

VISIÓN JURÍDICA DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN MATERIA DE INFRAESTRUCTURAS



JORNADAS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA DE LA REGIÓN DE MURCIA
NUEVAS FORMULAS DE FINANCIACION DE INFRAESTRUCTURAS

MURCIA - 20 DICIEMBRE DE 2016

LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN MATERIA DE INFRAESTRUCTURAS

LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA COMO HECHO CONSOLIDADO EN ESPAÑA.

1. Las infraestructuras públicas son bienes de dominio y uso público cuya titularidad corresponde a las Administraciones Públicas, lo cual explica que en general, su planificación, su financiación, su construcción, conservación y su explotación haya sido tradicionalmente una competencia del sector público.
2. El fenómeno de la colaboración privada en la provisión de infraestructuras es algo que conocemos desde el s. XIX. (v.gr. La Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877).
3. El Derecho Público español ha conocido prácticamente desde su nacimiento la figura de la Concesión como el contrato a partir del cual implementar esa participación del sector privado en la construcción y explotación de infraestructuras públicas.
4. Sin embargo la LCSP y posteriormente el TRLCSP quisieron articular la Colaboración Público Privada a través de un contrato específico, distinto del de Concesión. El Contrato de Colaboración Público Privada, que se debería adjudicar por un procedimiento específico y singular (el diálogo competitivo) y que prácticamente no se ha utilizado.

LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN MATERIA DE INFRAESTRUCTURAS

LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA COMO HECHO CONSOLIDADO EN ESPAÑA.

5. Las Directivas Comunitarias de 2014 han apostado por la Colaboración Público-Privada y lo han hecho mediante la regulación armonizada para toda la Unión Europea del Contrato de Concesión, que se singulariza por la traslación al sector privado del riesgo operacional.
6. El Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados del día 2 de diciembre de 2016, suprime la figura del Contrato de Colaboración Público Privada “... como consecuencia de la escasa utilidad de esta figura en la práctica. La experiencia ha demostrado que el objeto de este contrato se puede realizar a través de otras modalidades contractuales, como es, fundamentalmente, el contrato de concesión.”.
7. Volvemos pues, tras un paréntesis de nueve años al sitio de donde no debimos movernos. La concesión es en el Derecho Público Español una institución esencial, conocida, estudiada, analizada doctrinal y jurisprudencialmente y como no podía ser de otro modo, ha de ser ella el vehículo jurídico principal para canalizar la Colaboración Público-Privada en materia de infraestructuras públicas.

LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN MATERIA DE INFRAESTRUCTURAS

¿QUE ES LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA?

8. Colaboración Público Privada es cualquier tipo de asociación, alianza o cooperación entre el Sector Público y el Sector Privado con el fin de garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o mantenimiento de una infraestructura pública, del que ambos se benefician.
9. Para la Comisión Europea, para que exista una auténtica Colaboración Publico-Privada es preciso:
 - Una relación de cooperación a largo plazo entre ambos.
 - Una financiación estructurada.
 - La intervención del sector privado en los diversos niveles del proyecto: diseño, financiación, ejecución, mantenimiento y gestión o explotación.
 - La asunción de riesgos por parte del Sector Privado.

LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN MATERIA DE INFRAESTRUCTURAS

¿QUE ES LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA?

10. Así pues la Colaboración Público Privada es una necesidad, un concepto, una filosofía, una forma de integrar medios y recursos, pero no es un contrato específico.
11. Así la han entendido los países de nuestro entorno, sobre todo los anglosajones (Gran Bretaña, EE.UU.), Francia, Italia, Alemania y LATAM.
12. Desde esa perspectiva global se han generado nuevos vínculos entre la Administración Pública y la iniciativa privada que se han denominado Asociaciones Público-Privadas, Public-Private Partnerships (PPP), en las que cada agente, público y privado, participa en los proyectos llevando a cabo aquellas tareas para las cuales cada uno cuenta con una ventaja comparativa.
13. Dos grandes categorías jurídicas de Colaboración Público-Privada:
 - Las puramente **contractuales**.
 - Las de **tipo institucionalizado** (sociedad mixta).

LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN MATERIA DE INFRAESTRUCTURAS

SITUACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA. PANORAMA JURIDICO

14. Entendida como una idea que ha de impregnar toda la actuación de la Administración, la Colaboración Público Privada en España, podemos decir que no ha llegado a consolidarse.
15. Tres factores lo explican:
 - En España no ha existido una reflexión profunda sobre la generalización de este modelo.
 - El error que supuso identificar este modo de actuar con un contrato típico y no como un modo de actuar generalizado mediante instituciones conocidas.
 - Las experiencias fallidas como las Radiales de Madrid , la autovía Madrid-Toledo, la de Ocaña-La Roda, la Cartagena-Vera o la M-12 eje Aeropuerto de Barajas, todas ellas en concurso de acreedores. Estas iniciativas fueron y siguen siendo un auténtico banco de pruebas para la Colaboración Público-Privada y desde luego el Estado se jugaba el prestigio del modelo y no ha resultado muy bien parado.

Pese a todo **se hace necesario relanzar la idea de la Colaboración Público Privada.**

LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN MATERIA DE INFRAESTRUCTURAS

SITUACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA. PANORAMA JURIDICO

16. La colaboración público privada,

- Permite que la Administración difiera sus costes toda vez que compra servicios, no inversiones en activos .
- Ayuda a crear disciplina en el establecimiento del presupuesto de un proyecto.
- Y sobre todo permite incrementar el stock de infraestructuras públicas al servicio de los ciudadanos sin incrementar el endeudamiento y por lo tanto el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

17. El aspecto económico presupuestario. **La no consolidación del proyecto en las cuentas de la Administración.**

- Las directrices de Eurostat para que una infraestructura construida y gestionada por el sector privado quede fuera del balance del sector público *“en el exclusivo supuesto de que quede debidamente acreditado que se transmite al socio la mayor parte del riesgo del contrato”*.
- Adecuado reparto de riesgos (cierto, real, efectivo).

LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN MATERIA DE INFRAESTRUCTURAS

SITUACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA. PANORAMA JURIDICO

18. El Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público se sitúa en esta línea cuando define la concesión y señala que “... ***La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado***”.
19. La aplicación de este principio va a requerir dos aspectos esenciales:
 - Rigor en el planteamiento de estos proyectos. Estudios de Viabilidad.
 - Seguridad y certeza del marco normativo aplicable al restablecimiento del equilibrio económico del contrato.
20. En este punto el Proyecto de Ley sigue literalmente la modificación que se operó en el TRLCSP a través de la Ley 40/2015 de 2 de octubre y que está en vigor desde el 22 de octubre de 2015, conforme a la cual para los contratos licitados a partir de esa fecha la RPA sólo es exigible **si la resolución del contrato de concesión se produce por causa imputable a la Administración.**

LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN MATERIA DE INFRAESTRUCTURAS

SITUACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA. PANORAMA JURÍDICO

21. La reducción de la RPA en determinados supuestos incide en el análisis de riesgos por parte de las entidades financiadoras (imposibilidad de utilizar el derecho real de prenda sobre la RPA)
22. La RPA deja de ser un importe predecible (o al menos razonablemente predecible) en el momento de acordar la financiación, ya que pasa a determinarse en función del valor de la concesión en el momento de su resolución a través de un procedimiento de subasta al alza, con el precio como único criterio de adjudicación (incertidumbre).

LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN MATERIA DE INFRAESTRUCTURAS

CONCLUSIONES

- La colaboración público privada es toda una filosofía de actuación por parte de las Administraciones Públicas, en la que ambas partes (sector público y sector privado) pueden verse favorecidas pues la misma implica considerables ventajas para ambas.
- Su implementación en un supuesto concreto no es algo sencillo, sino que requiere de una laboriosa preparación en la que es clave determinar con todo acierto la razonabilidad del proyecto en términos sociales y económicos y su viabilidad.
- Tiene que existir un marco de seguridad jurídica y económica cierto en el que poder realizar todos los estudios previos sobre la viabilidad del proyecto, marco en el que tiene una importancia capital las consecuencias económicas en casos de incumplimiento toda vez que el objeto de la concesión no es un bien que se encuentre en el libre comercio de las personas, por lo que no tiene mercado

LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN MATERIA DE INFRAESTRUCTURAS

CONCLUSIONES

- Las medidas coyunturales que ha venido aplicando el Estado, han ido resolviendo problemas puntuales pero no responden, a mi modo de ver, a un planteamiento global de la cuestión.
- Ese desequilibrio no es una buena noticia para el desarrollo de la colaboración público privada porque nos movemos en un escenario de vasos comunicantes.
- Debería buscarse ese adecuado equilibrio en orden a los riesgos a asumir por el Sector Público y el Sector Privado, porque no ser así, muy probablemente proyectos que tendrían todo su sentido desde una perspectiva social y una rentabilidad a largo plazo queden postergados o apartados de esa colaboración público privada pues el sector privado sólo licitará aquellos en los que pueda empíricamente constatar rendimientos, utilizaciones, etc...

MUCHAS GRACIAS!

Jose.vicente.belenguer@garrigues.com

