

LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA PARA LA PROVISIÓN DE INFRAESTRUCTURAS: LO QUE PUEDO HABER SIDO Y LO QUE PUEDE SER

La colaboración público-privada (CPP) viene desempeñando en el actual contexto internacional un rol fundamental en la dotación y operación de infraestructuras y servicios públicos, que complementa el rol asumido tradicionalmente por el Estado, y que pasa porque este último ejerza un papel eminentemente regulador y fiscalizador. Pese a la incompreensión que todavía despierta este esquema en amplios sectores de la población, es este un vigoroso proceso, desencadenado en la década de los noventa y que, en mayor o menor medida, ha ido adquiriendo una importancia central no sólo algunos países europeos sino en prácticamente todo el orbe. No en vano, la CPP intenta conciliar el dinamismo del sector público (y la incesante demanda social de mayor stock de capital público en infraestructuras) con la *expertise* del sector privado; además de que favorece el diálogo en la selección de los sectores de inversión preferente y tiene un impacto muy benéfico en términos de contabilidad pública para las administraciones públicas, al transferir parte del riesgo al privado y manejar activos no públicos.

Con todo, la CPP podría haber sido un instrumento decisivo para reactivar la inversión en infraestructuras de interés público en la situación de crisis económica y de estrecheces presupuestarias iniciada en la segunda mitad de 2007. En España, donde la tradición concesional es atávica, esta potencialidad se ha visto dificultada paradójicamente por la mala coyuntura del sector financiero, derivada de las tensiones de tesorería del conjunto de administraciones públicas y de las restricciones de crédito del sistema financiero, que ha limitado la financiación disponible y aumentado las exigencias de calidad de los riesgos de los proyectos, pero también por la existencia de un marco normativo nada armónico y flexible. Pero, al mismo tiempo, el régimen español de contratación pública ha evidenciado la persistencia de distintos elementos que dificultan sobremanera el desarrollo correcto de la fórmula de CPP y, por ende, de la eventual contribución de esta modalidad a aliviar una parte de las restricciones presupuestarias públicas.

Dichos factores concurren, señaladamente, en los diferentes órdenes de la configuración normativa del «contrato» de CPP: en particular (incorporado con la LCSP 2007 y

TRLCSP 2010, siguiendo las directrices del Libro Verde de 2006 y de la Directiva 2004/18) y, más concretamente, cinco aspectos que son de una importancia central: en primer lugar, el error de planteamiento que supone el carácter distintivamente subsidiario o residual del mismo, lo cual se une a un conjunto de reglas rígidas relativas a las actuaciones preparatorias y a la cuestionable configuración de la evaluación previa; segundo, la carencia de un régimen jurídico específico para dicho contrato, así como su necesaria distinción de las concesiones; tercero, la necesidad de mejorar el perímetro de ese contrato *sui generis*, para evitar difuminar su perfil dada la característica complejidad de su contenido prestacional; cuarto, el procedimiento de adjudicación y los términos del dialogo competitivo (DC), especialmente los problemas de confidencialidad que presenta, y la ausencia de incentivos suficientes a la participación en los procesos de concurrencia.

En este sentido, el anteproyecto de una futura Ley de contratos, derivado de las directivas 23, 24 y 25 de 2014, aporta algunos elementos esperanzadores junto a algunas poderosas y alargadas sombras que genera inquietud. Pues, independientemente de que no vaya a aprobarse la ley en la presente Legislatura de las Cortes Generales, se propone incorporar el criterio de riesgo operacional como factor de delimitación del contrato de concesión (además de que desaparece el «contrato» del art. 11 TRLCSP), que es tributario de los criterios SEC 2010. No obstante, se aborda un esquema de riesgos que admite el *factum principis* a medias y no el riesgo imprevisible, sin tasar supuestos excepcionales y dolorosamente conocidos como los sobrecostos de expropiaciones y seguros, los hallazgos arqueológicos o los cambios tecnológicos, si bien permite como lenitivo ampliar el plazo del contrato a 15 años para favorecer el reequilibrio económico-financiero del mismo.

Junto al deficiente marco regulatorio contractual, a nivel operativo, es perfectamente constatable que no se está ampliando ni la implicación pública en las operaciones de financiación ni facilitando el acceso de los proyectos a los mercados de capitales, mediante un incremento de las garantías estatales, en ausencia de una ley de captación de activos financieros que constituye, cabe recordar, un mandato legal incumplido. Por el contrario, desde la puesta en marcha en la segunda mitad de la última década del siglo XX, en Gran Bretaña, de distintas fórmulas jurídicas que facilitan la captación de capital privado (*Project Finance*) para proyectos de inversión de interés público, éstas han

conocido una notable difusión y éxito, y no sólo en el desarrollo de infraestructuras y servicios públicos, sino también en ámbitos como la sanidad, la educación, la vivienda social, la cultura, la defensa o regeneración de espacios urbanos, etc. La llamada *Private Finance Initiative* (PFI) ha favorecido un modelo para delegar la construcción, financiación y operación de determinadas infraestructuras públicas en el sector privado, retornando los fondos privados a partir de la retribución efectuada periódicamente y durante un tiempo prolongado por las administraciones públicas, a cambio de disponer, en buenas condiciones, de los activos subyacentes a los contratos.

Precisamente, la vertiente financiera de la crisis, que ha modificado sustancialmente la operativa de los mercados financieros, junto al panorama mismo de las entidades, donde se impone una clara aversión al riesgo y una reducción notable de la afluencia de crédito, a lo que debe añadirse las exigencias de disciplina fiscal impuestas por la UE, ha supuesto un estímulo para la difusión de la PFI. Hasta hace poco, no se olvide, la relación contractual, en su diseño inicial, comprometía recursos corrientes del presupuesto anual (y, por tanto, incidía en el déficit), sin incorporar a la deuda pública el volumen total de la financiación comprometida en la construcción de la infraestructura subyacente.

Antes al contrario, la realidad es que la licitación de proyectos de CPP por parte de las Administraciones públicas españolas arrastra, todavía hoy, enfoques más propios de entornos de gran competitividad financiera y abundancia de ofertas que de la cruda realidad del mercado actual. Prueba de ello es que, aunque desde 2007 se ha dado un notable esfuerzo de adaptación del marco regulador a las nuevas figuras de implicación privada en la provisión y gestión de activos públicos, todavía subsisten algunos obstáculos en el ámbito de la captación de financiación privada que dificultan un correcto desarrollo de la aplicación de las fórmulas de CPP. A esas deficiencias, además, hay que sumar las carencias del ámbito público en materia de instrumentos financieros específicamente dirigidos al apoyo de proyectos de esta modalidad de proyectos.

En suma, de cara al futuro, el objetivo debería ser afrontar las necesarias reformas tanto en el marco normativo, operativo (de gestión pública) y financiero, que supongan una adaptación de las diversas figuras jurídicas de la CPP a los condicionantes que establece

la actual coyuntura económica, en orden, específicamente, a incrementar su eficiencia en la captación de capital privado. Y puesto que tanto si la captación se realiza en las fuentes financieras habituales, como si se pretende explorar otras nuevas (mercado de capitales), un elemento determinante es la cantidad y calidad de los riesgos a asumir por el sector privado, resulta inevitable proponer una corrección de este factor, ponderando el desplazamiento al sector público de una parte de los mismos que, hasta ahora, asumían en exclusiva los actores privados. Dicha transferencia de riesgo no es neutral, claro está. Entre otros aspectos, repercute en términos de contabilidad nacional, de modo que resulta necesario proceder cuidadosamente a la hora de realizarla. En otras palabras, el fin último debe ser el de proponer medidas para dotar de una mayor capacidad de intervención a los distintos vehículos jurídicos que lleva aparejada la CPP en la recuperación del nivel deseable de formación bruta de capital público en el contexto de la actual contención del gasto presupuestario del sector público español, sin perder de vista la posibilidad de no volver a reencontrar en el futuro los ciclos expansivos que caracterizaron la exuberancia, quizás irracional, del pasado.

Joan Ridaó Martín

Prof. Titular (a) de Derecho Constitucional

Universidad de Barcelona

Autor de «La colaboración público-privada para la provisión de infraestructuras de interés general», Atelier, 2012.