiene una serie de estructuras y conceptos que implican la colaboración entre los sectores público y privado en la concepción y puesta en funcionamiento de proyectos de infraestructuras y equipamientos públicos para el reparto de riesgos y responsabilidades que pueden adoptar múltiples formas como el diseño, construcción y mantenimiento, o edificación, propiedad, explotación y transferencia. La elección del modelo depende de factores como los objetivos del Gobierno, la naturaleza del proyecto, la disponibilidad de financiación y la actividad que el sector privado pueda desarrollar <sup>15</sup>, no obstante ya adelantamos, que las PPP no pueden ser exclusivamente una alternativa a las restricciones presupuestarias de los Gobiernos, sino que también han de ser un medio para la mejora de la calidad y del nivel de servicios públicos prestados.

Uno de los principales problemas derivados de la internacionalidad del fenómeno es que cada legislación o pensamiento jurídico al formular una definición centra la atención en mayor o menor intensidad en un aspecto u otro. Por ejemplo, en gran parte de Europa y Australia, el término PPP se identifica con los proyectos incluidos en la PFI británica; en cambio, en el Reino Unido no solamente abarca la fórmula de PFI sino otras cuestiones como la privatización, la venta de bienes públicos o la inversión mayoritaria de capital privado en empresas públicas <sup>16</sup>.

Expuesto el panorama general, se ha de hacer notar que la variedad de regulaciones, concepciones y definiciones <sup>17</sup> es, sin duda alguna, enriquecedor para la doctrina pero no lo es tanto para

<sup>15</sup> WEBB, R.; PULLE, B. «Public Private Partnerships: An Introduction». *Research Paper*; núm. 1, 2002-03. Australia: Department of the Parliamentary Library. September, 2002. [on line] <http://www.aph.gov.au/library/Pubs/rp/2002-03/03RP01.htm>

<sup>16</sup> «In the United Kingdom, the term PPP is used to describe PFI franchising arrangements, the introduction of private sector ownership into state-owned businesses and selling Government assets and services into wider markets». *HM Treasury*, «Public-Private Partnerships: the Government's Approach». The Stationery Office, Londres, 2000.

<sup>17</sup> Sirva de ejemplo, para hacerse a la idea de la envergadura de la cuestión, las siguientes definiciones con mayor relevancia en el ámbito internacional:

Las PPP reúnen a los sectores público y privado para su beneficio mutuo, y son uno de los mecanismos de la estrategia del Gobierno para la provisión de mayores niveles de desarrollo. Por medio de la gestión, financiación y dominio del sector privado, las PPP ayudarán a mejorar la eficiencia y calidad de los servicios públicos y a proporcionar mayores beneficios al resto de la economía desde activos y negocios actualmente en manos públicas. El objetivo global de las PPP es asegurar que se generan ciertamente beneficios para los agentes implicados. (En: *Public Enterprise Partnerships Team* (1999) [on line] <http://archive.treasury.gov.uk/siteindex.html>).

Una PPP puede definirse generalmente como una forma de colaboración o esfuerzo común entre los sectores público y privado con el propósito de desarrollar, construir, explotar y financiar. Una PPP está consignada por una serie de acuerdos interrelacionados entre los agentes públicos y privados por los que se definen sus respectivos derechos y obligaciones según la configuración legal y política existente. (En: Naciones Unidas: Comisión Económica para Europa: *Negotiation Platform for Public-private partnerships in Infrastructure Projects*. [on line] <http://www.unece.org/ie/ppp/documents/negotiation.pdf>).

En lugar de que sea la Administración Pública quien provea un activo fijo pagando su coste inicial, el efecto de una estructura PPP típica normalmente, crea un negocio independiente, financiado y gestionado por el sector privado. La finalidad es que [el sector privado] construya el activo y luego preste el servicio a la sociedad, a cambio de la recepción de pagos por el servicio prestado durante la vida útil del activo. (En: AUSTRALIAN COUNCIL FOR INFRASTRUCTURE DEVELOPMENT LIMITED: *Public Private Partnerships A brief Summary* (2000), en: WEBB, R.; PULLE, B. «Public Private...», *opus cit.*).

PPP son una fórmula de prestación de servicios por la que el sector privado y la Administración son responsables, respectivamente, de aquellos aspectos del proyecto para los cuales cada uno está más capacitado. Por ejemplo, el sector privado participa diseñando, construyendo, explotando, manteniendo, financiando y aportando su capacidad de gestión de riesgos mientras que la Administración Pública es responsable de la planificación estratégica y la estructura industrial, obtención de permisos, algunos aspectos sobre los derechos de los clientes, control, cumplimiento de características de los servicios comunitarios y (en ocasiones) pago en nombre de los usuarios. (En: *Ibidem*. What are Public Private Partnerships? (2000) en: WEBB, R.; PULLE, B. B. «Public Private...», *opus cit.*).

una práctica jurídica que, en no pocas ocasiones, se ve desamparada ante la inseguridad que provoca esa dispersión. Por tanto, si bien es cierto que no se puede pretender definir de manera cerrada lo que venimos denominando «relaciones de PPP», es muy necesario identificar, a nivel internacional, cuáles son aquellas características comunes a todo proyecto, y que concretamos en las siguientes:

1. El Sector Público –en el sentido más amplio del concepto– y el sector empresarial establecen acuerdos en los que ambos desempeñan funciones complementarias.
2. La base de la relación son acuerdos con vigencia a largo plazo.
3. Los fines a lograr se refieren tanto a aspectos económicos como sociales, de forma que ambos sectores obtienen beneficios.
4. El sector privado adopta más funciones que en el modelo tradicional de provisión de infraestructuras y servicios públicos.
5. El operador privado es remunerado por los usuarios, o, por la propia Administración, de acuerdo a la actividad desempeñada.

(...) Asociación entre los sectores público y privado, que se fundamenta en la capacidad de cada parte para cumplir de la mejor manera posible ciertas necesidades públicas a través del adecuado reparto de recursos, riesgos y compensaciones. (En: CANADIAN COUNCIL FOR PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS. [on line] [http://www.pppcouncil.ca/aboutPPP\\_definition.asp](http://www.pppcouncil.ca/aboutPPP_definition.asp)).

(...) Las PPP pueden definirse como acuerdos en los que entidades públicas participan en acuerdos contractuales a largo plazo con agentes privados para que estos realicen la construcción o explotación de infraestructuras públicas o la provisión de servicios (utilizando equipamientos públicos) a la sociedad en nombre de las Administraciones Públicas. (En: LEWIS, M. K. «Public Private Partnerships for Infrastructure». *Working Links seminar. Press Paper* 2001. University of South Australia September 2001).

Y lo mismo sucede con nuestra doctrina y fuentes, entre otros muchos:

Acuerdos de cooperación entre entidades públicas y privadas conforme a las cuales, a través de diferentes técnicas, modalidades y sistemas de transferencias de riesgos y consecuentes responsabilidades, tienen por objeto el diseño, construcción, ampliación, mantenimiento, gestión y/o financiación de infraestructuras o servicios, públicos o de interés público; reteniendo invariablemente la Administración, las potestades de control y regulación de las actividades desarrolladas en tales casos. (En: ARAGONE RIVOIR, I.J. «Participación...» *opus cit.* Pág. 90).

La expresión CCC se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio. (En: JUAN LOZANO, A.M.; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J. *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras u servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídico-financieros*. Madrid: IEF, 2006, pág. 37).

Contratos, convenios, acuerdos u otras formas de cooperación entre entidades públicas y privadas para acometer la ejecución de infraestructuras (diseño, construcción, ampliación, e incluso su gestión o explotación), así como su financiación. (En: CONCHA JARAVA, M. «La participación público-privada en la ejecución de las infraestructuras», en: SEGOVIA BROME, A. et al. *Reflexiones sobre el contrato de concesión de obra pública*, Sevilla: Hispalex, 2005, pág. 52).

Por último, se ha de citar la definición contenida en el documento de referencia por excelencia en sede comunitaria, esto es, la que realiza el *Libro Verde sobre la CPP*: La CPP designa una forma de cooperación entre las autoridades públicas y los agentes económicos. Esta cooperación tiene por objeto, en particular, financiar, construir, renovar o explotar una infraestructura o el suministro de un servicio. La CPP está presente en los transportes, la salud pública, la educación, la seguridad, la gestión de los residuos y la distribución de agua o de energía. [*Libro Verde sobre la CPP* y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. COM (2004) 327 final, Bruselas, 2004]. En el mismo sentido, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. COM (2005) 569 final, Bruselas, 2005.

6. Cada uno de los agentes desarrolla aquellas tareas en las que dispone, en principio, de una ventaja comparativa, con el propósito de obtener resultados eficientes.
7. A través de la CPP y el desarrollo de las respectivas capacidades, se intentan lograr mejores resultados al mismo coste o los mismos resultados a un menor coste.
8. Los contratos deben definir de forma precisa las responsabilidades de cada parte, los costes y los riesgos implicados y a quién corresponde su gestión <sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Una vez identificadas aquellas notas que definen las relaciones de CPP o PPP, es necesario delimitarla de manera negativa en relación a figuras afines como son la privatización o el *outsourcing*; Ello es importante por cuanto, también, tienen por objeto la provisión de bienes y servicios y no son pocas las veces que inducen a errores conceptuales y de aplicación. Como punto de partida diremos que situamos las PPP en el espacio intermedio entre las dos formas puras de provisión, esto es, la pública directa y la privatización o privada.

Cuando se emplea el término *outsourcing*, generalmente se hace referencia a la externalización de servicios, es decir, cuando la Administración Pública contrata a empresas privadas para que le suministren bienes o presten servicios. Esta idea coincide con el concepto de contratación pública que, según nuestra legislación –stricto sensu– incluye, también, la realización de obras públicas siempre que se recurra a medios ajenos. Sin embargo, el término *outsourcing* suele relacionarse preferiblemente con la prestación de servicios; su equivalente –*lato sensu*– lo encontramos en el tradicional contrato de servicios o en las pioneras modalidades de concesión de servicios públicos.

Esta figura jurídica podría ser fácilmente subsumible en las PPP, es más, algún sector doctrinal ha apostado por considerar la parte del concepto de las *Partnerships*. Sobre este respecto se ha de tener presente que bajo parámetros norteamericanos –concepción más amplia de la figura– cabría incluir, incluso, aquellas colaboraciones en las que la función del sector privado se limita a alguna actuación puntual en un determinado proyecto, por tanto, en ese escenario podríamos admitir la anterior afirmación. Sin embargo, un contexto europeo exige establecer una delimitación entre ambas «instituciones».

Pues bien, hablamos de *outsourcing* o externalización cuando se da una relación concreta a corto plazo entre la Administración y un proveedor, además, se trasladan los riesgos que conlleva la ejecución de la prestación.

En cambio, una relación de PPP, en primer lugar, se distingue por su vocación de larga duración, nace con el deseo de continuidad en la relación contractual. Está basada, por tanto, en una confianza mutua entre las partes. Este tipo de relaciones, por la complejidad que entrañan, requieren siempre un esfuerzo conjunto para que cada parte obtenga el beneficio deseado. La Administración: el *Value For Money*, el administrado: un servicio de calidad y la empresa privada: el rendimiento de la inversión realizada. Por último, existe un reparto de los riesgos: carácter relacional de la CPP.

La delimitación de la figura de PPP como sistema de prestación de servicios y suministro de bienes en relación a la privatización no es menos controvertida que la anterior. En efecto, en no pocas ocasiones se tratan en idénticos términos y, jurídicamente, no es de recibo equiparar un proceso de privatización a cualquier otra forma de participación del sector privado en la esfera pública, en este caso las PPP.

VILLAR ROJAS en su obra *Privatización de Servicios Públicos*, define la privatización bajo unos parámetros muy amplios, como la reducción de la actividad pública en la producción y distribución de bienes y servicios mediante el traspaso de dichas funciones a la iniciativa privada, incluyendo tanto la enajenación de activos públicos, la liberalización de mercados o servicios a la competencia, como la simple actuación a través de gestión de carácter privado o bajo un régimen jurídico de esa clase.

Por otra parte, existe una concepción material –que según nuestro parecer no tiene por qué entenderse incompatible con la anterior sino simplemente concretizada– que entiende que el fenómeno de la privatización se refiere exclusivamente a aquellos supuestos en los que la titularidad de bienes o servicios se ve alterada por su transferencia al sector privado; así, el Sector Público deja de poseer cualquier tipo de control tanto sobre la propiedad como sobre la prestación.

Bajo el prisma de VILLAR ROJAS, las PPP bien podrían tener cabida en ese concepto amplio de privatización. Recordemos que hemos identificado este tipo de relaciones como esquemas de colaboración privada en la provisión de bienes y servicios públicos sin traspaso de la propiedad. Sin embargo, en cuanto descendemos a las corrientes doctrinales que concretan el concepto de privatización, rápidamente advertimos que no hablamos de instituciones análogas ni subsumibles, todo ello de conformidad al criterio de propiedad, incluyéndose, por tanto, en el ámbito propio de la contratación pública.

Por tanto, si en las relaciones de colaboración la Administración mantiene el control y la responsabilidad sobre el servicio y mantiene la propiedad sobre el activo o infraestructura, entendemos que no podemos hablar de procedimiento de privatización.

Tengamos presente que en estas relaciones la Administración adquiere el bien o servicio y retribuye al sector privado, asumiendo siempre en última instancia la responsabilidad. A sensu contrario, en un proceso de privatización, una vez el operador privado es titular de los bienes y actúa según la libre competencia, asume la responsabilidad total de la prestación.

### 3. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN LA UNIÓN EUROPEA

En la Unión Europea, durante los últimos veinte años, se ha incrementado de manera considerable el recurso a la colaboración entre el Sector Público y el privado. Los Estados miembros han tenido que soportar fuertes restricciones presupuestarias y fruto de ello, se ha interiorizado la idea de que es necesario acudir a la financiación privada, o bien, aprovechar los conocimientos y métodos de funcionamiento de ese sector. Igualmente, se ha extendido la percepción de que es el modo más eficaz de garantizar la gestión del Servicio Público en el ámbito local.

Sin embargo, las relaciones de CPP<sup>19</sup> en el escenario europeo carecen también de una definición legal específica. Es decir, en Europa tampoco podemos hablar de la existencia de una institución jurídica stricto sensu dotada de una regulación específica y delimitada que sea común a todos los Estados. No obstante, a partir de 2004, con el *Libro Verde sobre la CPP*, la Comisión de las Comunidades Europeas se encargó de perfilar un marco genérico en el que habrían de entenderse estas relaciones a nivel comunitario.

Así, Europa concibe este tipo de relaciones como aquellas en las que se dan diferentes tipos de colaboración entre una autoridad pública y el mundo empresarial, cuyo objetivo sea garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o mantenimiento de una infraestructura o prestación de un servicio, y que se caractericen por una duración relativamente larga, que la financiación del proyecto esté garantizado en parte por el socio privado<sup>20</sup>, que el socio público se concentre esencialmente en establecer los objetivos a alcanzar y que el reparto de los riesgos se transfiera principalmente al socio privado<sup>21</sup>.

Por tanto, el Derecho comunitario no prevé ningún régimen específico que englobe a las CPP, puesto que con independencia de que nos encontremos ante una relación contractual o unilateral, se considera CPP todo acto en virtud del cual una entidad pública confía la prestación de una actividad económica a un tercero que deberá «ser examinado en función de los principios y normas del Tratado<sup>22</sup>, especialmente en lo que se refiere a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios»<sup>23</sup>.

Por otra parte, el *Libro Verde* establece el alcance de las normas comunitarias aplicables en la fase de selección y etapa posterior.

<sup>19</sup> Según avanzado, el término acuñado en el ámbito europeo para referirse de un modo genérico a las PPP es el de relaciones de CPP.

<sup>20</sup> Es muy importante tener presente que se acepta que la financiación pueda completarse con la pública y que podría llegar a ser incluso porcentualmente más elevada.

<sup>21</sup> Sobre la cuestión de la transferencia de riesgos, como veremos, no siempre tiene que ser de ese modo para que se considere CPP.

<sup>22</sup> Estos principios incluyen los de transparencia, igualdad de trato, proporcionalidad y reconocimiento mutuo. Estas relaciones han de entenderse a la luz de los artículos 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) –antiguos arts. 43 y 49 del Tratado de la Comunidad Europea–. Se ha de tener presente que las normas relativas al mercado interior se aplican a toda la actividad económica, incluso, cuando esté destinada a prestar un Servicio Público.

<sup>23</sup> *Libro Verde sobre la Colaboración... opus cit.* Pág. 5.

### 3.1. Tipos genéricos de colaboración público-privada: relaciones contractuales y relaciones institucionalizadas

A grandes rasgos podemos clasificar la CPP en dos bloques: las relaciones puramente contractuales y las institucionalizadas.

Las relaciones institucionalizadas son aquellas en las que el Sector Público y el sector privado cooperan en una entidad diferente. Este tipo de relaciones implican la creación de una entidad en la que participan de manera conjunta el socio público y el privado; vienen a identificarse con las sociedades de capital-riesgo <sup>24</sup>.

Este tipo de cooperación, típica en la gestión de servicios públicos locales, permite que el socio público mantenga su cuota de control sobre el desarrollo de las operaciones y, a su vez, aporta la experiencia en la explotación de servicios, junto al refuerzo que proporciona el recurso al socio privado.

Se considera CPP institucionalizada tanto aquella en la que se crea una entidad en la que participan los sectores público y privado <sup>25</sup> como aquella en la que el sector privado toma el control de una empresa pública preexistente <sup>26</sup>.

Las relaciones puramente contractuales <sup>27</sup> se articulan a través de diversas combinaciones y atribuyen al socio privado una o varias tareas que incluyen el proyecto, financiación, realización, renovación o explotación de la obra o servicio.

<sup>24</sup> Las formas son variadas, la más conocida es la *Joint Venture* pero existen otras como CPP asociativas o *Kooperationsmodell*.

<sup>25</sup> La participación en una empresa nueva con vistas a crear vínculos económicos duraderos entra en el ámbito de las disposiciones del artículo 63 del TFUE (anterior 56 TCE), relativas a la libre circulación de capitales. Véase el anexo I de la Directiva 88/361/CEE, en el que se enumeran los tipos de operaciones que se consideran movimientos de capital.

<sup>26</sup> Para una profundización sobre las CPP institucionalizadas véase el *Libro Verde sobre la Colaboración... Opus cit.* Asimismo, las sentencias del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2002: asunto C-367/98, Comisión contra Portugal, Rec. I-4731, y asunto C-483/99, Comisión contra Francia, Rec. I-4781; y las sentencias de 13 de mayo de 2003: asunto C-463/00, Comisión contra España, Rec. I-4581, y asunto C-98/01, Comisión contra Reino Unido, Rec. I-4641 y la Comunicación Interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) (2008/C 91/02) (DOUE C/91/4, de 12 de abril de 2008).

<sup>27</sup> Antes de abordar qué es lo que se entiende por una relación puramente contractual, es importante puntualizar que, para comprender el concepto de CPP europeo es necesario desvincularse de las regulaciones específicas que cada país miembro realiza sobre las figuras contractuales clásicas. Según el Derecho comunitario derivado un «contrato público» es cualquier contrato oneroso y escrito celebrado por un «organismo adjudicador» y un operador cuyo objeto sea la ejecución-realización de una obra, la prestación de un servicio o el suministro de un producto. El contrato de «concesión» posee las mismas características del contrato público pero en la contrapartida está incluido el derecho a su explotación más un precio o, únicamente, el derecho de explotación.

Resulta importante también recordar que el carácter oneroso no implica necesariamente el pago directo de un precio por parte del socio público, puede consistir en cualquier otra contraprestación económica.

En opinión del Tribunal de Justicia, la apreciación de los elementos de las definiciones mencionadas se ha de realizar de manera que se garantice que la eficacia de la Directiva no queda deteriorada. Véase: la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta) de 12 de julio de 2001, en el asunto Scala-Milano C-399/98.

La diferenciación entre el contrato público y la concesión es determinante a la hora de aplicar las normas comunitarias en la fase de selección. Si nos encontramos ante un contrato prioritario, la selección del socio privado se llevará a cabo por cualquiera de los procedimientos clásicos: abierto, restringido o diálogo competitivo y, en su caso, negociado.

Dentro de las relaciones puramente contractuales han de diferenciarse: (i) las concesiones, en las que el socio privado presta el servicio en lugar de la Administración pero bajo su control. Existe un vínculo directo entre el socio privado y el usuario. La remuneración consiste en un canon abonado por el usuario y, en su caso, se completa mediante subvenciones y, la (i) PFI, que según la concepción comunitaria se reduce a aquellas relaciones en las que el sector privado realiza y gestiona una infraestructura para la Administración Pública. Las más comunes suelen ser colegios, cárceles, hospitales, infraestructuras de transporte y semejantes.

La remuneración de las PFI en el marco del Derecho comunitario se lleva a cabo mediante pagos periódicos realizados por el Sector Público, nunca mediante cánones abonados por los usuarios. Esos pagos periódicos pueden ser fijos o variables según la disponibilidad de la obra o servicio, o bien, según el uso que se haga de la obra <sup>28</sup>.

## 4. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

### 4.1. Objeto, naturaleza y características del contrato

Como es sabido, la LCSP además de los contratos tradicionales de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro y servicios regulados en los artículos 6 a 10 de la LCSP, mediante el

En cambio, para la concesión existen pocas obligaciones específicas reguladas. Por ejemplo, la selección del socio es libre. En las de obra sí existen determinadas obligaciones de publicidad para la convocatoria previa de los operadores interesados y plazos mínimos. En las de servicios esas obligaciones se reducen aún más, únicamente se exige que se cumplan los principios contenidos en los artículos 49 y 56 del TFUE, es decir, transparencia, igualdad de trato, proporcionalidad y reconocimiento mutuo. Por tanto, las obligaciones aparejadas a la adjudicación de concesiones son de carácter general. No generan la necesidad de que los Estados miembros coordinen sus legislaciones. De ahí que hayan sido pocos los que se han decidido a regular internamente la fase de adjudicación en las concesiones de obras o servicios; sí en España, aunque no fue hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas.

Como puede intuirse, en muchas ocasiones es difícil determinar si nos encontramos ante un contrato público o ante una concesión. Insistimos, la nota diferencial es que la concesión implica el traspaso de riesgos inherentes a la explotación. Sobre este respecto, la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de marzo de 2011, en el Asunto C-274/09. Ante este panorama, la Comisión de las Comunidades Europeas indicó en su momento que de confirmarse que «en el marco de la adjudicación de determinadas operaciones de CPP de tipo puramente contractual, con frecuencia se produce una situación de inseguridad jurídica derivada de la dificultad de identificar a priori el reparto de los riesgos de explotación entre las partes», se podría plantear someter la adjudicación de todas las CPP contractuales, tanto si se consideran contratos públicos como concesiones a un régimen de adjudicación idéntico. (*Libro Verde sobre la Colaboración... opus cit.*)

Otra cuestión a tener presente es que en las operaciones de CPP, los socios públicos son, en primer lugar, las autoridades nacionales, regionales o locales pero, también, pueden ser organismos de Derecho público creados para llevar a cabo misiones de interés general bajo el control del Estado o empresas administradoras de determinadas industrias de red. Por tanto, bajo la terminología de «organismo adjudicador» se engloba tanto a los «poderes adjudicadores» en el sentido contemplado en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios; como a las «entidades adjudicadoras» que son los poderes públicos y las empresas públicas en el sentido contemplado en las Directiva 2004/17/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

<sup>28</sup> Nótese la drástica reducción conceptual que opera el Derecho comunitario en relación al modelo PFI británico.

artículo 11 regula por primera vez como contrato típico el CCPP<sup>29</sup>. Estos contratos están sujetos siempre, con independencia de su cuantía, a regulación armonizada<sup>30</sup>.

La LCSP regula este nuevo contrato en apenas diez artículos<sup>31</sup>, que además están dispersos a lo largo de la ley. Es un contrato de perfil difuso, es decir, sin un régimen jurídico completo, y no se delimitan ni definen las prestaciones que puede tener por objeto<sup>32</sup>.

Este tipo de contratos únicamente pueden darse en situaciones en las que la entidad contratante sabe lo que quiere pero no sabe cómo llevarlo a cabo, además, el sector privado siempre participa en la financiación, así como en la distribución de los riesgos. Su duración puede oscilar entre los veinte y los cuarenta años, el tiempo supuestamente necesario para que pueda amortizarse la inversión. Finalmente, la LCSP establece la subsidiariedad del contrato en relación a los demás contratos típicos y un procedimiento concreto para proceder a su licitación: el diálogo competitivo.

Para la LCSP, únicamente son CCPP aquellos contratos en los que «algunos» sujetos del Sector Público encargan a una entidad de Derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones materiales, de obras o suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones: (i) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación

<sup>29</sup> La inclusión de la regulación de los CCPP proviene del mandato cuadragésimo cuarto del Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005, dirigido al Ministerio de Economía y Hacienda para que los incluyera en el anteproyecto de LCSP. Llama la atención que durante toda la tramitación del proyecto, en relación al CCPP, solo se presentó una enmienda en el Congreso y fue para aclarar que este nuevo contrato tendría carácter residual –Enmienda núm. 159 del Grupo Parlamentario Socialista–. En el Senado no se propusieron enmiendas.

<sup>30</sup> Algunos autores entienden que «la sujeción a regulación armonizada implica que su valor estimado siempre será igual o superior a los umbrales fijados en los artículos 14 a 17 de la LCSP». En este sentido, BRIERA DALMAU, C. «Los contratos de colaboración entre los sectores público y privado en la Ley de Contratos del Sector Público: fórmulas de colaboración y régimen de distribución del riesgo en dichos contratos», *REDA*, núm. 149, 2011, págs. 117-151, no obstante, nosotros nos desmarcamos de ese posicionamiento al entender que la sujeción a la regulación armonizada no viene determinada exclusivamente por que el contrato alcance una determinada cuantía. Y es que el propio artículo 13 de la LCSP, contempla tres tipos de supuestos distintos, en primer lugar, existen unos contratos que estarán sujetos o no a regulación armonizada dependiendo de su valor estimado; en segundo lugar, existen otros contratos que con independencia de su valor estimado, en ningún caso estarán sujetos a una regulación armonizada –por ejemplo, los que tengan por objeto la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la radiodifusión..., o los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II– y, por último, aquellos contratos que con independencia de su valor estimado «en todo caso» estarán sujetos a una regulación armonizada, este último supuesto es el de los CCPP y los contratos subvencionados a los que se refiere el artículo 17 de la LCSP.

<sup>31</sup> Definición y características del contrato: artículos 11, 13 y 19. Actuaciones preparatorias: artículos 118, 119 y 120. Adjudicación del contrato: artículos 163 a 167. Régimen jurídico del contrato: artículo 289. Duración del contrato: artículo 290.

<sup>32</sup> El propio Consejo de Estado advierte que «...la simple enumeración que acaba de hacerse sobre los preceptos que contienen el régimen de este contrato da idea de la dispersión con que se regula en el texto del anteproyecto. Para una figura de nuevo cuño en nuestro Derecho, resulta desafortunada una sistemática interna de la ley que presente los apenas diez preceptos dedicados a este contrato repartidos en prácticamente todos los libros de aquella» (En: Dictamen del Consejo de Estado núm. 514/2006, de fecha 25 de mayo de 2006, sobre el anteproyecto de la LCSP).

o su gestión; (ii) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas; (iii) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado, u (iv) otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.

El CCPP regulado por la LCSP, como anticipábamos, no tiene un objeto definido, en él pueden integrarse múltiples actuaciones, cuyo rasgo característico es la complejidad que entrañan. El objeto contractual no contiene un *numerus clausus* de prestaciones, por tanto, se deja abierta la posibilidad de que sea variable según el caso y así, pueda incluirse cualquier tipo de prestación vinculada al resultado final perseguido<sup>33</sup>.

Es claro que la referida apertura responde, de una parte, a la intención del legislador de permitir que los sujetos implicados puedan definir con libertad las prestaciones a las que se van a comprometer y, de otra, a la intención de abrir un abanico de posibilidades en la contratación pública, que si bien de un modo u otro venían llevándose a cabo mediante fórmulas como los arrendamientos operativos o los *shadow tolls*, ahora, –supuestamente– podrán articularse bajo un procedimiento determinado; recogiendo la riqueza de los distintos modos de PPP pero bajo unas garantías concretas procedimentales.

Y decimos supuestamente, ya que ponemos en duda que este contrato encarne o resuelva todas las buenas intenciones de las que partía el legislativo al abordar su regulación, aun después de las recientes modificaciones operadas por la LES. En efecto, pese a la indeterminación que venimos predicando no puede afirmarse que este contrato pueda tener por objeto cualesquiera de las prestaciones de los otros contratos calificados. Pensemos, por ejemplo, en el contrato de gestión de servicios públicos. No creemos que pueda equipararse la gestión de un servicio público a la idea de «otras prestaciones ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado»<sup>34</sup>. Piénsese que, en principio, la duración máxima del contrato es de veinte años, y el de gestión de servicio público puede llegar a tener una duración de cincuenta cuando incluye la realización de obras.

Es cierto que una de las características comunes a las PPP es su flexibilidad y la capacidad de configuración de alternativas, hasta tal punto que GONZÁLEZ GARCÍA, tratando cuestiones sobre las

<sup>33</sup> El Consejo Económico y Social (CES) ya realizó una crítica abierta sobre la indeterminación de la nueva figura contractual: «La excesiva indeterminación reflejada en el nuevo tipo contractual sobre colaboración entre el Sector Público y privado añade confusión para su entendimiento y da lugar a dudas interpretativas respecto a las distintas figuras contractuales existentes (...)».

En la definición de esta nueva figura contractual dirigida a la realización de actuaciones globales e integradas que comprenden financiación más diferentes tipos de prestaciones a cargo del contratista, se incorpora una cláusula abierta referida a «otras prestaciones de servicios ligadas al ejercicio por la Administración del servicio público que le ha sido encomendado» [apartado 1.C)]. A juicio del CES, esta cláusula introduce una excesiva indeterminación en los perfiles de este contrato que añade confusión para su entendimiento y consiente una utilización demasiado abierta. (Dictamen del CES núm. 4/2006, de 20 de febrero de 2006, págs. 10 y 12. [*on line*] <http://www.ces.es/servlet/noxml?id=CesColContenido%20M01142247155860~S303573~NDic042006.pdf&mime=application/pdf>)

<sup>34</sup> Apartado primero del artículo 11 de la LCSP *in fine*.

potencialidades que permiten este tipo de relaciones, llega a afirmar que «quedarían transformadas en agua de borrajas si el contrato está absolutamente estructurado en la legislación»<sup>35</sup>. De ahí que, bajo esta perspectiva, una regulación de los CCPP deba limitarse a establecer un marco jurídico que permita una actuación del Sector Público y ofrezca seguridad al socio privado.

No obstante, una cosa es hablar del concepto genérico de las relaciones de PPP, en las que como hemos visto caben multitud de fórmulas contractuales y otra cosa bien distinta es hablar de una figura contractual concreta con vocación de abarcar todos esos fenómenos; de ahí que pese a la aparente flexibilidad, en realidad se incardine claramente en una PFI *a la europea*<sup>36</sup>. Por tanto, no puede afirmarse que bajo esta nueva institución tenga cabida cualquier tipo de PPP en el sentido más laxo del concepto, es decir, en el sentido del *Libro Verde de CPP*; es más, ni siquiera integra todas las fórmulas que venían dándose en el Estado español desde antaño.

Además, no podemos olvidar que mucho antes de la entrada en vigor de la LCSP, ya se celebraban verdaderos CCPP. Es cierto que no todas las alternativas expuestas hubieran tenido cabida en la rígida regulación del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), pero los arrendamientos operativos, peajes sombra y cesiones de derecho de superficie, han sido fórmulas ordinarias de contratación en los últimos tiempos, si bien, aprovechando a veces hasta el extremo, ciertos márgenes habidos en el TRLCAP.

Esta forma de proceder, en determinadas ocasiones rozando la legalidad de la contratación administrativa, hacía necesaria una modificación legislativa en este sentido. Sin embargo, atendiendo a la evolución de este tipo de relaciones en España, no hubiera sido estrictamente necesaria la creación de una figura *ex novo*, podría haberse optado también por una redefinición del objeto del contrato de concesión de obra pública flexibilizándolo<sup>37</sup>.

Al margen de la anterior consideración, lo cierto es que el legislador estatal optó por la creación de este nuevo contrato, siendo a su juicio la elección más acertada para la implementación de las relaciones con el sector privado.

En otro orden de cosas, la amplitud del objeto contractual que venimos comentando es lo que justifica, según nuestro parecer, que la LCSP haya obviado la posibilidad prevista por los artículos 130 a 134 del TRLCAP en la redacción dada por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, esto es, la financiación de la obra mediante una concesión de dominio público.

<sup>35</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. «Contrato de Colaboración...» *opus cit.*, pág. 21.

<sup>36</sup> Véanse notas al pie 11 y 28.

<sup>37</sup> Sobre este respecto, es importante recordar que a efectos europeos los contratos de concesión son contratos de colaboración público-privada. Y, también, que a efectos de Derecho comunitario se prescinde totalmente de la calificación jurídica interna que se le pueda dar a la relación contractual.

A pesar de la indeterminación del objeto, estos contratos complejos comprenden siempre la operación financiera. La prestación principal es objeto de financiación, como la ejecución de una obra o la gestión del mantenimiento de instalaciones complejas.

Cuando el objeto principal sea la ejecución de una obra el contratista puede asumir la dirección, realizar total o parcialmente los proyectos y contratar los servicios necesarios<sup>38</sup>.

Es importante señalar que la tipificación del CCPP responde, también, a la intención por parte del legislador de evitar que el principio de absorción de la prestación de mayor importancia económica regulada en el artículo 12 de la LCSP para los contratos mixtos, dé lugar a que se le atribuya naturaleza privada de forma generalizada a todos los contratos complejos.

De todo lo expuesto se colige que, a diferencia de cualquier otro tipo de contrato, el objeto del CCPP es tan amplio que no lo caracteriza. Lo que en todo caso podría definirlo son los conceptos abstractos de globalidad e integración unido todo ello a un plus de complejidad y a la subsidiariedad en relación al resto. Estas son las notas que pueden permitir diferenciarlo de otros tipos de contratos, incluso de los mixtos.

Ante este panorama, no era aventurado afirmar –ya desde un principio– que la delimitación de estos contratos con respecto a otros no iba a ser nada pacífica –y así lo ha sido– precisamente debido a la indeterminación de su objeto<sup>39</sup>.

En definitiva, el CCPP es una PPP sui generis creada por el legislador español, cuyo objeto es la realización de una determinada prestación a través de capital privado. Su caracterización viene dada por la existencia de una «determinada» actividad privada encargada por «determinados sujetos» del Sector Público y su financiación es privada.

<sup>38</sup> El CES, en su Dictamen sobre el anteproyecto, critica esta medida: «Por otra parte, en relación con el apartado 2 de este mismo artículo, parece excesiva la facultad que se abre de que el contratista pueda asumir la dirección de las obras que sean necesarias, por contraposición a la regla clásica de separación entre dirección y ejecución de las obras. El CES entiende, pues, que dicha facultad se debería permitir únicamente con carácter excepcional y acompañada de las necesarias cautelas». (Dictamen del CES núm. 4/2006... *opus cit.* pág. 12.). Estas críticas se extrapolaban al resto de los preceptos que regulan el contrato.

<sup>39</sup> CARLÓN RUIZ advierte que «la delimitación de este contrato frente a otros y, en particular, cuando las prestaciones objeto del contrato proyectado incluyan la creación y explotación de una determinada infraestructura, frente al contrato de concesión de obras públicas, cuya regulación –tal como ya fuera introducida por la Ley 13/2003– incorporaba ya muchos rasgos del género CPP», y en consonancia con la doctrina sentada por la Junta Consultiva del Ministerio de Economía y Hacienda y la doctrina de la Comisión Europea «descarta la aplicabilidad de un contrato de concesión de obra pública para supuestos en los que la propia Administración sea la que utilice la infraestructura y pague por ello». (CARLÓN RUIZ, M. «El nuevo contrato de colaboración entre el Sector Público y el sector privado». *Revista Española de Derecho Administrativo* (REDA), núm. 140, 2008, pág. 664).

Por ejemplo, para diferenciar un CCPP y el contrato de concesión de obra pública, podríamos hacer un paralelismo con lo que sucede entre el contrato de gestión de servicio público y el contrato de servicios. En el primero, los ciudadanos son los destinatarios de la prestación, en el segundo, es la propia Administración la destinataria directa.

## 4.2. **Ámbito subjetivo de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado: problemática e inoperancia**

La conceptualización natural que habría de desprenderse de su propia denominación sería que los CCPP fueran aquellos contratos que celebre «cualquier sujeto del Sector Público» con «cualquier sujeto del sector privado», cuyo objeto sea una de las prestaciones descritas en el artículo 11 de la LCSP, con las notas de globalidad, integración y complejidad que señalábamos.

Esta interpretación natural, no solo se deduciría de su denominación. El apartado primero del artículo 5 de la LCSP establece que «Los contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el Sector Público y el sector privado que celebren los entes, organismos y entidades pertenecientes al Sector Público se calificarán de acuerdo con las normas contenidas en la presente sección»; por tanto, parece ser que el artículo 5 de la LCSP, interpreta también que el CCPP lo puede celebrar «cualquier entidad del Sector Público».

E idéntica conclusión se alcanza de la literalidad del artículo 19 de la LCSP: «Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública: (...) los contratos de colaboración entre el Sector Público y el sector privado». Luego, a priori, si los celebra un sujeto distinto a una Administración, tendrán carácter privado.

Sin embargo, el artículo 11 de la LCSP, en su redacción inicial, señalaba: «son contratos de colaboración entre el Sector Público y privado aquellos en que una Administración Pública encarga a una entidad de Derecho privado (...)». Esta redacción hacía que el ámbito subjetivo del contrato se circunscribiera a Administraciones Públicas stricto sensu y, por tanto, se vetaba la posibilidad de que los poderes adjudicadores no Administración Pública y los otros sujetos del Sector Público pudieran celebrarlo <sup>40</sup>.

Pues bien, parece ser que el legislador ha caído en la cuenta de la inoperancia que suponía ese límite y ha ampliado el ámbito subjetivo del contrato extendiéndolo a las Entidades Públicas Empresariales (en adelante, EPES) y organismos similares de las comunidades autónomas. Este hecho implica que a partir de ahora, dependiendo de quién sea el poder adjudicador, el contrato podrá ser de naturaleza administrativa: Administración Pública; o de naturaleza privada: Entidad Pública Empresarial <sup>41</sup>. Por lo que respecta a los organismos autonómicos asimilados, según el tra-

<sup>40</sup> A ello se sumaba las referencias exclusivas a «la Administración contratante» en los preceptos que se encargan de diseñar el contenido del contrato [apdos b), c), d), f), g), i), j) y m) del art. 120 LCSP] o la aplicación de la Ley de Contratos en todas sus fases. El apartado IV.1 de la Exposición de Motivos de la LCSP, despejaba cualquier duda al respecto al señalar que «... el hecho de que se ponga el acento en la regulación de la contratación de las Administraciones Públicas, sometiéndola a disposiciones más detalladas que las que rigen para las entidades sujetas a la Ley que no tienen este carácter (...) no significa que estas últimas no puedan hacer uso de determinadas técnicas de contratación o de figuras contractuales contempladas de modo expreso solo en relación con aquellas (subasta electrónica, contratos de colaboración (...)).»

<sup>41</sup> La realidad se acaba imponiendo, esta inclusión *ex post* de las EPES y organismos autonómicos asimilados no es más que otro dato indicativo del craso error cometido por el legislador al excluir a estos entes del primer nivel de sujeción de la LCSP, obviando que la tradición administrativa las considera Administraciones Públicas (LOFAGE, Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, Ley 30/1992, etc.).

tamiento jurídico que reciban en la Comunidad autónoma de referencia podrán ser administrativos o bien privados.

A ello ha de sumarse que la disposición adicional vigésimo quinta de la LCSP, considera que determinadas entidades de Derecho público a efectos de contratación son EPES<sup>42</sup>. De ahí que podamos afirmar que esas entidades de Derecho público –*ex lege*– a partir de ahora también podrán celebrar el CCPP del artículo 11 de la LCSP.

No obstante la reforma, el resto de poderes adjudicadores no Administración Pública siguen fuera del ámbito subjetivo del contrato. Sobre este respecto, llama cuanto menos la atención que se haya dejado fuera a las Entidades Públicas Empresariales Locales.

De ahí que, cuando se esté ante un contrato celebrado entre un poder adjudicador no Administración Pública –distintos a los que contempla la ampliación de la LES– y un particular, aun cuando su objeto y características coincidan con el previsto en el ámbito objetivo del artículo 11, estaremos ante otra modalidad contractual, bien ante un contrato típico si su objeto coincide con alguno de ellos o, en su caso, ante un contrato mixto.

Sin perjuicio de lo anterior, los demás sujetos del Sector Público obviamente pueden utilizar «la forma del CCPP», únicamente han de incluirlo en sus Instrucciones Internas de Contratación o suscribirlo al amparo de la libertad de pactos; sin embargo, ese contrato no será el regulado en la LCSP, por cuanto se ha restringido a determinados sujetos<sup>43</sup>.

Dejando de lado el «Sector Público», no deja indiferente tampoco la regulación de la otra parte interviniente: «el sector privado».

CARLÓN RUIZ<sup>44</sup> ha detectado cómo el artículo 11 de la LCSP, no delimita los sujetos privados que pueden celebrar este tipo de contratos, se habla genéricamente de «entidades de Derecho privado». Este hecho implica que si varias Administraciones Públicas constituyen o forman parte de una entidad de Derecho privado podrán celebrar igualmente un CCPP, bajo la forma de sector privado. Extraña, que un contrato que pretende ser una *vis atractiva* de financiación externa deje abierta la posibilidad a situaciones como la que acabamos de describir.

<sup>42</sup> El Instituto Español de Comercio Exterior, la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, el ente público Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias.

<sup>43</sup> Así las cosas, cuando una entidad distinta de las previstas en el ámbito subjetivo del CCPP opte por celebrar este tipo contractual, no le será de aplicación determinadas cuestiones relativas al régimen jurídico como la prohibición de pago aplazado establecida en el artículo 75.7 de la LCSP, o el principio de riesgo y ventura del empresario en la ejecución de los contratos administrativos dispuesto en el artículo 199 de la misma ley.

Tampoco les serán exigibles los requerimientos procedimentales, únicamente deberán llevar a cabo la identificación del tipo contractual sirviéndose del artículo 12 de la LCSP, y determinar si el contrato está sujeto a regulación armonizada o no. En el primer caso, se aplicará la regulación dispuesta en la LCSP hasta la adjudicación, en el segundo, todo el procedimiento se regirá según las reglas internas de la entidad contratante, esto es, según sus Instrucciones Internas de Contratación.

<sup>44</sup> CARLÓN RUIZ, M. «El nuevo contrato de colaboración...» *opus cit.*, pág. 661.

Sobre este respecto, se ha de traer a colación el artículo 4 de la LCSP –negocios y contratos excluidos de su ámbito de aplicación– en concreto, el apartado 1 d) excluye «los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta ley o en normas administrativas especiales». Pues bien, la coletilla: «siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta ley», tiene una repercusión directa en relación al ámbito subjetivo de esta figura contractual. Nos explicamos.

Sí una Administración Pública quiere llevar a cabo prestaciones cuyo objeto esté comprendido en el de CPP mediante una entidad de Derecho privado de capital público, ha de licitar el contrato <sup>45</sup>.

Si, además, ponemos en relación el CCPP, el *in house providing*, la definición de medio propio –servicio técnico del art. 24.6 LCSP, y los apartados n) <sup>46</sup> y d) del art. 4 LCSP, la discusión está servida–.

A ello, se ha de sumar que mediante la disposición final decimosexta. Treinta y cuatro de la LES, se añade una disposición adicional trigésima quinta a la LCSP, por la que se positiviza *ex novo* la CPPI. Se establece un régimen específico de adjudicación de contratos en el marco de las fórmulas institucionales, permitiendo que los contratos públicos y concesiones <sup>47</sup>, se puedan adjudicar directamente a una sociedad de economía mixta siempre que: (i) la elección del socio se haya llevado a cabo mediante las normas establecidas en la LCSP y, (ii) no se introduzcan modificaciones en el objeto ni en aquellas condiciones del contrato que se hubieran tenido en cuenta a la hora de seleccionar al privado.

Señalado lo anterior, no podemos confundir la obligación de que una Administración Pública convoque un procedimiento de licitación para adjudicar un CPP a una entidad de Derecho privado de capital público y un *in house providing* o encomienda de gestión. En efecto, en este caso no se trata de una errata del legislador o incongruencia legal, el objetivo es que este tipo de entes no se acaben convirtiendo en los adjudicatarios directos por excelencia de cualquier poder adjudicador que requiera sus servicios. Si se podrá encomendar directamente la realización de un CCPP a una entidad de Derecho privado de capital público, cuando ejerza sobre la adjudicataria un con-

<sup>45</sup> Como magistralmente señala CARLÓN RUIZ: «... en todo caso, parece evidente –en los términos del apdo. 1 d) del art. 4 de la misma ley– que no cabe extraer de esta forma contractual operaciones que, por la vía de un convenio formal, habían proliferado en el llamado modelo español a través de la creación de entes de Derecho privado para la ejecución de obras y servicios con la intención de ejecutarlos extramuros del Derecho de la contratación pública». (Ibidem).

<sup>46</sup> El apartado n) del artículo 4 de la LCSP, excluye de la aplicación de la LCSP: «Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección II del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de Derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174».

<sup>47</sup> Llama la atención la distinción que se realiza entre «contratos públicos» y «concesiones», a todas luces, heredada de la clasificación comunitaria de los contratos del Sector Público.

trol análogo al que ejerza sobre sus propios servicios y realice parte esencial de su actividad con la entidad adjudicadora <sup>48</sup>.

Por lo que respecta a la institucionalización de la CPP, más allá del hecho en sí mismo, no conlleva mayores repercusiones; que los CCPP se puedan adjudicar directamente en sede de fórmulas institucionales –siempre y cuando se cumplan los referidos requisitos– no es ninguna novedad y nada tiene que ver con los convenios de colaboración a los que hemos hecho referencia, piénsese que en este caso se alude expresamente a «sociedades de economía mixta»: gestoras y concesionarias de obras y servicios por antonomasia del mundo local.

Llegados a este punto, no podemos dejar de preguntarnos si la exclusión del ámbito subjetivo del CCPP de las Entidades Públicas Empresariales Locales <sup>49</sup> responde a un olvido del legislador o bien a una decisión consciente, más motivada, en ese caso, por cuestiones políticas que jurídicas.

Finalmente, se ha de señalar que pese a la modificación operada por la LES, las sociedades mercantiles que son poderes adjudicadores no Administración Pública siguen quedando fuera del ámbito subjetivo del contrato. Nos estamos refiriendo a todas aquellas sociedades «de carácter instrumental, es decir, no generadoras de ingresos, con capacidad de endeudamiento que, actuando en nombre propio y por cuenta y mandato de su correspondiente administración, se encargan de la construcción y gestión de algunas infraestructuras» <sup>50</sup>.

Y es que, si había de ser útil para algún sujeto este contrato, lo era para este tipo de sociedades. En efecto, la constitución de sociedades creadas específicamente para la gestión de proyectos públicos ha sido un mecanismo habitual al que han recurrido casi todas las Comunidades Autónomas para operar dentro de sus competencias. Su objeto social se circunscribe precisamente al ámbito de las infraestructuras y servicios públicos amplios, como son el mantenimiento y construcción de infraestructuras de transporte, centros docentes, centros de atención primaria, edificios oficiales, etc. Ejemplo de ello son, entre otras, las sociedades GISA, Gestió d'Infraestructures, SA –en Cataluña– ARPEGIO, Aéreas de Promoción Empresarial –en la Comunidad de Madrid– o Bideak-Bizkaiko, de la Diputación Foral de Vizcaya.

Por tanto, una Administración Pública stricto sensu, pocas veces procede de un modo directo a realizar una licitación de esas características, sino que hasta la fecha lo venía haciendo a través de este tipo de sociedades. Así las cosas, la única solución que se nos plantea para que pueda implementarse el CCPP en este contexto es que la Administración Pública sea la que «figure» como órgano de contratación y la sociedad como mero gestor.

<sup>48</sup> Son los criterios «Teckal» acuñados por la jurisprudencia del TJCE, entre otros muchos, destaca el asunto *Stadt Halle y Asemfo/Tragsa*, (asumidos por la LCSP ex art. 24.6).

<sup>49</sup> Recordemos que el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. (LBRL) establece que los servicios públicos podrán gestionarse a través de Entidades Públicas Empresariales Locales.

<sup>50</sup> Sobre este tipo de sociedades *Vid.*: IZQUIERDO BARTOLOMÉ, R. «Métodos de financiación de infraestructuras con participación de la iniciativa privada», *Carreteras*, núm. 97, págs. 7-26.

## 5. EL TRATAMIENTO DEL RIESGO EN LA COLABORACIÓN: EL CONTRATO DE SERVICIOS ENERGÉTICOS NO FORMARÁ PARTE DEL BALANCE

Empapados ya del fenómeno de la CPP, nos encontramos en disposición de volver a la reflexión inicial. En este sentido, avanzábamos, que en términos de sostenibilidad económica uno de los aspectos clave es la contratación pública y, en concreto, el CCPP como buen instrumento para gestionar las inversiones públicas, el fomento de crecimiento económico, la creación de empleo sostenible, e incluso, como medio para afrontar los problemas causados por el cambio climático.

En efecto, el afán de la Unión Europea en fomentar este tipo de relaciones es claro en los últimos años, no obstante, el CDR en su reciente Dictamen <sup>51</sup> advierte que existe el peligro de que estos proyectos acaben percibiéndose exclusivamente como una solución de financiación a corto plazo, en vez de analizarse desde la perspectiva del ciclo de vida, desde la planificación y concepción hasta la financiación, puesta en práctica y mantenimiento. Solo de esta manera podrá evaluarse objetivamente el coste total en función de la duración de los proyectos, cuyos contratos pueden durar incluso más de 30 años.

A lo anterior, se ha de sumar el incentivo directo que supone la permisibilidad del Eurostat en el Sistema de Cuentas Europeo (SEC-95) <sup>52</sup>, que admite que los gastos que realiza un poder adjudicador en el contexto de determinados contratos de CPP, no se tengan en cuenta para el cálculo del déficit público. Es decir, el coste de la inversión no se consolida en las cuentas públicas y, por tanto, si no se consolida ese coste «hay menos déficit público» <sup>53</sup>. A pesar de ser un sistema

<sup>51</sup> Dictamen del Comité de las Regiones, núm. 2011/C15/05...., *opus cit.*

<sup>52</sup> Eurostat en el Sistema de Cuentas Europeo de 1995, Reglamento adoptado por el Consejo en fecha 25 de junio de 1996, modificado en 1998, 2000, 2001, 2002 y 2003.

<sup>53</sup> Las condiciones relativas a las finanzas públicas –en la Comunidad Europea– jugaron en su momento un papel relevante de cara a la implementación de las PPP. Estas condiciones establecieron dos límites esenciales, por una parte, que el déficit público no fuera superior al 3 por 100 del PIB, y por otra, que el endeudamiento público no fuera superior al 60 por 100 del PIB.

Además, Europa exigía un crecimiento económico constante. Para alcanzar este objetivo la Administración Pública necesita realizar fuertes inversiones para el establecimiento o construcción, funcionamiento y mantenimiento de servicios públicos.

Cuando los Estados miembros intentan compaginar las exigencias relativas a las finanzas públicas con el crecimiento económico, se da claramente una situación de poca compatibilidad. Este hecho es el que suscita que las Administraciones hayan de buscar algún tipo de mecanismo que permita la obtención de bienes públicos sin acudir al endeudamiento o al aumento de la presión impositiva. Este es el panorama que avoca a los Estados a recurrir a la CPP.

Por estabilidad presupuestaria se entiende –grosso modo– aquella situación de equilibrio o superávit –en los términos de capacidad de financiación definidos por el SEC-95–. Dicha capacidad se define por la diferencia entre la formación bruta de capital fijo y la cantidad de ahorro. Si el resultado es positivo, el ahorro ha sido suficiente para financiar las inversiones de capital fijo, en caso contrario, se ha tenido que acudir al endeudamiento. De ahí que, el ahorro es un concepto esencial definidor del criterio de la estabilidad presupuestaria.

En consecuencia, el déficit público y los elementos que se tienen en cuenta para su delimitación resultan imprescindibles en este contexto. El SEC-95 expresa el déficit bajo parámetros de capacidad o necesidad de financiación de la siguiente manera: «la capacidad o necesidad de financiación total de la economía es la suma de las capacidades o necesidades de la financiación de los sectores institucionales y representa los recursos netos que la economía en su conjunto pone a disposición del resto del mundo (si es positiva) o que recibe del resto del mundo (si es negativa)». (Capítulo 8, punto 98, del SEC).

complejo, en definitiva, el único requisito que se establece es que se dé una transferencia real de los riesgos al sector privado asociados al contrato, básicamente de: (i) construcción, y (ii) disponibilidad y/o (iii) demanda. Cuestión con múltiples matices, supuesto que no son pocos los que apuestan por que la mejor gestión del riesgo es que lo asuma aquel sector que más capacidad tiene para hacerlo. Evidentemente, la normativa SEC-95 constituye un condicionante decisivo a la hora de acudir a las CPP.

La importancia de la consolidación o no del déficit público radica en el hecho de que acaba siendo un factor determinante para que la Administración Pública intente a toda costa crear mediante distintos sistemas esa ficción contable, «ingeniería financiera»<sup>54</sup>, conducente a la transformación de las transferencias de capital en activos financieros y gastos corrientes, trasladando la carga actual a generaciones futuras e hipotecando presupuestos.

Reflejo directo de lo anterior es que el PAEEE AGE establece expresamente que a efectos de déficit presupuestario y endeudamiento público: «las actuaciones a realizar a cargo de este Plan no supondrán un incremento de gasto de la Administración General del Estado, dado que se realizarán mediante un contrato de colaboración entre el Sector Público y el sector privado...»<sup>55</sup>. Esta previsión implica que el contrato de servicios energéticos no formará parte del balance.

En nuestra opinión, esa decisión es cuanto menos temeraria, el Gobierno no ha tenido en cuenta que la calificación jurídica contractual es totalmente indiferente a la hora de que el gasto figure como déficit o no, saltándose por Resolución y de un plumazo, la cuestión quizá más complicada de la CPP, su nudo gordiano, esto es: la gestión del riesgo.

En efecto, en una relación público-privada, la asunción del riesgo es de las partes más importantes del contrato, especialmente cuando el inversor privado ha de asumir elevados costes de infraestructura o instalaciones particularmente asignados a ese proyecto. Y todavía más relevantes si el *pay back* es a muy largo plazo, como es el caso de los contratos de rendimiento energético. No es en vano, por tanto, reflexionar sobre el tratamiento del riesgo en la colaboración.

Piénsese, que una forma habitual de protección son las garantías públicas por las que el Sector Público asume parte o todo el riesgo. No obstante, esta cobertura no debe ser excesiva o inadecuada, la idea suele ser que el inversor privado corra con el riesgo suficiente como para incentivar una ejecución eficiente y competente, y que no suponga una carga desmesurada a los contribuyentes o arcas públicas, como debe exigirse de una buena Administración.

Los riesgos siempre son inherentes a una actividad contractual. Según la corriente doctrinal dominante, la situación ideal sería aquella en que cada parte asume el riesgo más próximo o

<sup>54</sup> Concepto acuñado por LAWRENCE GALITZ y que hace referencia a «la utilización de instrumentos financieros para reestructurar un perfil financiero existente y obtener así otro con propiedades más deseables» en GALITZ, L. *Ingeniería Financiera*. Barcelona Folio D.L., 1994.

<sup>55</sup> Apartado cuarto del artículo 5 del PAEEE AGE.

el que más fácilmente pueda atribuirse o resolver. Se entiende que así se establece una verdadera y justa colaboración basada en el *principio Abrahamson*<sup>56</sup>, según el cual, el riesgo debe ser asignado a la parte que mejor pueda gestionarlo. Bajo este principio, la parte asumirá el riesgo cuando esté bajo su control, pueda transferirlo a través de aseguramiento o como prima en los servicios que preste y sea la forma más económica, ostente los beneficios de asumirlo y su asunción resulte más eficiente<sup>57</sup>.

En cuanto a la transferencia del riesgo financiero, hay quien piensa que es conveniente situarlo en el sector privado, de manera que los mercados de capital valoren también los riesgos, potenciando el incentivo de la parte privada para minimizar eficientemente los costes. Es decir, supuesto que los pagos realizados por el Sector Público por la prestación de servicios transfieren a este último la responsabilidad sobre la financiación de los activos y del coste del capital, la transferencia del coste financiero del proyecto permite al mercado del capital, como hemos dicho, valorar ese riesgo potenciando los incentivos del privado para minimizarlos eficazmente.

Bajo esta perspectiva, un análisis adecuado de los riesgos en la fase previa de control por parte del Sector Público es el único modo de determinar si la operación a realizar es en realidad una PPP o no. Para ello se han de observar los riesgos que cada parte tendrá que soportar. De forma generalizada, en las relaciones de colaboración con el sector privado podemos referir tres tipos de riesgos: el de construcción, el de disponibilidad y el de demanda.

No obstante se abogue doctrinalmente por el mencionado reparto de los riesgos, lo cierto es que, si se quiere conseguir el resultado de no consolidación en las cuentas públicas, una de las exigencias es que exista en gran medida una transferencia del riesgo al sector privado, de modo que se trasladen a este los tres tipos de riesgos<sup>58</sup>. Por tanto, la transferencia suficiente de riesgo determina si la naturaleza del contrato es de colaboración entre ambos sectores o bien si nos encontramos ante otros tipos contractuales como el de obras.

En sintonía con lo indicado, la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea señala que «si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, aseguran-

<sup>56</sup> Véase ABRAHAMSON, MAX W. *Risk Management*. Sidney, octubre 1982 [Paper presentado en la Conferencia Internacional de Derecho de la Construcción]. Citado en STEPHEN W RAE. «Tales of the unexpected». *Building Journal Hongkong China*. Diciembre 2004. [on line] [http://www.building.com.hk/forum/2005\\_04unexpected.pdf](http://www.building.com.hk/forum/2005_04unexpected.pdf)

<sup>57</sup> Estos criterios no son una regla matemática puesto que no siempre coinciden. Para lograr un equilibrio en la asunción de riesgos ha de tenerse en cuenta que intervienen otros factores que han de ponderarse como son los incentivos para reducir el riesgo, las condiciones de credibilidad o los costes transaccionales de asignación.

<sup>58</sup> GONZÁLEZ GARCÍA afirma que la «transferencia de riesgos ha de ser lo más precisa posible, de tal manera que en el contrato que se firme entre la Administración y el contratista se avance algo más que estos tres tipos de riesgos, dividiendo entre los derivados del diseño, la construcción –básicamente la descoordinación entre lo presupuestado y los costes reales y los derivados de las demoras–, la explotación, continuidad y calidad del servicio pactado con la Administración–, mantenimiento de la propiedad del bien, financieros, de transferencia, titularidad, en los casos de ulterior arrendamiento, de desarrollo, de adaptación a las nuevas tecnologías y los de compra. Todos ellos deberán estar delimitados en el contrato que se concierte entre la Administración y el contratista». GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. «Contrato de Colaboración Público-Privada». *RAP*, 2006, núm. 170, págs. 7 a 39.

do por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo. En este caso, la Comisión considera que se trata de un contrato público de obras y, no de una concesión. Además, si durante la duración del contrato o al término del mismo el concesionario recibe, directa o indirectamente (en forma de reembolso, de compensación, de pérdidas o de otra forma), una remuneración distinta de la correspondiente a la explotación, el contrato ya no podría ser tildado de concesión»<sup>59</sup>.

Con respecto al análisis de los riesgos, es interesante el esquema presentado por ORTEGA y TRAVÉ<sup>60</sup>. Dicho análisis considera que, en cuanto a los de construcción, se deberá examinar si el contrato prevé o no pagos del Sector Público al socio privado antes de que finalice la construcción y dé comienzo la prestación de los servicios vinculados al activo, así como comprobar la existencia de sanciones por incumplimiento de las condiciones contractuales relativas a la construcción –plazos de entrega, normas técnicas, etc.– y verificar que los posibles incrementos de los costes de construcción, respecto de los inicialmente previstos, no se trasladan a mayores costes de los servicios suministrados por el socio privado, salvo casos de fuerza mayor o por actuaciones imputables directamente al Sector Público.

En cuanto a los de disponibilidad, se deberá verificar que en el contrato se fijan los parámetros que permiten valorar la calidad de cada uno de los servicios suministrados por el socio privado y el nivel de disponibilidad del servicio; constatar que el contrato prevé la aplicación de deducciones, determinadas con claridad y precisión, para cada uno de los parámetros utilizados para medir la calidad y disponibilidad de los servicios; comprobar que contractualmente se determina la periodicidad (mensual, trimestral u otra) para llevar a cabo las mediciones sobre las posibles existencias de fallos en la calidad y en el nivel de disponibilidad; verificar que el contrato estipula claramente que el importe de las deducciones resultantes se aplica de manera automática a los pagos que el Sector Público debe realizar al socio privado, y confirmar que el montante de las deducciones representa una parte significativa de los ingresos del socio privado.

Por último, respecto al riesgo de demanda, deberá estudiarse el sistema de fijación de la tarifa que la Administración Pública debe abonar al socio privado por la prestación de los servicios fijados en el contrato, comprobando si dicha tarifa se fija en función del nivel efectivo de la demanda; asimismo, el efecto en el contrato de cláusulas que garanticen pagos mínimos al socio privado, o de aquellas que impongan limitaciones contractuales a la posibilidad de que el socio realice beneficios adicionales y comprobar que las tarifas por tramos de uso del servicio están calculadas sobre la base de estudios de calidad de variabilidad de la demanda.

Como podemos observar, la cuestión del reparto de riesgos es crucial y es el único factor que permite que el gasto generado por estos contratos no se tenga como tal. Se ha de tener presente que

<sup>59</sup> Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre las concesiones..., *op cit.* Apartado 2.1.2.

<sup>60</sup> ORTEGA, B. y TRAVÉ, M. «Las Formas de Colaboración Público-Privada en Catalunya. Incidencia en los trabajos de fiscalización». *Sindicatura de Comptes de Catalunya*. Octubre 2007. [Ponencia]. [on line] [http://www.eurorai.org/PDF/pdf%20congress%20CransMontana/PonenciaOrtega&Trave%20\(texto%20completo\).pdf](http://www.eurorai.org/PDF/pdf%20congress%20CransMontana/PonenciaOrtega&Trave%20(texto%20completo).pdf)

el CCPP ex artículo 11 de la LCSP, no obliga a que se dé una mayor transferencia de los riesgos al socio privado. Si acudimos al artículo 120 de la LCSP, en el que se contiene su régimen jurídico a la luz del clausulado obligatorio común y específico, observamos que la regulación de las condiciones del reparto de riesgos es imperativa. El contrato ha de desglosar y precisar la imputación de los riesgos derivados de la variación de costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda.

Es cierto que el artículo 199 de la LCSP establece el principio de riesgo y ventura del contratista en la ejecución del contrato, pero lo establece sin perjuicio «de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el Sector Público y el sector privado», de ahí que el apartado b) del artículo 120 de la LCSP exprese la necesidad de que se concrete en el contrato ese reparto; de ahí que exista la posibilidad de que la mayoría de los riesgos recaigan en el Sector Público y, por ende, esa operación, en todo caso, es un gasto que debería consolidar como déficit.

Fruto de la anterior reflexión, podría darse la situación de que el CCPP de la LCSP, pese a su denominación, no tuviera tal consideración a efectos europeos.

## 6. EL CONTEXTO NORMATIVO DE LA EFICIENCIA Y CONTRATOS DE SERVICIOS ENERGÉTICOS

Al igual que con la CPP, el fenómeno de la eficiencia energética <sup>61</sup> viene directamente promovido por Europa. Se considera que la implantación de políticas de eficiencia energética genera toda una serie de ventajas ambientales, económicas y estratégicas y que, por tanto, los Estados miembros han de fomentarlas mediante todo tipo de recursos, especialmente: normativa, subvenciones y formación/sensibilización de la población.

La normativa que se ha dictado sobre la materia es inabarcable, no obstante, para el asunto que nos ocupa es suficiente tener como referencia las Directivas núm. 2006/32/UE, sobre eficiencia energética del uso final de la energía y de los servicios energéticos, y la Directiva núm. 2010/31/UE, sobre la eficiencia de los edificios <sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Cuando hablamos de eficiencia energética nos estamos refiriendo al conjunto de programas y estrategias para reducir la energía que emplean determinados dispositivos y sistemas sin que se vea afectada la calidad de los servicios. Una mayor eficiencia energética implica un aumento del ahorro en energía, ello puede venir motivado por dos factores: el uso de equipos más eficientes o la implantación de prácticas más responsables.

<sup>62</sup> Directiva 2006/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006 sobre la eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos y por la que se deroga la Directiva 93/76/CEE del Consejo (DOUE L 114/64, de 27 de abril de 2006), y Directiva 2010/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, relativa a la eficiencia energética de los edificios (refundición) (DOUE L 153/13, de 18 de junio de 2010).

Las referidas Directivas ha sido determinantes para que las empresas de servicios energéticos sean clave en la promoción de la eficiencia del uso final de la energía y, en general, los servicios energéticos <sup>63</sup> y, también, determinantes a la hora de generalizar la idea de que se han de fomentar acuerdos de financiación con terceros mediante instrumentos como los contratos de rendimiento energético, las deducciones fiscales o los préstamos, créditos y subvenciones.

Por otra parte, se ha establecido como objetivo concreto incentivar la eficiencia energética de los edificios sitios en la Unión Europea, mediante la asunción de unos mínimos obligatorios, todo ello bajo parámetros de rentabilidad en términos de coste-eficacia. Además, los Estados miembros, siguiendo el ejemplo encabezado por el Sector Público, han de formular políticas y adoptar medidas tales como el establecimiento de objetivos para estimular la transformación de edificios que se conviertan en edificios de consumo de energía casi nulo. El Sector Público debe, en cada Estado miembro, «servir de ejemplo en el ámbito de la eficiencia energética de los edificios, y por ello los planes nacionales deben fijar objetivos más ambiciosos para los edificios ocupados por las autoridades públicas» <sup>64</sup>.

En este contexto, se gestan los Planes en el marco de la Estrategia de Ahorro y Eficiencia Energética en España 2004-2012 (E4) <sup>65</sup>. Entre las medidas que se contemplan debemos destacar: la mejora de la gestión energética de los edificios de la AGE –como sujeto ejemplarizante–, el impulso de las ESE para fomentar la profesionalización mediante una línea de financiación de proyectos de ahorro y el ya referido PAEEE AGE y «Plan 2000 ESE» de 16 de julio de 2010, complementario del anterior.

El objetivo fijado por el PAEEE AGE después del Plan 2000 ESE, tiene repercusiones directas en el objeto de nuestro estudio, pues se establece que en 2016, 2.000 centros consumidores de energía (CCE) pertenecientes a la AGE (1.000) y a las Comunidades autónomas y Entidades locales (1.000), han de reducir en un 20 por 100 su consumo energético mediante la formalización de contratos de servicios energéticos con ESE.

---

En relación directa pero para cuestiones más técnicas, la Directiva 2004/8 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, relativa al fomento de la cogeneración sobre la base de la demanda de calor útil en el mercado interior de la energía y por la que se modifica la Directiva 92/42/CEE (DOUE L 52/50, de 21 de febrero de 2004); cuyo objetivo principal es incrementar la eficiencia energética y mejorar la seguridad del abastecimiento, mediante el fomento de la cogeneración de alta eficiencia.

<sup>63</sup> La Directiva 2006/32/UE, concibe el servicio energético como aquel que tiene por objeto la obtención de un beneficio físico, una utilidad o ventaja derivado de combinar una energía con una tecnología eficiente –que podrá incluir una acción de mantenimiento y control necesarios para la prestación del servicio–. Todo ello en base a un contrato que normalmente ha demostrado una mejora en eficiencia energética o bien en ahorro de energía primaria. Por su parte, la Empresa de Servicios Energéticos (ESE), es aquella persona física o jurídica que proporciona servicios energéticos o mejora la eficiencia de la energía en instalaciones o local del usuario, afrontando cierto grado de riesgo económico. Una de las características principales es que el pago por esos servicios –en todo o en parte– ha de provenir de la obtención de mejoras de eficiencia y demás requisitos de rendimiento convenidos.

<sup>64</sup> Considerando 21 de la Directiva 2010/31/UE, *opus cit.*

<sup>65</sup> Este Plan de estrategia se concreta en los Planes de acción 2005-2007; 2008-2012, y el Plan de activación 2008-2011.

Además, según adelantábamos, los referidos contratos de servicios energéticos se han de materializar a través del CCPP de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 de la LCSP, y subrayamos –de cara a las consideraciones que haremos luego– que es de acuerdo al CCPP regulado por la LCSP y no a otro.

Por su parte, el Real Decreto 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, establece toda una serie de medidas en relación al sector energético. En primer lugar, se define el concepto de ESE, sustancialmente igual que el de la Directiva 2006/32/UE, y el concepto de servicio energético que, en este caso, es más específico<sup>66</sup>. Este Real Decreto infiere, también, en la contratación pública agilizando los procesos de contratación al establecer que todas aquellas licitaciones que tengan por objeto servicios energéticos –con independencia del tipo contractual que se escoja– se llevarán a cabo mediante la tramitación urgente del expediente a los efectos previstos en el artículo 96 de la LCSP<sup>67</sup>; y otras, en relación a los plazos máximos en el desarrollo del diálogo competitivo.

Y la recién aprobada LES que, además de las modificaciones mencionadas en los apartados precedentes, en el Capítulo Tercero del Título I, sienta las bases para un modelo energético basado en la seguridad del suministro, la eficiencia económica y el respeto al medio ambiente; también marca unos objetivos de ahorro energético para –literalmente– «todas las Administraciones Públicas»<sup>68</sup>. Destacamos la previsión contenida en el apartado e) del artículo 35, que señala que las sociedades mercantiles estatales y las EPES adscritas a la AGE en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la LES adaptarán sus planes estratégicos para «optimizar el consumo energético de sus sedes e instalaciones celebrando contratos de servicios energéticos que permitan reducir el consumo de energía, retribuyendo a la empresa contratista con ahorros obtenidos en la factura energética».

<sup>66</sup> En el servicio energético se incluyen aquellas inversiones inmateriales de obras o suministros para optimizar la calidad y reducir costes. Además, se especifica que puede comprender, también, la construcción, instalación, transferencia de obras, equipos y sistemas; el mantenimiento, la actualización y la renovación y la explotación y la gestión. Se especifica, también, que el contrato deberá llevar asociado un ahorro de energía medible, cuantificable o estimable.

<sup>67</sup> El Real Decreto establece otras medidas como la reducción de determinados plazos en el procedimiento de contratación que a día de hoy han quedado vacías de contenido a raíz de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la LCSP y otras leyes; al desaparecer del procedimiento la diferenciación entre adjudicación provisional y definitiva, entre otras.

<sup>68</sup> Se ha de tener presente –por la repercusión que representa en los contratos de servicios energéticos– que la LES introduce toda una serie de medidas en relación a la financiación de los CCPP para dar impulso a la eficiencia en la contratación. Entre otras cuestiones, el Capítulo V establece que cuando la naturaleza de la CCPP sea la de concesión de obra pública la financiación de los colaboradores privados deberá llevarse a cabo en las mismas condiciones y términos que en la normativa reguladora de financiación de las concesiones (arts. aún vigentes 253 a 260 TRLCAP).

Por otra parte, ante eventuales resoluciones contractuales se da la opción de que se subrogue. Además, la entidad contratante podrá poner a disposición de los acreedores una cantidad –como máximo– del 80 por 100 del coste real de aquellas inversiones que hayan sido efectivamente ejecutadas para reducir ese porcentaje de la liquidación del contrato. Para que pueda materializarse ese beneficio es necesario que la ejecución del contrato lleve (i) aparejados costes de inversión iniciales y, (ii) se prevea que las obras o equipamientos que se generen acaben revirtiendo en la entidad contratante.

En relación a la CPPI, además de la posibilidad de utilizar los medios de financiación ordinarios como la emisión de obligaciones o los créditos participativos, se prevé la posibilidad de que las sociedades de economía mixta constituidas para la ejecución de un contrato público puedan: (i) acudir a ampliaciones de capital –siempre que esa ampliación no modifique condiciones esenciales del contrato salvo que se hubiera previsto– y, (ii) titularizar los derechos de cobro que ostenten frente a la entidad adjudicadora.

Para finalizar, no podemos dejar de mencionar el Borrador del Proyecto de Ley de Eficiencia Energética y Energías Renovables (LEE y EERR), que vendrá a unificar gran parte de todas estas dispersas y múltiples medidas a las que hemos aludido.

## 6.1. Los contratos de servicios energéticos y la colaboración público-privada

Expuesto el panorama normativo europeo y estatal, es necesario realizar ciertas consideraciones sobre la articulación de una economía sostenible en base a CPP cuyo objeto sea la implantación de medidas de eficiencia y si es la mejor opción para materializar acciones como el PAEEE AGE.

### 6.1.1. *Por lo que respecta a los sujetos obligados a reducir en sus edificios un 20 por 100 del consumo de energía para el año 2016*

Según se ha puesto de manifiesto en el apartado anterior, parece que existe un propósito firme a todos los niveles por que se reduzca el consumo energético empezando por los edificios sitios en la Unión Europea y, en concreto, por los edificios de un Sector Público ejemplarizante.

Pues bien, resulta que los edificios o agrupaciones de edificios que integran los centros consumidores de energía a los que se refiere el PAEEE AGE y Plan 2000 ESE<sup>69</sup>, son aquellos «propiedad de la Administración General del Estado o de sus Organismos y sociedades dependientes: Ministerios, Organismos públicos, sociedades contempladas en el artículo 166.1, letras c) y d) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, así como las Fundaciones públicas estatales»<sup>70</sup>. En el mismo sentido, la previsión del artículo 35 e) de la LES para las sociedades mercantiles estatales y las EPES adscritas a la AGE.

Es evidente que el legislador está prescindiendo totalmente de la delimitación del ámbito subjetivo de la LCSP y que identifica «Administración Pública» con prácticamente todo el «Sector Público». Este hecho puede ser criticable o no, supuesto que en otros ámbitos de nuestra normativa administrativa aún sigue imperando el concepto clásico. Lo que no es de recibo, según nuestro parecer, es que se introduzcan disposiciones en materia de contratación implantando medidas incompatibles entre sí que no hacen más que complicar un sistema de contratación per se nada sencillo y que acaban por hacer impracticable la sostenibilidad pretendida, al menos, por lo que a nuestra disciplina se refiere<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> En el mismo sentido, las medidas adoptadas por la LES y el Borrador de la LEE y EERR.

<sup>70</sup> Apartado 1 a) del artículo tres del PAEEE AGE.

<sup>71</sup> A ello se ha de añadir que, a fecha de hoy, apenas tres años después de la entrada en vigor de la LCSP, ha sufrido ya seis modificaciones importantes a las que se sumará, en breve, las previstas por el proyecto de LCSP en el ámbito de la defensa y seguridad. [Leyes 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (entre otras); 15/2010, de 5 de julio, de modificación

Y es que el PAEEE AGE y toda la normativa tendente a implementar esas medidas están configurando unos deberes a materializar mediante unos contratos que la mayoría de sujetos obligados no pueden llevar a cabo. Recordemos que el CCPP regulado por el artículo 11 de la LCSP, se reserva a unos sujetos muy concretos: la Administración Pública stricto sensu y, desde hace poco, a las EPES dependientes de la AGE, organismos similares de las Comunidades autónomas y, a lo sumo, aquellas entidades de Derecho público que por la disposición adicional vigésimo quinta de la LCSP son consideradas EPES a efectos de contratación <sup>72</sup>. Insistimos, ningún otro poder adjudicador no Administración Pública o sujeto del Sector Público puede suscribir los CCPP de la LCSP, por tanto, mal van a formalizar –por ser imposible– los contratos de servicios energéticos mediante los de CCPP.

### *6.1.2. Por lo que respecta a la implementación de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado para la formalización de los contratos de servicios energéticos*

Llegados a este punto, y al margen de la problemática suscitada a propósito del ámbito subjetivo del CCPP del artículo 11 de la LCSP, hemos de alzar la mirada y no caer, como advertíamos, en las trampas de las regulaciones «sectoriales». Es necesario recordar, ya no lo que es el fenómeno de las PPP sino la CPP para Europa.

En efecto, solo así la CPP se nos presenta como la fórmula más idónea, incluso si se quiere, la única para alcanzar un modelo de economía sostenible en el que la eficiencia energética sea una realidad.

Piénsese que nuestra tradición jurídica de CPP se remonta –si bien de manera incipiente– incluso al siglo XVII con el llamado «sistema de asiento» <sup>73</sup>, pasando por CPPI como lo fue la Compañía Guipuzcoana de Caracas (1735-1785) o la Real Fábrica de Placencia de las Armas, existente hasta nuestros días, en la actualidad SAPA PLACENCIA, SL.

Recordemos, también, la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, que ya regulaba la iniciativa privada para la construcción de infraestructuras y servicios públicos y que se perpetuó hasta la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en

---

de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; 14/2010, de 5 de julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España; Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo].

<sup>72</sup> Véase nota al pie núm. 42.

<sup>73</sup> La Base Primera de la Circular de la Dirección General de Administración Militar de 17 de julio de 1860, establece que el sistema de asiento es «(...) el sistema (de) Gestión Directa, por medio del cual la ejecución del servicio se efectuaba por los agentes de la Administración Militar en sus instalaciones, adquiriendo la materia prima de forma inmediata en el mercado o a través de contrato». (Boletín Administración Militar 1865, págs. 677-155).

Régimen de Concesión, aún vigente, y que como señala HUERTA BARAJAS <sup>74</sup>, «articuló los conceptos actuales que dieron lugar a la Ley 13/2003, de 23 de mayo, de Concesión de Obra Pública, que introdujo el Título V del Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y que se instrumentalizaba a través de las modalidades de a) construcción a través de un contrato administrativo de obras. b) Construcción por medio de un contrato administrativo bajo la modalidad de abono total del precio. c) Construcción y explotación de la obra pública en régimen de concesión».

Y más próximos, el contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio, las concesiones de obra y las concesiones de obra con pagos a cargo de la Administración –peajes sombra–, la construcción y/o explotación de obras públicas por sociedades instrumentales –método español– o cualquier contrato mixto mediante arrendamiento operativo ya fuera con o sin cesión del derecho de superficie.

Y es que la CPP es mucho más que el CCPP ex artículo 11 de la LCSP, es más, mirando al sistema Eurostat planteábamos la posibilidad de que el *CCPP español* pudiera no serlo para la normativa contable. En efecto, Eurostat en su Decisión de 11 de febrero de 2004 estableció que los proyectos de CCPP no computarían en el balance del Sector Público a efectos del déficit y endeudamiento, únicamente, si se da una transferencia real del riesgo de construcción, del riesgo de disponibilidad y demanda al agente privado.

Por tanto, lo importante no es otra cosa que analizar las características principales de cada procedimiento de contratación concreto, especialmente, lo referente a la asunción de los diferentes riesgos, mantenimiento y forma de retribución, ya que estos aspectos son los que determinan, en primer lugar, que podamos hablar de supuestos de CPP y, en segundo lugar, los controles necesarios por parte de los órganos de control.

Por tanto, y a partir del principio propio de la normativa SEC 95, según el cual debe prevalecer la realidad económica sobre la formalización jurídica, lo importante es atender a los criterios interpretativos para determinar cuándo el objeto de contratación debe computarse como un activo del Sector Público, pasando así a contabilizarse como inversión y, por tanto, no computable a efectos de endeudamiento. Todo ello, al margen de la fórmula contractual utilizada; por ejemplo, al margen de que se constituya un derecho de superficie en el que el pago del alquiler corra a cargo de la Administración o al margen de que la AGE suscriba un contrato energético mediante el CCPP del artículo 11 de la LCSP.

Con esta finalidad, las instancias comunitarias trataron de establecer a quién corresponde la titularidad real de la obra, instalación o bien, en virtud de un conjunto de datos indiciarios que, interpretados en su conjunto, permitan llegar a determinar quién es el propietario real. Insistimos,

<sup>74</sup> HUERTA BARAJAS, J.A. «Contratos de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado en los programas y contratos de defensa». *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, núm. 78, 2008, págs. 32-68.

al margen de las fórmulas jurídicas utilizadas. Así las cosas, se recurre a la ponderación de diversos riesgos de manera que, dicho de forma simplificada, se entiende que quien asume los riesgos es el propietario.

De acuerdo con lo expuesto, los principios comunitarios en materia de contabilidad pública, a los efectos de determinar la forma de contabilizar los contratos públicos o concesiones, precinden del tipo de contrato, incluso, de la naturaleza jurídica del ente contratante. En el caso de contratos incluidos dentro del concepto genérico de CPP, el dato fundamental consiste en determinar qué sujeto soporta los riesgos del proceso contractual.

De acuerdo con estos criterios, si lo que se pretende es que las actuaciones a realizar a cargo de este Plan no supongan un incremento de gasto de la «AGE», o bien se deja claro que a esos efectos se analizará cada caso para ver a quien corresponde soportar los riesgos de construcción, disponibilidad y demanda, o bien se regula en concreto lo que se entiende por «contrato de servicios energéticos» con un diseño definido en el que los activos vinculados al contrato no sean públicos y así no se incluyan en el presupuesto.

Y es que la normativa sobre el contrato de servicios energéticos tampoco es clara, la definición de «servicio energético» es distinta en el PAEE, el Real Decreto 6/2010 y el Borrador de la LEE y REE <sup>75</sup>.

A lo anterior se ha de sumar que los contratos de servicios energéticos presentan una casuística de lo más variopinta. A grandes rasgos, y sin descender a un análisis pormenorizado <sup>76</sup> detectamos hasta cuatro tipos de modalidades que son las siguientes:

- a) Contrato de Suministro de Energía (ESC) <sup>77</sup>. El objeto de este contrato consiste en el suministro de servicios energéticos de fuerza motriz, calefacción o alumbrado. Normalmente se subcontrata el suministro. La ESE suele mantener la propiedad de los activos y se dedica a vender la energía transformada. Asume el riesgo del precio de la energía y el de rendimiento de las instalaciones.

Este contrato presenta una modalidad conocida como el modelo *Chauffage*, en el que la ESE además del suministro asume la compra del combustible y la electricidad.

<sup>75</sup> La definición que más se aproxima a la contenida en la Directiva 2006/32 es la del Borrador de la LEE y EERR. Véase: apartado relativo al contexto normativo de la eficiencia energética.

<sup>76</sup> Un estudio sistemático de estas figuras contractuales puede verse en: GARRIGUES MEDIOAMBIENTE PARA ENERAGEN. *Manual de Promoción de ESE*, (s.f) [on line] <http://www.eve.es/web/Eve/files/31/314bb6b5-4079-4bc5-bb54-31a3bf11b506.PDF>. y GARRIGUES MEDIOAMBIENTE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID. *Guía sobre ESES*. Madrid: Gráficas Arias Montano, 2010.

<sup>77</sup> Conocido como *Energy Supply Contracting*.

El pago se materializa a través de un precio acordado (factura menos un porcentaje de ahorro del 5 al 10%), por tanto, existe un ahorro garantizado inmediato, al que puede adicionarse un ahorro compartido <sup>78</sup>.

Se estima que la duración necesaria para que se amorticen las inversiones oscila entre 20 y 30 años. El objetivo de este contrato es el suministro de servicios energéticos.

- b) Contrato de Rendimiento Energético (EPC) <sup>79</sup>. El objeto de este contrato incluye el examen de las instalaciones, la evaluación del nivel de ahorro que puede conseguirse, el ofrecimiento de implantación del proyecto y la garantía de un ahorro concreto durante un tiempo convenido –el necesario para amortizar la inversión en equipos–. Al final del contrato, la propiedad se transfiere al cliente.
- c) Contrato P4 <sup>80</sup>. Es el modelo contractual tipo diseñado por el IDAE <sup>81</sup>, pensado específicamente para el Sector Público. Es un contrato mixto de suministros y servicios en el que caben la mayoría de prestaciones posibles en servicios energéticos. No obstante, bajo este tipo contractual el Sector Público determina el equipamiento que quiere instalar, así como las cláusulas contractuales y la facturación. El precio no se determina por los ahorros conseguidos habida cuenta que es el Sector Público el que asume la inversión de los equipos que amortiza mediante una facturación periódica con independencia del ahorro.
- d) DBFO y derivados del BOT. Como veíamos en apartados precedentes, el DBFO es uno de los sistemas del modelo británico de PFI. En este caso, la ESE diseña, construye, financia y presta el servicio del proyecto de eficiencia energética. La facturación se fija en función de los precios y servicios e incluye el coste de la operación, la recuperación de la inversión y la rentabilidad del proyecto. Finalizado el contrato, se transfiere la propiedad.
- e) ESCP <sup>82</sup>. Esta quinta modalidad –adicional a las anteriores–, no se ha implementado en nuestro país, no obstante, resulta interesante mencionarla supuesto que es el modelo específico que la Administración Pública utiliza en Estados Unidos. En un primer momento, la ESE evalúa el potencial ahorro energético mediante una auditoría y realiza una oferta de servicios

<sup>78</sup> En el ahorro garantizado la inversión asociada al proyecto la asume el Sector Público (riesgo de financiación), a cambio la ESE garantiza un ahorro real a obtener (riesgo de ahorro). En cambio, en el ahorro compartido la inversión la asume la ESE con recursos propios. El precio en este caso será el resultado de adicionar al precio fijo determinado en función de la amortización de la inversión, el precio variable derivado del ahorro conseguido. Como la ESE asume el riesgo de rendimiento más el riesgo de financiación, podría quedar fuera del balance. No obstante, si al final del contrato se transfiere la propiedad se tendrá que analizar en qué términos (arrendamiento financiero u operativo).

<sup>79</sup> Conocido como *Energy Performance Contracting*.

<sup>80</sup> Este contrato tipo es conocido como P4, porque describe «cuatro» líneas de diferentes «prestaciones» de servicios energéticos: P1 gestión de energía, P2 mantenimiento, P3 garantía total, P4 obras de mejora y renovación de instalaciones. A estas prestaciones puede adicionarse una «P5» inversiones en ahorro energético y energías renovables, que sí puede financiarse con ahorros conseguidos. Nótese que si el contrato contempla la P5 es casi idéntico al EPC.

<sup>81</sup> Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía.

<sup>82</sup> *Super Energy Savings Performance Contract*.

en un concurso público. Se encarga del diseño, ejecución y financiación garantizando hasta un 95 por 100 el ahorro y 3 años de garantía de funcionamiento después de la finalización del contrato. Por su parte, la Administración Pública evita integrar una gran inversión en sus presupuestos pagando a partir de ahorros. El tiempo estimado para la amortización es de aproximadamente 25 años.

Llegados a este punto la pregunta es obligada, ¿cómo calificar un contrato que comprenda todas las prestaciones de una ESE?

Es claro que el CCPP del artículo 11 de la LCSP pretende dotar a la contratación pública de un mecanismo legal para abordar la obtención de prestaciones mediante fórmulas de difícil encaje en la regulación tradicional, precisamente, en ámbitos como el de las nuevas tecnologías y el mantenimiento proactivo de instalaciones complejas, dotando a la contratación pública de una mayor flexibilidad. No obstante, con independencia de las consideraciones sobre su ámbito subjetivo y con independencia de la cuestión del reparto de los riesgos y su tratamiento contable, debemos advertir que el procedimiento del diálogo competitivo –a pesar de las especialidades indicadas para estos tipos contractuales– y, a pesar de las líneas de financiación previstas para los proyectos de ahorro ejecutados por ESE<sup>83</sup>, hace que las PYME constituyan un recurso poco aprovechado a la hora de fomentar el crecimiento económico y la creación de empleo sostenible; mientras que la directriz de la Unión Europea en sede de economía sostenible es que en la CPP las PYME han de participar en mejores condiciones.

Por otra parte, si bien su duración puede extenderse hasta 20 años, no está claro que en ese tiempo el adjudicatario pueda amortizar la inversión efectuada que, como hemos visto, en función de su envergadura puede oscilar entre 20 y 30 años.

Otra posibilidad pasaría por el contrato mixto de suministros<sup>84</sup> y servicios<sup>85</sup> que acumularía las prestaciones correspondientes a uno y otro contrato. Por ejemplo: las instalaciones para la utilización y transformación de energía que, a su vez, deban ser mantenidas y gestionadas en términos de eficiencia energética.

<sup>83</sup> El Plan 2000 ESE, establece que las inversiones en ahorro que realicen las ESE podrán ser financiadas por la «línea ICO-economía sostenible», y otras ayudas que se articularán –en los ámbitos autonómico y local– en las distintas fases de los procedimientos de licitación (previas: presentación del proyectos, intermedias: no adjudicatarios, y finales: fase de ejecución apoyo en inversiones).

<sup>84</sup> El contrato de suministro consiste en la adquisición, arrendamiento financiero o arrendamiento con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles (art. 9.1 LCSP).

<sup>85</sup> Descartamos el contrato de servicios por su limitada duración. Si bien, es el que tendría el mejor encaje para la prestación de servicios energéticos. Recordemos que el objeto de este clásico es la «realización de una actividad dirigida a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro». Además, la opinión de la Unión Europea es clara al respecto en el Reglamento CE/213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, sobre el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), se diferencia, por una parte, todos aquellos contratos que tienen que ver con el «suministro» de energía, de aquellos que son «servicios» como: los servicios de energía y servicios conexos (71314000-2), servicios de gestión de energía (71314200-4) o servicios de consultoría en rendimiento energético (86721, 86725 71314300-5).

Las normas que se han de observar en la adjudicación dependerán del carácter de la prestación con mayor importancia desde el punto de vista económico. El régimen jurídico del contrato podrá perfilarse según la voluntad del órgano contratante seleccionando las reglas previstas para uno y otro contrato según resulten más convenientes o beneficiosas. Pero quizá la mayor ventaja sea que la LCSP no contempla una duración máxima para el contrato de suministro, con la única salvedad de que en el contrato de arrendamiento no se admitirán las prórrogas tácitas y, las expresas, no podrán ser superiores a la mitad de la duración del contrato principal.

Ello sumado a la previsión genérica del artículo 23 de la LCSP que establece que «la duración de los contratos del Sector Público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas». Permitiría, a todas luces, el establecimiento de una duración necesaria para la amortización de las inversiones.

En este tipo de contratos el inconveniente proviene de los procedimientos de adjudicación ordinarios: abierto, restringido y, en su caso, negociado. Para llevar a cabo estos procedimientos el Sector Público ha de definir perfectamente lo que quiere y cómo lo quiere en los pliegos de prescripciones técnicas, o bien, licitar, de una parte, la redacción del proyecto y, de otra, la ejecución del contrato. No obstante, también se podrían adjudicar mediante diálogo competitivo. Para finalizar, se ha de destacar que, con independencia del modelo contractual que se escoja, para que la contratación pública constituya un agente propulsor de una economía sostenible han de simplificarse *efectivamente* los procedimientos administrativos, en primer lugar, los de contratación, trasponiendo de una vez por todas de forma correcta las Directivas comunitarias.

Además, por lo que a la CPP se refiere, hemos de huir del reduccionismo e inoperancia que supone el entender como tal únicamente el *CCPP español*.

Se han de determinar unos criterios de imputación de costes indirectos y de estructura con unos límites máximos a dichas imputaciones, así como unos indicadores que establezcan los niveles de riesgos asumidos por cada parte, suficientes para poder determinar si la relación jurídica subyacente es una CPP en el sentido europeo.

Podemos concluir afirmando que el control sobre este tipo de contratos supone un reto muy importante para los órganos de control externo, que deberán adaptar su organización, sus métodos de trabajo y sus planificaciones anuales a la fiscalización de estas nuevas fórmulas.

## A MODO DE CONCLUSIÓN

El presente trabajo ha mostrado que las PPP son un fenómeno de alcance internacional, implementadas actualmente por todo tipo de gobiernos con independencia de su orientación ideológica.

Sin embargo, en los países anglosajones es donde esta figura se encuentra más arraigada. Este tipo de relaciones tienen una mayor tradición en países como Estados Unidos, Reino Unido, Canadá y Australia.

Las PPP abarcan una multiplicidad de relaciones contractuales y no contractuales entre el Sector Público y el privado no susceptibles de ser incardinadas en un listado cerrado. Sin embargo, podemos señalar unas características comunes a todas ellas.

Siempre estamos ante pactos entre ambos sectores con vocación de permanencia; para la ejecución de infraestructuras o prestación de servicios públicos. Además, la Administración adopta un papel secundario, sus potestades suelen restringirse a: controlar, regular y promover; y el operador privado financia, gestiona y explota.

El objetivo de una PPP ha de ser la búsqueda de un mayor *Value For Money* en términos absolutos, esto es, no solo económicos sino de mayor eficiencia y mayor calidad.

El reparto de los riesgos es una cuestión fundamental. No puede decirse que exista un número de cláusulas de riesgos pero sí unos con mayor relevancia que deben analizarse en todo caso: el riesgo de construcción, riesgo de disponibilidad y riesgo de demanda. Por los motivos que hemos ido exponiendo a lo largo del presente trabajo, pese a que existen posturas doctrinales dispares sobre esta cuestión, consideramos que el reparto de los riesgos ha de ir en función de quien posea mayor capacidad para afrontarlos.

Con independencia de la postura que se adopte en la cuestión del reparto de riesgos, conviene concluir que, en último término, el Sector Público continúa siendo el responsable final puesto que, en definitiva, siguen estando en juego bienes y capital público.

La PFI concebida por el Reino Unido es la clase más relevante de PPP. Institucionaliza formalmente y de manera pionera el concepto.

Esta figura también es pionera en el tratamiento público-contable que después hace suyo la Unión Europea con la normativa SEC-95, e igualmente innovador por lo que al tratamiento y análisis del reparto de los riesgos se refiere. Podemos afirmar que la PFI es la base del concepto de la CPP en Europa.

Por lo que al contexto europeo se refiere, pese a que el *Libro Verde* y demás Comunicaciones de la Unión han supuesto un gran avance, el Derecho comunitario no prevé realmente un régimen específico que englobe las CPP. En realidad, se considera CPP todo acto en virtud del cual una entidad pública confía la prestación de una actividad económica a un tercero. Lo que sí se establece es el alcance de las normas comunitarias aplicables en la fase de selección y la etapa posterior.

Por lo que respecta a la política económica de la Unión Europea, podemos afirmar que la normativa SEC-95' ha supuesto un condicionante decisivo a la hora de implementar el recurso a las CPP, debido a que las operaciones por las que se construyen infraestructuras o instalaciones contablemente son consideradas formación bruta de capital fijo. Si esos proyectos se llevan a cabo mediante CPP, Europa permite que no se produzca consolidación contable como déficit siempre y cuando el colaborador privado soporte la mayoría de riesgos. Por tanto, la transferencia suficiente de riesgo al operador privado determina si el contrato es de CPP o no lo es.

En el Estado español hasta la entrada en vigor de la LCSP, *formalmente* no existía una figura contractual de CPP. Aunque *de facto* estas relaciones se han producido con mucha frecuencia, sobre todo, a través del sistema de arrendamiento operativo, peaje sombra y constitución de derechos de superficie. Destaca, también, la proliferación de sociedades instrumentales de Derecho privado en un contexto de huida del Derecho administrativo.

El *CCPP español*, parece haber nacido con vocación de positivizar el concepto europeo, pero lejos de ello, no es más que una clase específica de esas relaciones enmarcado claramente en la PFI, que no integra siquiera todas las fórmulas que venían dándose en el Estado desde antaño.

Responde, también, a la intención por parte del legislador de evitar que el principio de absorción de la prestación de mayor importancia económica regulada en el artículo 12 de la LCSP para los contratos mixtos, dé lugar a que se atribuya, por sistema, naturaleza privada a los contratos complejos.

Se caracteriza por la no definición de su objeto contractual, es decir, afirmamos que es un contrato sin objeto. Sus notas definitorias son conceptos abstractos: globalidad, integración y complejidad. Definimos el nuevo CCPP, tras la modificación operada por la LES, como una clase específica de PPP, creado por el legislador español, de objeto indeterminado cuya finalidad es la realización de cualquier tipo de prestación a través de capital privado. Su caracterización viene dada por la existencia de una «determinada» actividad privada encargada por «determinados sujetos» del Sector Público.

A partir de la modificación operada por la LES la naturaleza de estos contratos ha cambiado; podrá ser administrativa: cuando lo adjudique una Administración Pública o de naturaleza privada: cuando lo adjudique una EPE dependiente de la AGE. Por lo que respecta a los organismos autonómicos asimilados, dependerá del tratamiento jurídico que reciban en la comunidad autónoma de referencia pudiendo ser bien administrativos, bien privados.

Las Entidades Empresariales Locales quedan fuera del ámbito subjetivo del contrato. No obstante, las entidades de Derecho público de la disposición adicional vigésimo quinta de la LCSP, sí que podrán adjudicar CCPP en la medida que a efectos de contratación se consideran EPES.

Estos contratos están sujetos siempre, con independencia de su cuantía, a regulación armonizada. Por otra parte, destacamos la subsidiariedad en relación a los demás y su procedimiento específico: el diálogo competitivo.

No podemos afirmar que este contrato pueda tener por objeto cualesquiera de las prestaciones de los demás contratos calificados. Por ejemplo, el objeto del contrato de gestión de servicio público no puede incardinarse en el apartado primero del artículo 11 de la ley, la duración máxima del contrato de gestión del servicio público –50 años– supera con creces la prevista para el de colaboración.

Pese a las modificaciones operadas por la LES, las sociedades instrumentales, como poderes adjudicadores no Administración Pública, siguen quedando fuera del ámbito subjetivo del contrato, y una Administración Pública pocas veces adjudica directamente contratos de estas características. La única solución que se nos plantea es que las Administraciones Públicas liciten este tipo de contratos a través de estas sociedades pero manteniéndose ellas mismas como órgano de contratación, es decir, que las sociedades actúen como meros gestores.

Es importante, también, diferenciar la obligación que tiene una Administración Pública de convocar un procedimiento de licitación para adjudicar un CCPP a una entidad de Derecho privado de capital público y un *in house providing* o encomienda de gestión. El objetivo es que este tipo de entes no se acaben convirtiendo en los adjudicatarios directos de cualquier poder adjudicador. Si se podrá encomendar directamente la realización de un CCPP a una entidad de Derecho privado de capital público, cuando ejerza sobre la adjudicataria un control análogo al de sus propios servicios y realice parte esencial de su actividad con la entidad adjudicadora.

Los sujetos excluidos del CCPP pueden utilizar la fórmula de los CCPP pero ello constituirá una modalidad diversa de la que contempla la ley. Estos contratos podrán formalizarse por la vía de sus Instrucciones internas de contratación o en virtud del principio de la libertad de pactos.

La regulación de la CPPI no conlleva ningún tipo de repercusión, ya existía de facto en los mismos términos.

Hemos realizado una especial mención a los contratos de servicios energéticos adjudicados por el Sector Público mediante CCPP como buen instrumento para gestionar inversiones, fomento del crecimiento económico, creación de empleo sostenible e incluso como medio para afrontar los problemas causados por el cambio climático. No obstante, el legislador español no está teniendo en cuenta que la calificación jurídica de los contratos es totalmente indiferente a la hora de articular una CPP, lo determinante es la gestión del riesgo.

La tónica legislativa coincide en restringir la CPP al *CCPP español*, ello hace impracticables medidas como las adoptadas en el seno de los Planes de Activación Energética por cuanto la mayoría

de sujetos obligados a disminuir consumos energéticos no forman parte del ámbito subjetivo del CCPP del artículo 11 de la LCSP. Además, podría darse el caso, incluso, que el referido contrato – ya típico– no tuviera los efectos contables pretendidos.

El CCPP regulado por el artículo 11, puede presentarse como una de las fórmulas más idóneas para alcanzar un modelo de economía sostenible en el que la eficiencia energética sea una realidad, pero no la única, podrían articularse también mediante contratos de servicios o contratos mixtos.

Si lo que se pretende es que las actuaciones a realizar a cargo de los PAEE no supongan un incremento de gasto de la «AGE», o bien se deja claro que a esos efectos se analizará cada caso para ver a quién corresponde soportar los riesgos, o bien se regula en concreto lo que se entiende por «contrato de servicios energéticos» con un diseño definido en el que los activos vinculados al contrato no sean públicos y así no se incluyan en el presupuesto.