

II.- LA PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN LA EJECUCIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS.

1.- INTRODUCCIÓN. 2.- LA PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA O COLABORACIÓN PÚBLICO- PRIVADA. 2.1 introducción.2.2. Concepto. 3.- MODELOS CONTRACTUALES MÁS USUALES DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADAS UTILIZADAS EN EL SECTOR DE LAS INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE. 3.1 Contrato de mantenimiento y/o rehabilitación. 3.2 Contrato de gestión. 3.3. Contrato de construcción “llave en mano”. 3.4 Contrato de arrendamiento financiero de infraestructuras. 3.5. Contrato de concesión. 3.5.1. Introducción. 3.5.2 Concepto. 3.5.3. La concesión en el ámbito de las infraestructuras de transporte. 4.- LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA REGULADA EN LA LEY 13/2003, DE 26 DE MAYO: UN ACERCAMIENTO A LA MISMA.5. DISEÑO, CONSTRUCCIÓN, FINANCIACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURAS A TRAVÉS DE ENTIDADES INSTRUMENTALES CONSTITUIDAS POR LA ADMINISTRACIÓN Y SU RELACIÓN CON LAS FÓRMULAS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADAS.

Por Manuel Concha Jarava. Letrado Jefe de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía.

1.- INTRODUCCION.-

Las infraestructuras básicas (transporte, energía, telecomunicaciones y agua), dada sus características han motivado una importante participación pública en los procesos de ejecución de inversiones en dichos sectores, siendo históricamente, los Estados los que acometieron la ejecución de las diferentes infraestructuras.. El acudir al sector privado para llevar a cabo la financiación de las mismas fue tradicionalmente algo excepcional.

Esa participación del sector privado tuvo una mayor significación a partir de la segunda mitad del siglo XIX, ya que junto con los grandes progresos y descubrimientos industriales que acontecen, van apareciendo fórmulas de participación privada en los citados sectores, fórmulas que, básicamente, respondían al sistema de la concesión: en ferrocarriles, carreteras y otros sectores que comienzan a desarrollarse en la citada época.

La ideología liberal de la época permite que la iniciativa y el capital privados asuman la construcción de obras públicas de gran calado, conservando el Estado la titularidad y el control de la actividad, exigiendo determinados requisitos técnicos y económicos a los concesionarios.

En España, dejando algún antecedente anterior, en particular, la Instrucción de 10 de octubre de 1845, en relación con las “obras por empresa”, antecedente de la concesión para caminos de toda clase, canales de navegación, riego y desagüe..., es en la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877¹, en la que resultó plasmada la participación bien pública bien privada, a través de la concesión, en la ejecución de las infraestructuras públicas. Así se nos decía que, al decir en su artículo 3 que *“Las obras públicas, así en lo relativo á sus proyectos como á su construcción, explotación y conservación, pueden correr á cargo del Estado, de las provincias, de los Municipios y de los particulares ó Compañías”*, y en su artículo 7 precisar que *“Pueden correr á cargo de particulares ó Compañías, con arreglo á las prescripciones generales de esta ley y á las especiales de cada clase de obras: Las carreteras y los ferrocarriles en general, los puertos...”*. En su artículo 26 se recogían las dos fórmulas que han caracterizado las citadas participaciones: pública, a través del contrato de obra pública; privada, a través de la concesión, a la vez que señalaba que podrían darse fórmulas mixtas, en un atisbo de lo que podrían ser fórmulas de participación público- privada. Parecidas fórmulas se recogían en leyes sectoriales de aquella época como en la Ley de Carreteras, de 4 de mayo de 1877.

Sin embargo, con la consagración del Estado Social, en especial, tras la II Guerra Mundial se vuelve a consolidar la participación pública en la ejecución de dichas actividades.

Este esquema, que puede ser generalizado para cualquier Estado del mundo occidental, se ha mantenido hasta fechas muy recientes en las que de nuevo se ha sentido la necesidad de instrumentar nuevas fórmulas de colaboración pública- privada, que dieran respuestas a los nuevos proyectos

¹ La citada Ley ha estado en vigor hasta la derogación de la mayor parte de su articulado por la disposición derogatoria de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública.

emblemáticos a desarrollar y que, supusieran evolución de las figuras conocidas hasta la fecha, muy especialmente, de la concesión como única fórmula de colaboración o participación privada. Es a partir de los años 90 cuando aparecen estas nuevas formas de participación público- privada a la vista de algunos “fracasos” como lo fueron proyectos emblemáticos como el “Eurotúnel”.

Esta búsqueda de nuevas formas de colaboración o participación público- privada constituye el objeto del presente trabajo, a través del cual solo se pretende un acercamiento al marco de las posibilidades que para la ejecución y mantenimiento de las grandes infraestructuras se presentan en la realidad actual.. Todo ello entendemos que como paso previo para abordar en el estudio del objeto de estas jornadas, la Ley reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública, Ley 13/2003, de 23 de mayo, como exponente normativo más importante que existe en el Estado español de estas nuevas formas de participación pública- privada. Sería imposible abordar en un trabajo como éste las innumerables fórmulas que se han desarrollado en los diferentes países, por lo que lo que se pretende es reconducir dichas fórmulas de participación a una serie de figuras genéricas, dentro de las cuáles lo que se pretende es delimitar si la financiación de las mismas es pública, esto es, presupuestaria, o extrapresupuestaria, es decir, privada, precisando los contornos intermedios entre una y otra que las mismas pueden presentar, zonas intermedias en las que se aprecia dicha participación público- privada. Y todo ello referido en exclusiva al sector de las infraestructuras. de transportes.

II.- LA PARTICIPACIÓN PUBLICO PRIVADA EN LA EJECUCIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS.

1.- Introducción.

En el sector de las infraestructuras antes de continuar con nuestro trabajo es necesario hacer una precisión que, si bien puede considerarse obvia, consideramos que debemos insistir en ella: tan gravoso o más que la construcción de una infraestructura es la gestión y mantenimiento de aquélla, con el agravante, desde un punto de vista político que de que se trata de un gasto que no se percibe por la sociedad de igual forma que la construcción de una infraestructura.

La financiación presupuestaria de una infraestructura, como modelo tradicional, en la que al contratista de la Administración se le venía abonando por certificaciones de obra a medida en la que se ejecutaba la obra respondía, desde un punto de vista financiero, a un sistema sencillo que se veía favorecido por la alta calificación crediticia de la Administración.

2.- La participación público privada o colaboración público- privada: concepto.

En el contexto mundial y regional actual, en el que control de gasto público (véase el Pacto Europeo por la Estabilidad, por ejemplo), en el que se vienen aplicando políticas de ajuste presupuestario y de reducción del déficit fiscal, es imposible limitarse a la vinculación presupuestaria para la ejecución de las grandes infraestructuras. Por tal motivo, se ha hecho necesario procurar la participación del sector privado, de la inversión privada, en la ejecución de los citados proyectos, estableciendo canales, mecanismos y procedimientos para procurar ese acercamiento público- privado. A ello hay que unir otra serie de factores, más de carácter político, como pueden ser las externalidades negativas que conlleva el sistema tradicional de ejecución de las inversiones por parte del sector público unido a la creencia de la mejor gestión privada en la ejecución de las citadas infraestructuras, que han contribuido a la adopción de tales medidas de colaboración.

Las citadas formas de participación entre el sector público y privado en la ejecución y mantenimiento de infraestructuras a las que estamos aludiendo se han agrupado por la doctrina en un término que, por su carácter sintético, se puede considerar vago e impreciso, dada la amplia gama de operaciones, técnicas y proyectos que en si comporta. Así se habla de *la participación público- privada para la ejecución de infraestructuras*,, los modelos *PPP*, que responden a 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.

Junto a esa expresión de participación público privada más recientemente se viene acuñando en el seno de la Unión Europea la denominación equivalente de *colaboración público-privada (CPP)*. Así, la Comisión de las Comunidades europeas, aprobó en abril de 2004, un Libro Verde sobre *la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*.² En relación con la definición de estas formas de participación o colaboración se nos que .la expresión «colaboración público-privada» (CPP) carece de definición en el ámbito comunitario. , si bien en general, se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio.

El Libro verde a continuación se refiere a los elementos que suelen caracterizar estas colaboraciones público. Privadas, en el bien entendido que el análisis del citado Libro Verde parte de las fórmulas de participación más complejas que puedan aparecer en la práctica:

- a) • La duración relativamente larga de la relación, que implica la cooperación entre el socio público y el privado en diferentes aspectos del proyecto que se va a realizar. Se han denominado “matrimonios de conveniencia”, al tratarse de cooperaciones en las que cada uno busca su propio interés de ahí que se precise de una ejecución a largo plazo
- b) • El modo de financiación del proyecto, en parte garantizado por el sector privado, en ocasiones a través de una compleja organización entre diversos participantes.
- c) No obstante, la financiación privada puede completarse con financiación pública, que puede llegar a ser muy elevada.
- d) • El importante papel del operador económico, que participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación). El socio público se concentra esencialmente en definir los objetivos que han de alcanzarse en materia de interés público,

2. el Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en materia de Contratación Pública y Concesiones (COM(2004) 327 final, de 30.4.2004 pretende analizar estas fórmulas de colaboración desde el punto de vista de la normativa europea de contratación pública

calidad de los servicios propuestos y política de precios, al tiempo que garantiza el control del cumplimiento de dichos objetivos.

- e) • El reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público. No obstante, las operaciones de CPP no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos. Dependerá del tipo de instrumento de colaboración que se adopte. Así el ejemplo, la concesión en su modalidad más tradicional involucran la asunción de la práctica totalidad de riesgos normales del proyecto por parte del contratista; en cambio, en colaboraciones más cercanas a la gestión directa, como puede ser un contrato de gestión de infraestructuras, el riesgo se invierte siendo soportado por el sector público.

En definitiva, estas técnicas de colaboración o participación público-privada son el fruto del pragmatismo que impera en estos momentos en el sector de las infraestructuras. Se ha pasado del dogmatismo en el mismo, con una clara y nítida separación entre *“técnicas de gestión directa”*, de ejecución por parte de la Administración, y *“técnicas de gestión indirecta”*, a través de la concesión clásica, a una mayor eficacia práctica en la construcción y ejecución de infraestructuras públicas, determinando previos análisis fundados y racionales la gestión de tal actividad debe corresponder al sector público o privado. Y una vez determinada si pública o privada, se pasa a estructurar el proyecto utilizando la técnica de colaboración más apropiada, y así seleccionar al contratista y fijar los mecanismos más adecuados para la gestión y el control de la actividad por el licitador. En definitiva, del *“riesgo y ventura”* de la concesión administrativa o de *“la intangibilidad de la remuneración del concesionario”* se ha pasado al principio de la *“cooperación pública-privada”*, como base para una asunción compartida de ciertos riesgos por parte del sector público y privado.

3.- MODELOS CONTRACTUALES MÁS USUALES DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADAS UTILIZADAS EN EL SECTOR DE LAS INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE.

Los modelos contractuales que se estudian a continuación responden a tipos contractuales de carácter genérico en los que hemos agrupado las distintas tipologías más utilizados en estas colaboraciones público privadas que se vienen presentando en la práctica y que responden a las técnicas que mejor se ajustan a la ejecución y gestión de la infraestructura que se pretende. Se trata de señalar las líneas principales de cada uno de ellos, indicando ejemplos que en diferentes países se hayan podido presentar, sin que se considere objeto del presente estudio entrar a analizar en profundidad el modelo de financiación que está detrás de cada una de las técnicas que se enumeran.

Todos ellos son modelos contractuales que responden a acuerdos o cláusulas por las que una administración, parte contratante, y un representante del sector privado, parte contratista, acuerdan su participación en el diseño, construcción, ampliación, e incluso su gestión o explotación de la infraestructura. Partiendo de la entidad pública o privada que asume el riesgo de la ejecución y explotación de la infraestructura y de la financiación presupuestaria o no por la que se asume la ejecución o mantenimiento de la infraestructura, las técnicas o modelos que nos podemos encontrar serían los siguientes de colaboración entre el sector público y privado son:

3.1 Contrato de mantenimiento y/o rehabilitación.

A través de estos contratos la Administración Pública encarga al sector privado la ejecución de un servicio que consiste en el mantenimiento y, en su caso, rehabilitaciones de una concreta infraestructura, como por ejemplo, una carretera, todo ello a cambio de un precio. La Administración carece de los medios oportunos para la realización de esta actividad y unido a una creencia de una mejor eficiencia en la ejecución del servicio por el sector privado, firma el oportuno contrato previa tramitación del oportuno procedimiento licitatorio.

El contratista en la ejecución de la prestación actúa por cuenta y en representación de la Administración. Ninguna duda plantea en este punto la

financiación la cual es una financiación presupuestaria como la de cualquier otro contrato, con una fiscalización previa a su contratación.

Pero ello no quiere decir que no se asumen riesgos por parte del contratista. Es en esta asunción de riesgos por parte del contratista en la que hay que residenciar la participación privada en el mantenimiento de la infraestructura. Dentro de esta modalidad de colaboración público- privada la asunción de riesgos por parte del contratista será mayor o menor en función de la forma de determinación del precio a satisfacer por el contratista. Si el precio a satisfacer se hace en función de las tareas concretas u operaciones de rehabilitación que lleve a cabo el contratista, el riesgo será menor por parte de ese contratista, y sin embargo si la retribución tiene carácter de periódica con independencia de los costes que suponga al contratista las labores de mantenimiento y de rehabilitación, la asunción de riesgos por parte del contratista es mayor.

Un ejemplo de este tipo de contratos en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía son los diferentes contratos que para el mantenimiento de carreteras se viene haciendo por la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Andalucía. En tal sentido basta señalar el último de los contratos licitados en este sentido, para la adjudicación del contrato de servicios de diversas operaciones de conservación en el área metropolitana de Sevilla ,en cuyo Pliego de Prescripciones Técnicas³ se enumeran las actividades que ha de llevar a cabo el contratista::

- Operaciones de Gestión y Vialidad (Operaciones GV)
- Operaciones de Mantenimiento y Mejora (Operaciones M)
- Instalaciones: Construcción de un Centro de Conservación
- Otras obligaciones: Ayudas o colaboración con la Administración para mejorar la gestión.

3.2 Contrato de gestión.

En estos supuestos la actividad que se contrata con el sector privado lleva consigo ya una participación del operador privado en la gestión de las

³ En el citado Pliego se hace un prolijo desarrollo de la conformación del presupuesto de adjudicación elaborado por la Administración contratante, sin perjuicio de la baja que pueda ofrecer el licitador, de tal forma que la oferta económica que se presente tendrá que hacer una evaluación de los riesgos que pretenda asumir, riesgos que de producirse podrían llevar aparejado una minoración en los ingresos a percibir por el adjudicatario

infraestructuras, si bien al igual que en el anterior la actividad a prestar por el contratista lo es a nombre y por cuenta de la Administración.

Este tipo de contratos, además de las actividades a las que se han aludido anteriormente respecto de las actividades de mantenimiento y/o rehabilitación, llevan aparejada la prestación de la gestión integral de la infraestructura, tales como recaudación de peajes sistemas de control de cargas, suministros de información de tráfico, atención a usuarios en general.... Como ejemplo de este tipo de contratos, podemos citar los contratos que para la gestión integral de carreteras se han venido celebrando tanto en el ámbito estatal como en los diferentes ámbitos autonómicos.

Un ejemplo completo de este tipo de contratos lo constituye el contrato de servicios que se contempla en lo dispuesto en la Ley 55/1999, en su artículo 60, que se ha denominado "*contratos de gestión de autovías*", por el que se adjudica a un privado la ejecución de actuaciones para mantener las autopistas en condiciones óptimas de viabilidad, incluyendo su conservación, explotación, adecuación, reforma, modernización, reposición y gran reparación, por un plazo nunca superior a 20 años, todo ello a cambio de un precio a abonar por la Administración, el cual podrá contemplar un sistema de reajustes. Las actividades que tiene obligación de acometer el contratista son, según el citado artículo

a) Redactará los proyectos necesarios conforme a los documentos indicados en el apartado cinco.

b) Satisfará las indemnizaciones de toda índole que procedan por razón de las expropiaciones y ocupaciones temporales necesarias para la ejecución de los proyectos.

c) Restablecerá, a su costa, las servidumbres existentes, cuando sea indispensable su modificación para la ejecución de los proyectos.

d) Ejecutará las obras para desviar el tráfico, cuando la naturaleza de las actividades lo requiera.

Al igual que en el modelo anterior, la participación privada tiene lugar no respecto de la construcción de la infraestructura sino en el mantenimiento y en la gestión integral de aquélla. En relación con la construcción de la obra estamos a lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y con la correspondiente financiación presupuestaria. En tal sentido, la Administración es la que sigue asumiendo los riesgos empresariales y comerciales por la construcción y explotación de la obra (riesgo de diseño y construcción, riesgo de tráfico o mercado). Sin embargo, la asunción de la gestión integral por parte del contratista de la infraestructura comporta ya, en relación con la oferta económica que presenta, la asunción de una serie de riesgos, que revelan ya una participación privada en la gestión de aquélla, participación más importante que la que se asume con relación al contrato anteriormente estudiado de mero mantenimiento y/o rehabilitación. Y todo ello a cambio del precio que percibe el contratista.

3.3. Contrato de construcción “llave en mano”.

Este tipo de contrato supone una evolución con respecto a los dos contratos anteriores. La participación privada a la que nos venimos refiriendo ya no solo aparece en el seno de la gestión y mantenimiento de la infraestructura sino que aparece en el momento ya de su ejecución. Recoremos que nos encontramos ante modelos de contratos que suponen una cierta evolución de los modelos contractuales tradicionales y, en tal sentido, no es equiparable al contrato de obra pública tradicional, sino que hay una mayor participación del sector privado como ahora podremos comprobar.

Por medio de esta modalidad la Administración contrata con el licitador, entidad privada, la ejecución de determinadas obras públicas, a cambio de un precio determinado, si bien de forma diferida o aplazada, al momento de la recepción de las infraestructuras.

Las principales diferencias que hay que reseñar respecto del contrato de obra pública son:

- 1.- La financiación de la construcción de la infraestructura corre a cargo del contratista que no recibe el precio sino hasta que finaliza la ejecución de la

infraestructura y la puesta en servicio de la misma, sin que haya abonos de precios parciales por medio de las certificaciones. El abono del precio comporta no solo el precio de la obra sino también el coste de la financiación de la infraestructura que se traslada desde el contratista a la Administración.

2.- Las prestaciones del contratista de este tipo de contratos son más amplias que las propias del contrato de obra pública, pudiendo incluir su proyecto, provisión de equipamientos para la posterior explotación de la infraestructuras, formación del personal y la asistencia técnica a la Administración, así como su explotación por un período relativamente corto.

Esta modalidad de colaboración público privada se caracteriza respecto de las modalidades anteriores en que las obras, o mejor dicho, durante la ejecución de las mismas, no tienen reflejo en los presupuestos del Estado, sino que tendrán reflejo en los mismos en anualidades futuras. La financiación del contrato sigue siendo presupuestaria, si bien la misma queda diferida al momento de recepción de la infraestructura.

Esta figura del contrato de llave en mano ha presentado diferentes variedades o modalidades en su utilización por las diferentes Administraciones, pudiendo señalarse las siguientes:

a) Contratos de obras con abono total del precio.

Dentro de esta variedad la administración contrata la ejecución de una determinada infraestructura mediante el pago de su precio a través de un pago único al tiempo de terminación de la obra, contraprestación que incluirá la que se corresponda a la financiación acordada por la Administración (intereses).

Esta fórmula es la que se recoge en el artículo 147⁴ de la Ley 13/1996, de fecha 30/12/1996 y desarrollada por el Real Decreto 704/1997, de 16 de mayo.

⁴ *Se considera como contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio aquel en el que el precio del contrato será satisfecho por la Administración mediante un pago único en el momento de la terminación de la obra, obligándose el contratista a financiar la construcción adelantando las cantidades necesarias hasta que se produzca la recepción de la obra terminada.*

b) Contratos de obras con abono de precio en cuotas periódicas

La Administración conviene con el contratista que el precio será abonado al momento de la finalización y realización de la obra, no en un único pago sino en sucesivas anualidades, con un plazo de hasta 15 anualidades.

Este modelo es el que tradicionalmente se conoce como “*modelo alemán*”, en el marco del desarrollo del programa de infraestructuras tras la reunificación alemana.

c) Contratos de obra con abono del precio en cuotas periódicas y gestión de la infraestructura durante un determinado plazo por parte del contratista.

Tras la terminación de la obra y hasta la entrega y recepción de la obra por parte de la Administración, el contratista se hace cargo también de la explotación, recibiendo un precio o contraprestación por la realización o explotación de aquélla por parte de la Administración. Es este un modelo muy utilizado en Francia conociéndose por la denominación “*marché d’entreprise de travaux publics*”.

Presenta similitudes muy importantes con una figura que abordaremos a continuación, en el estudio de las concesiones de “*peaje en sombra*”, si bien la principal diferencia la podemos apuntar ya: mientras que en estas últimas sigue rigiendo el principio del “riesgo y ventura” a cargo del contratista, en esta modalidad de llave en mano los riesgos de la explotación de ésta, en líneas generales, recaen sobre la propia Administración, no dependiendo de la utilización de la

. El contrato de obra pública bajo la modalidad de abono total del precio se regirá por lo previsto en el presente artículo, y con carácter supletorio se ajustará al régimen establecido en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en las demás normas que resulten de aplicación por razón de la materia.

Y respecto de la financiación presupuestaria se nos dice en el mismo artículo que: “*El compromiso de gasto previsto en este contrato por razón del pago del precio único, será objeto de adecuada e independiente contabilización. En los presupuestos de gastos del ejercicio en que haya de producirse la recepción de la obra, se consignará con carácter preferente el crédito necesario para amparar el citado compromiso de gasto*”.

infraestructura por parte de los ciudadanos la contraprestación que por parte de la Administración debe hacerse en pago de la gestión.

3.4 Contrato de arrendamiento financiero de infraestructuras.

Por medio de este contrato se procede a la construcción de la infraestructura y de sus equipamientos por parte del sector privado así como a su financiación y, posteriormente, son arrendados a la autoridades administrativas con transferencia de la propiedad a la finalización del contrato.

La diferencia fundamental con los anteriores contratos de *“llave en mano”* estriba en el momento de adquisición de la propiedad de la infraestructura por la Administración. A diferencia de lo que acontecía en aquéllos, en los que la propiedad se adquiría a la finalización de la construcción de la obra, sin perjuicio del pago diferido del precio del contrato, en los contratos de arrendamiento financiero o leasing la propiedad de la infraestructura se adquiere con ocasión del último pago, de la opción, perteneciendo al sector privado hasta ese momento. También se puede apreciar una diferencia respecto de otros contratos de *“llave en mano”* por cuanto la gestión de las infraestructuras nunca corresponde al contratista sino que la explotación de la misma corresponde a la propia Administración, según su correspondiente potestad autoorganizatoria.

Se trata de modelos de financiación que se corresponden más con países anglosajones, más lejanos de la teoría del dominio público, y no tanto con países más continentales, en los cuales encaja mal la utilización de un dominio privado para la prestación de un servicio público. Este ha sido el parecer del Consejo de Estado francés con ocasión del su dictamen 41 del año 1989 respecto de la financiación de la línea TGV Sudest.

Respecto al modelo de financiación presente indudables similitudes con el contrato de llave en mano anteriormente estudiado, por cuanto una vez construida la infraestructura y puesta en explotación es cuando comienza a parecer la financiación presupuestaria de la Administración. Hasta ese momento la financiación de la infraestructura ha sido por cuenta del sector privado.

3.5. Contrato de concesión.

3.5.1. Introducción.

Esta ha sido y seguirá siendo la modalidad por excelencia en la colaboración público privada en el diseño, construcción, financiación y gestión de proyectos de infraestructuras.

Sin embargo, las concesiones actuales han evolucionado respecto del modelo tradicional. Así ya no se trata del concesionario como empresa contratista de obra pública sino que las concesiones son en la actualidad negocios económico- financieros, en los cuales deben formar parte y de manera muy importante los agentes financieros, razón por la cual los proyectos deben ser atractivos para ese concreto sector. Aparecen así la ejecución de las infraestructuras soportadas por herramientas financieras en exceso complejas, siendo la herramienta más generalizada la del "*Project finance*".

Esta modalidad de financiación de un proyecto se caracteriza porque la amortización del principal y gastos de intereses de la financiación de una infraestructura pública se realiza con los "*cash flows*" generados por el propio proyecto en explotación. Las características principales de estas herramientas son:

- a) Devolución de la deuda basada en la capacidad futura para generar cash- flows.
- b) Proyección y anticipación de los cash flows.
- c) Financiación a largo plazo, con largos plazos de amortización.
- d) Exhaustivo análisis de riesgos y mitigación contractual de los mismos.
- e) Estructuras jurídicas y fiscales complejas.
- f) Diseño a medida del cliente.

Otra peculiaridad importante del contrato de concesión actual, lo constituye la evolución del principio clave del "*riesgo y ventura*" del concesionario, desde el modelo tradicional al modelo conceptual actual basado en la cooperación público privada. La Administración asume una mayor

participación tanto en las rentabilidades como en los riesgos que se asumen por la gestión de la infraestructura. El fracaso de proyectos emblemáticos como han sido los casos del “Eurotúnel” o el “enlace Orlyval”, por la dificultad de predecir los volúmenes de tráfico o niveles de uso han obligado a minorar los riesgos que la implantación del modelo tradicional de concesión ha llevado consigo.

3.5.2 Concepto.

En países como España, el concepto de contrato de concesión administrativa ha estado tradicionalmente ligado al contrato de gestión de servicios públicos. Mediante el mismo la Administración contrataba con un concesionario la gestión de una determinada actividad calificada de servicio público, por un período de tiempo, a cambio de unas tarifas por la explotación de aquél. La concesión como forma de gestión indirecta de servicio público se caracterizaba ya por el principio de riesgo y ventura a favor del contratista si bien éste debía ceder ante las necesidades inherentes al servicio público, lo cual mitigaba en ocasiones dicho principio. Ya en ese primer momento el contrato de concesión podía llevar aparejada la ejecución de obras accesorias y necesarias para la prestación del servicio público.

En un momento posterior, aparece ya la idea de la concesión no ligada necesariamente a un servicio público sino más bien ligada a la forma de financiación de una obra pública, de tal forma que el contrato de concesión de una obra pública llevaba aparejada la posterior explotación de ésta pero solo a los efectos de pagar el importe correspondiente al precio de la obra⁵. El contrato de concesión se sigue caracterizando por el principio del riesgo y ventura. Aparece así la financiación extrapresupuestaria de la infraestructura pública, asumiendo el contratista el riesgo y ventura tanto de la construcción

⁵ A este tipo de contrato de concesión respondía la redacción original del contrato de concesión de obras públicas de los artículos 130 y siguientes de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En el artículo 130, apartado 1 se nos decía: “*Se considera como contrato de concesión de obras públicas aquel en el que, siendo su objeto alguno de los contenidos en el artículo 120, la contraprestación a favor del adjudicatario consista en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado de percibir un precio*”.

como de la explotación, dependiendo todo de la rentabilidad de la explotación, o al menos, en su parte más importante.⁶.

Sin embargo, y como una tercera evolución en la utilización de la técnica concesional, el contrato de concesión para la prestación de servicios se generaliza para cualquier uso o explotación de infraestructuras preexistentes de la Administración, prestación que no reviste la naturaleza de servicio público, hablándose respecto de estas modalidades como concesiones de uso, normalmente ligadas al pago del correspondiente canon por la utilización de dicha concesión. Recordemos que tan costoso es la construcción de la obra pública como el mantenimiento de la misma, por lo que el recurrir a esta figura o técnica contractual permite financiar de forma extrapresupuestaria tanto la ejecución de la obra como la explotación de la misma.

3.5.3. La concesión en el ámbito de las infraestructuras de transporte.

En el ámbito pues de las infraestructuras, partiendo de las modalidades anteriores, la concesión ha consistido modalidad de financiación extrapresupuestaria de las infraestructuras, construyendo la infraestructura y explotando la misma para percibir la retribución por la ejecución de la obra por parte del concesionario, todo ello por el contratista en nombre y por cuenta propia, asumiéndole contratista, con carácter general, todos los riesgos normales de la operación. Se han caracterizado igualmente por la fuerte intervención de la Administración titular del servicio en la prestación de aquél, al cual se hace frente por parte de los usuarios mediante el abono de las correspondientes tarifas.

⁶ A este modelo de concesión es al que respondía la redacción original de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su artículo 130, al decirnos en su apartado 1 que :

“ Se considera como contrato de concesión de obras públicas aquel en el que, siendo su objeto alguno de los contenidos en el artículo 120, la contraprestación a favor del adjudicatario consista en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio”

El modelo tradicional de la concesión⁷, con su carácter de gestión indirecta y de financiación extrapresupuestaria de las infraestructuras ligadas a la misma, al recibir el contratista la contraprestación en concepto de tarifas por parte de los ciudadanos ha tenido que necesariamente evolucionar para irse adaptando a las necesidades reales de cada momento. Así, en esa evolución merece la pena que nos detengamos en dos momentos o aspectos importantes, desde el punto de vista de la financiación de las infraestructuras:

- a) Dado el carácter negativo que ha tenido y sigue teniendo el abono de peajes por parte de los usuarios de las infraestructuras, la Administración ha venido abonando los mismos, como si de un usuario o, mejor dicho, de todos los usuarios se tratase, en determinadas concesiones administrativas, fórmula que se ha venido conociendo como de *“los peajes en sombra”*, al no ser un pago directo realizados por los usuarios.

De tal forma de la financiación extrapresupuestaria de la concesión se ha pasado a una financiación presupuestaria de la explotación del servicio, como pago de la infraestructura llevada a cabo, a través de subvenciones asociadas al uso de la carretera. No se hace desaparecer el *“riesgo y ventura”* de la concesión, pero en vez de abonar el peaje los usuarios lo hace la Administración a razón de vehículos- kilómetro x tarifa unitaria, si bien esta fórmula puede complicarse en cada caso concreto. A diferencia de los contratos de *“llave en mano”* que como decíamos más arriba pudieran llevar aparejada la gestión de la infraestructura a cambio de un sistema de cuotas, en estos contratos de *“peaje en sombra”* el concesionario asume los riesgos de la explotación, ya que en función de ella se abonarán los peajes en sombra por la Administración.⁸

⁷ A este modelo tradicional respondía la figura concesional de las autopistas que se regulaba en la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, si bien en su regulación además de determinados beneficios fiscales se recogía alguna mitigación del riesgo y ventura mediante el abono de subvenciones al concesionario a plazo perdido.

⁸ Como ejemplos de estos peajes en sombra se puede citar su utilización por las Comunidades Autónomas de Madrid y Murcia. La primera la ha empleado en la construcción de la llamada M-45, entre otras. La segunda ha financiado a través de esta modalidad la carretera C-415, que une Alcantarilla con Caravaca de la Cruz. En esta última concesión, el Gobierno de Murcia se ha comprometido a pagar anualmente a los promotores de las obras un mínimo que se incrementará hasta un 3% si el tráfico es superior a las

- b) De la concesión tradicional, caracterizada por el principio del “*riesgo y ventura*”, se ha llegado a la concesión actual, como fórmula de colaboración público- privada más característica a día de hoy, donde dicho principio queda muy mitigado.

La concesión en la realidad actual como fórmula *estrella* de la participación público- privada en el diseño, construcción, financiación y explotación de proyectos de infraestructura⁹ presenta una serie de características que en este momento nos parece muy adecuado reseñar:

1.- Permite al Estado incorporar la participación privada en las fases de gestión y financiación de infraestructuras públicas.

2.- Genera mayores eficiencias en el diseño, construcción y operación de las infraestructuras y en su explotación.

3.- Permite liberar recursos públicos y destinarlos a satisfacer otras necesidades sociales más inmediatas socialmente hablando.

4.- Permite transferir al sector privado los riesgos que están bajo su control.

5.- Tiene efectos positivos sobre la creación de oportunidades de inversión para el sector privado.

6.- Permite la captación de ahorros extranjeros.

7.- Mejora la competitividad de las empresas.

4.- LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA REGULADA EN LA LEY 13/2003, DE 26 DE MAYO: UN ACERCAMIENTO A LA MISMA.

No se trata en este momento de proceder al estudio de la Ley 13/2003, por cuanto ello constituye el objeto de este libro y será objeto de su debido

estimaciones iniciales de la demanda. La sociedad concesionaria se debió financiar a través de un préstamo de Project Finance. El contrato tiene un plazo de concesión de 27 años y el plazo del préstamo es de 21 años.

⁹ En este sentido y en el ámbito de Andalucía cabe citar como ejemplos característicos de este tipo de participación los contratos de metros de las ciudades de Sevilla y Málaga, en cuyos Pliegos de Cláusulas Administrativas, Técnicas y en el propio contrato de explotación se puede apreciar el modelo que se ha asumido para la implantación y explotación de tales infraestructuras de transporte.

estudio y desarrollo en los capítulos siguientes. Pero si que se considera oportuno a la vista del objeto de este trabajo señalar como punto de partida e la presente obra, las líneas fundamentales del contrato objeto de regulación por la Ley 13/2003, desde el punto de vista que se ha trazado en las líneas anteriores.

Dentro del concepto de concesión como modelo contractual para el diseño, construcción, financiación y explotación de proyectos de infraestructura, el concepto que se recoge en el texto normativo responde, como no podía ser de otra forma al concepto más evolucionado de los expuestos anteriormente. Así, el artículo 220 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dispone que: *“Se entiende por contrato de concesión de obras públicas aquel en cuya virtud la Administración pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título”*.

De este concepto, el contrato de concesión de obras públicas regulado se caracteriza, en cuanto a nuestro estudio se refiere, por lo siguiente:

- Ya no se identifica el contrato de concesión como una forma de llevar a cabo la construcción y posterior financiación de la obra pública sino que el contrato de concesión de obra pública puede referirse en exclusiva a la explotación de la citada obra sin más.

Como nos dice el profesor EMBID IRUJO, la obra pública, a la vista de la regulación de la nueva ley, debe entenderse como sinónimo de bien inmueble de interés público sobre el que el concesionario realiza su actividad en virtud de un proyecto aprobado por la Administración y que es controlado y tutelado por ésta, sin que necesariamente debe incluir en su objeto para ser

contrato de concesión de obra pública la obligación de realizar y entregar la obra.

- Se ha superado también la identificación del contrato de obra pública como una forma de gestión indirecta de un servicio público. Al tiempo que se nos dice que el servicio a explotar puede tener el carácter de servicio público de naturaleza económica también la concesión puede tener por objeto la explotación el desarrollo de actividades o de servicios públicos de interés general. No es necesaria pues la publicación del servicio objeto de prestación.
- Se recoge también una importante novedad respecto de la retribución a percibir por parte del contratista: además de los ingresos derivados de la explotación del servicio, público o de interés general, y de un posible precio, el concepto de concesión de obras públicas deja abierta la posibilidad de abono de otras modalidad de contraprestaciones a las que a continuación nos referiremos.

Este último aspecto nos permite afirmar que, bajo la modalidad de concesión de obra pública, la nueva regulación proyectada en el Título V del Libro II del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se a carta de naturaleza a proyectar fórmulas de colaboración público privada muy variadas, en función de cada proyecto en particular¹⁰, fórmulas que incluso en algún supuesto pueden considerarse como que no se corresponden con el concepto de concesión de obra pública. Así, el artículo 220, apartado 2 nos dice a continuación:

“La construcción y la explotación de las obras públicas objeto de concesión se efectuarán a riesgo y ventura del concesionario, quien asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación en los términos y con el alcance establecidos por esta Ley, lo que será en todo caso compatible

¹⁰ Para completar este comentario se hace preciso recordar como la propia Ley 13/2003 en la nueva redacción dada a los artículos 130 y siguientes, al referirse a ala financiación de la obra pública mediante concesión de dominio público, recoge una nueva forma de colaboración pública- privada ya para la ejecución de la tradicional obra pública. Así se nos dice que tanto la construcción y/o la conservación de la obra pública puede contratarse consistiendo la contraprestación en una concesión de dominio público en la zona de servicios o en el área de influencia en que se integra la obra.

con los distintos sistemas de financiación de las obras que en ella se regulan y con las aportaciones a que pudiera obligarse la Administración concedente”.

A dicho principio de riesgo y ventura existen otros artículos de dicho título que nos recuerdan que el mismo forma parte necesaria de todo contrato de concesión de obra pública. Y en la propia Exposición de Motivos de la Ley, al tiempo que nos recuerda dicho principio, añade la razón de ser la citada compatibilidad con otros sistemas de financiación y otras aportaciones a que pudiera obligarse la Administración concedente, al decir que *“Evidentemente, en un contrato de larga duración por naturaleza, la asunción del riesgo, ante la imposibilidad de predecir con un margen de error el futuro, no puede transformar el contrato en un negocio aleatorio por lo que en coherencia se impone moderar adecuadamente los límites del riesgo, si se quieren atraer la participación del capital y la iniciativa privada en inversiones cuyo volumen exige el esfuerzo compartido de los sectores público y privado”.*

El Consejo de Estado¹¹ en su dictamen en relación con el proyecto de Ley reguladora de la concesión de obra pública llamó la atención sobre la regulación que al respecto se recoge en el citado Título V. Baste indicar lo siguiente: *“El Consejo de Estado considera que tal planteamiento, que es sin duda legítimo (las ayudas públicas), debería ser objeto de una regulación general y rigurosa a fin de evitar que el riesgo de la gestión concesional se traslade a la Administración Pública en virtud de interpretaciones extensivas y aplicaciones inadecuadas de las que pueda seguirse un aseguramiento público y generalizado de tales riesgos”.*

Es por tanto, al regular la forma de financiación de estos proyectos de concesión de obra pública, el lugar donde se puede apreciar esa colaboración público privada para la construcción y explotación de estas infraestructuras del transporte. Y, sin perjuicio de lo que se desarrollará en próximos capítulos de esta obra, y en nuestra intención de dejar meramente apuntados los elementos esenciales de la regulación de esta modalidad contractual hemos de decir lo siguiente.

¹¹ Dictamen de 5 de diciembre de 2001.

El punto de partida necesario es el artículo 220, apartado 4 en el que se nos dice: *“El sistema de financiación de la obra y retribución del concesionario se determinarán por la Administración concedente con respeto a los objetivos de estabilidad presupuestaria y atendiendo a criterios de racionalización en la inversión de los recursos económicos, a la naturaleza de las obras y a la significación de éstas para el interés público”*. Y en la regulación del propio contrato se establecen diferentes regulaciones referentes a la financiación de la obra y a las ayudas de las Administraciones denominadas aportaciones. Entre las primeras, interesan destacar la emisión de títulos y obligaciones, y los préstamos participativos, los cuales representan una participación en los derechos de crédito del concesionario y su participación en los ingresos del concesionario, así como la posibilidad de hipotecar la concesión, garantizando los créditos derivados de la concesión.

Entre las segundas, la regulación de las aportaciones de la Administración, las mismas se regulan en los artículos 245 a 247, bajo la denominación de aportaciones para la construcción de la obra, retribución por la utilización de la obra y el más genérico, de aportaciones públicas a la explotación de la obra. Este último¹² es el que permite afirmar que dado el carácter indeterminado del mismo, y de las figuras que en el mismo se recogen, el principio de riesgo y ventura pudiera llegar incluso a desaparecer, por lo que no nos encontraríamos ante un contrato de concesión de obra pública, sujeto al principio de riesgo y ventura sino ante otra modalidad de participación público- privada en la ejecución de infraestructuras públicas.

¹² Este artículo dispone: *“Las Administraciones públicas podrán otorgar al concesionario las siguientes aportaciones a fin de garantizar la viabilidad económica de la explotación de la obra:*

- a. Subvenciones al precio, anticipos reintegrables, préstamos participativos, subordinados o de otra naturaleza, aprobados por el órgano de contratación para ser aportados desde el inicio de la explotación de la obra, o en el transcurso de la misma cuando se prevea que vayan a resultar necesarios para garantizar la viabilidad económico-financiera de la concesión. La devolución de los préstamos y el pago de los intereses devengados en su caso por los mismos se ajustarán a los términos previstos en la concesión.*
- b. Ayudas en los casos excepcionales en que, por razones de interés público, resulte aconsejable la promoción de la utilización de la obra pública antes de que su explotación alcance el umbral mínimo de rentabilidad.”*

5. DISEÑO, CONSTRUCCIÓN, FINANCIACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURAS A TRAVÉS DE ENTIDADES INSTRUMENTALES CONSTITUIDAS POR LA ADMINISTRACIÓN Y SU RELACIÓN CON LAS FÓRMULAS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADAS.

Ha sido una práctica generalizada en el ámbito de las Administraciones Públicas, estatal y autonómicas, la creación de entidades de titularidad pública, bien bajo personificaciones públicas bien personificaciones privadas, a las que se les asigna la competencia, se les atribuye o se les delega, el diseño, la construcción, mantenimiento, rehabilitación, ampliación, gestión y/o financiación de infraestructuras públicas.

El presente trabajo escapa al estudio de esas distintas tipologías de entidades que responden, en líneas generales, a la propia potestad autoorganizatoria de cada Administración Pública, así como a la naturaleza de su actividad en la ejecución de dichas infraestructuras. Lo que en este momento nos interesa dejar claro es que la participación público privada que hemos venido analizando en este trabajo, en líneas generales, viene a ser la misma, haya o no haya una personificación pública o privada entre la Administración Pública competente y el operador privado. Si así la hubiese sería a ésta la que correspondería analizar y gestionar el proyecto de ejecución de dicha infraestructura, como entidad interpuesta.

Además de todo lo dispuesto más arriba respecto de las fórmulas de participación o colaboración público privada, solo apuntar un dato que ha influido significativamente en la aparición de este tipo de entidades instrumentales: la posibilidad de recurrir al endeudamiento como fórmula de obtención de financiación para la ejecución de estos proyectos y con la garantía del carácter público del cometido de estas entidades. Ahora bien, la nueva regulación del sistema europeo de cuentas (SEC 95), que tiene por objeto el armonizar las cuentas y estadísticas que rinden a la Unión Europea las Administraciones Públicas, se ha considerado como una nueva regulación que *“ha minimizado”* una serie de ventajas que tendía, desde el punto de vista del endeudamiento presupuestario, la utilización de estas figuras

instrumentales para la ejecución y explotación de estas infraestructuras de transporte.