Muy buenas, comenzamos la semana con una colaboración de nuestro amigo Borja Colón sobre los CCPs una fórmula contractual, cuyo uso aun no se ha extendido a la Administración local, pero que se configura como un instrumento que está ahí, pero que sin embargo no es la "panacea" que algunos pretenden. Como siempre muchas gracias a @borjacolon por su colaboración, recordando a los que queráis participar que podéis remitir vuestras aportaciones a participacion@fiscalizacionlocal.es

Leave This Blank: Leave This Blank Too: Do Not Change This:
http://

Tu correo electrónico:
Introduce tu

Suscribirme Cancelar suscripción

LUCES Y SOMBRAS DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EUROPEA: ALGUNAS RECOMENDACIONES SOBRE SU POSIBLE REFORMA.

I.- INTRODUCCIÓN.

Según *Business Europe*, actualmente se recurre a fórmulas de colaboración público-privada (en adelante, CPP[1]) en apenas un 4% de los proyectos de infraestructuras del mundo. El Reino Unido es el Estado miembro de Europa que firma más contratos CPP, el 58 % del total europeo, siendo Alemania, España, Francia, Italia y Portugal los otros principales usuarios de la herramienta CPP.

Dado que la OCDE considera que los costes anuales de carreteras, ferrocarriles, electricidad y agua representarán en 2030 el 2,5 % del PIB mundial, es imperativo que las autoridades públicas pongan en práctica todas las formas posibles de contratos que permitan responder a las aspiraciones y necesidades de los servicios e infraestructuras públicos. El impacto histórico de los contratos de concesiones y de CPP es, ante este problema, una realidad insoslayable porque demuestra que movilizando competencias, energías y capitales las CPP respaldan firmemente el crecimiento económico, y tanto más cuando que se ha de integrar en la reflexión la esperada reducción de los presupuestos de inversión en el marco de los planes de austeridad de casi todos los países europeos.

II.- SOMBRAS DE LOS CPP.

Los argumentos esgrimidos en favor de las CPP se exponen ampliamente en la Comunicación de la Comisión de fecha 19 de noviembre de 2009 denominado "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)"[2]. Sin embargo, en este documento no se subrayan los fracasos de determinados proyectos de CPP, que los hay. Estos fiascos cabe atribuirlos, con carácter general, a las siguientes causas:

1. Algunos proyectos se llevan a cabo a través de CPP, aunque no sea éste el instrumento adecuado para ellos. A este respecto cabe señalar que una transferencia que abarca distintas fases de generación de valor añadido a las empresas privadas, unida a una atribución de los riesgos (costes) a estas empresas, no reporta necesariamente ventajas en términos de eficiencia[3].

1. Se han llevado a cabo determinados proyectos de CPP que han dado lugar a un aumento de los costes, a pesar de ello, y teniendo en cuenta las normas presupuestarias de Eurostat en vigor, con las CPP (en las que las inversiones en el sector de la construcción al inicio del período de vigencia del contrato se financian en primera instancia con capital privado), los proyectos (de infraestructuras) pueden realizarse antes, si se compara con la ejecución convencional con cargo a la financiación presupuestaria[4].

1. La transparencia de algunos contratos CPP, incluida la subcontratación a otras empresas, ha sido en algunos casos insuficiente.

1. El hecho de que sea insuficiente la transparencia de los contratos, de los estudios de viabilidad económica, de los informes de resultados, etc., no permite mantener bajo control los diversos problemas de oportunismo que se plantean en estos contratos complejos.

1. En ciertos casos, se hace patente la ausencia de una verdadera evaluación previa que permita una elección objetiva tanto del procedimiento de CPP como del adjudicatario del contrato.

1. En otros casos, se hecha de menos una auténtica distribución de los riesgos entre el sector público y el privado basada en el principio de auténtica asociación entre las partes implicadas.

1. Y, por último, existen lagunas en el control por parte de las autoridades públicas competentes, en particular en lo que se refiere a las consecuencias para los presupuestos públicos y la calidad de las prestaciones.

En base a todo lo anterior, no podemos concluir sin miedo a equivocarnos que las diferentes fórmulas de CPP que se vienen utilizando durante los últimos años no son ajenas a las desviaciones que, asimismo, sufren los demás contratos típicos, y éste, con más razón, habida cuenta de los innumerables intereses en juego que orbitan en torno a esta figura, tan confusa como paradigmática para unos, y tan eficiente y beneficiosa para otros. Veamos,

pues, qué elementos positivos reporta su utilización por parte de las Administraciones Públicas que han hecho de ella su principal valedora.

III.- LUCES DEL CPP.

Con demasiada frecuencia se tiende a considerar que el primer argumento que ha de tenerse en cuenta en la eventual elección de un contrato de CPP es el presupuestario. No obstante, y sin pretender ocultarlo, parece que un examen profundo y la experiencia adquirida demuestran que no es, habida cuenta del balance económico general, el elemento fundamental.

El primer argumento que puede justificar el recurso a una CPP es la optimización del factor tiempo. Todos los observadores imparciales atentos a las operaciones de CPP observan que:

1. El recurso a una CPP permite iniciar un equipamiento público con mucha más celeridad que los procedimientos clásicos[5].

1. Con frecuencia se mejoran los plazos de preparación y de estudios con relación al contrato público clásico en la medida en que todas las elecciones que derivan de sus competencias han sido realizadas por el cliente público.

1. Los plazos de realización se cumplen mejor debido a una mayor responsabilización de los ejecutantes.

Estos beneficios potenciales sobre los plazos deberían poder considerarse como el activo principal del contrato de CPP, aunque a veces puedan parecer contrarios a las prácticas tradicionales de los contratistas y de la utilización que hacen, casi rutinaria, de los procedimientos clásicos. En particular, y en un período de planes de reactivación y de salida de crisis como el actual, la CPP puede ser un acelerador formidable para la ejecución de las decisiones tomadas y una herramienta de primer orden para darle al efecto de reactivación esperado la velocidad que multiplicará los resultados.

El segundo argumento en favor de la CPP es su capacidad natural para favorecer la coherencia de un proyecto, y con ella la eficacia económica máxima para la colectividad. Esto se debe, como se señala en el texto de la Comisión antes apuntado, a una integración más completa de la cadena de producción, desde la concepción hasta el mantenimiento y la explotación, pasando por la realización propiamente dicha de la infraestructura en cuestión. Por su naturaleza, en este contexto, el proyectista sabe que debe optimizar los procesos y la calidad de la construcción, dado que a continuación tendrá que asumir su explotación a largo plazo y que, al término de su contrato, deberá dejar al ente público una obra en buen estado de funcionamiento que respete las normas y reglamentaciones de ejecución. Su planteamiento es, por ello, naturalmente integrador, lo que resulta mucho más difícil de obtener en el caso típico de los contratos públicos de una división de las tareas y responsabilidades correspondientes.

Y el tercero de los principales argumentos que justifican el recurso a las CPP es obviamente el de la financiación. Cabe imaginar fácilmente el caso de un responsable público, administrador de un presupuesto del que conoce los límites, que busca los medios para realizar un equipamiento que la colectividad para la que trabaja necesita: puede hallar en el contrato CPP la solución financiera a un problema que sería irresoluble en el marco de sus procedimientos presupuestarios.

Antes de abordar las propuestas que podríamos formular para ampliar las soluciones financieras de la CPP en general, cabe reflexionar, ante este tipo de situación, sobre los límites –que todo el mundo conoce desde hace tiempo, sin atreverse a tocarlos– de las normas de la contabilidad pública en casi todos los países europeos y, en particular, de la imposibilidad "contable" de mantener a lo largo de su tiempo de utilización normal, la consideración del coste de una inversión pública.

La financiación mediante un contrato de CPP, que permite a la colectividad distribuir un gasto durante toda la duración normal de amortización, ¿no es un primer paso hacia una modificación, deseada por muchos, de las normas de contabilidad pública, que frenan cada vez más decisiones y que nunca reflejan las realidades patrimoniales con frecuencia evidentes? Fomentar, a través del modelo de la CPP, el lanzamiento de una reflexión política sobre este tema, podría representar para la Unión Europea una manera de demostrar pragmatismo.

Además, en algunos países, la introducción de la CPP se ha presentado como un primer paso hacia la necesaria reforma de la gestión pública y de las herramientas que utiliza.

Antes de adoptar decisiones políticas de amplio alcance, se debe realizar un estudio de impacto global y una evaluación independiente sobre las ventajas e inconvenientes de los proyectos de CPP, consultando y valorando las propuestas de los interlocutores sociales, incluidas las organizaciones representativas de las PYME.

En este sentido y, en definitiva, las reflexiones que podemos hacernos en torno a las CPP deberán orientarse hacia dos cuestiones fundamentales: las que se refieren a su financiación, y las que se refieren a su régimen jurídico.

IV.- ASPECTOS A MEJORAR DEL CPP.

En el plano financiero se ponen de relieve cuatro pistas esenciales. En primer lugar, la definición de CPP en los procedimientos Eurostat debe revisarse de manera que en las cuentas públicas los compromisos públicos de pago vinculados a los proyectos de CPP se consignen de manera similar a las obligaciones de pago en el caso de los contratos públicos clásicos en el marco del endeudamiento público.

Por otro lado, el papel de los Fondos Estructurales ha sido irrelevante hasta ahora en la financiación de las CPP: ¿no resulta esto paradójico cuando existe de por sí una concordancia perfecta entre los objetivos que se persiguen? Aunque ya haya habido en este

contexto algunas experiencias, es probable que se pueda hacer mucho mejor, y sin duda haciendo más pedagogía con los Estados y los entes públicos potencialmente interesados para que tengan una percepción global de la herramienta CPP, capaz de asociarse a todo tipo de financiación pública, y prioritariamente, por supuesto, a las procedentes de las autoridades europeas.

En tercer lugar, y como propone la Comisión, el hecho de pedir al BEI que desempeñe, dentro de sus competencias, un papel de pivote en la política de financiación de la CPP en Europa debe imponerse como algo evidente, a la vez con un papel de coordinación y asesoramiento en las acciones emprendidas en este ámbito y también con un papel de acompañamiento de los montajes financieros, que requieren en el actual período de crisis cada vez más competencias y conocimientos técnicos.

Finalmente, el examen de la CPP pone de manifiesto que, a nivel financiero, sus características básicas (larga duración, signatarios públicos de primera calidad) la convierten en una herramienta potencial excepcional para captar ahorro en el mercado, incluido el vinculado a la preparación de la jubilación. Algunos países trabajan ya activamente en la creación de uno o más fondos especializados con acceso al mercado financiero para la refinanciación, después del período de construcción (y, por consiguiente, al margen de los correspondientes plazos y costes), de las operaciones de CPP.

Por otro lado, en el plano jurídico y reglamentario se debe seguir trabajando de manera continua para que las CPP únicamente se utilicen cuando éstas –en determinadas condiciones marco establecidas políticamente y tras haberse estudiado con detenimiento teniendo en cuenta los costes de transacción, los problemas ligados a la renegociación de los contratos, etc.– lleven a una reducción de los costes.

Simultáneamente, deberán eliminarse los incentivos de prefinanciación, lo que apunta una vez más a la urgencia de una reflexión sobre la reforma de los criterios de Eurostat. El examen de las CPP demuestra que algunas de éstas, en razón de su complejidad intrínseca unida a su falta de transparencia en algunos casos y países (respecto de los contratos, los estudios de viabilidad económica, etc.) se sustraen a los controles democráticos.

En relación con el régimen jurídico concreto de los CPP a nivel europeo, no contamos con ninguna definición precisa de lo que es, en definitiva, un CPP, en relación con el conjunto de disposiciones que regulan los contratos públicos, las concesiones y todo lo que atañe a la realización de las infraestructuras.

Habida cuenta de la experiencia adquirida en los numerosos países que ya se sirven de CPP, parecería que esta ausencia de definición precisa a nivel europeo no es de ningún modo un obstáculo para el desarrollo de las operaciones ni para su seguimiento por las autoridades europeas. Si se deduce del silencio de la Comisión que no siente la necesidad de una definición más precisa. Parece ser que, además, el Comité Económico y Social Europeo comparte este punto de vista, que deja a los Estados miembros el control de una definición adaptada a su contexto particular y a sus costumbres al respecto. Este punto de vista deja así abierta la cuestión del mantenimiento tal cual de algunos textos actualmente en vigor, y

cabe recordar que una reciente votación del Parlamento Europeo recomienda, en el ámbito de los contratos públicos, utilizar en primer lugar los textos existentes en lugar de intentar elaborar otros nuevos.

En este contexto, parece conveniente conservar la Directiva 2004/18CE que trata únicamente de la concesión de obras, por lo que se refiere a la forma de adjudicación de tales concesiones de obras, sin completarla con una definición de las CPP, cuya reglamentación sigue siendo competencia de los poderes públicos de cada Estado miembro de la UE. En este sentido, en ella se define la concesión de obras públicas como "aquel contrato que presente las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, bien únicamente en el derecho a explotar la obra, bien en dicho derecho acompañado de un precio".

La definición de la concesión de servicios se da de manera idéntica (la palabra "servicios" sustituye a la palabra "obras"), pero la Directiva no prevé nada con respecto a las condiciones para su atribución, mientras que sí hay un capítulo dedicado a los procedimientos de adjudicación de las concesiones de obras. Las definiciones precedentes no entran, expresamente, en detalles de precisiones consideradas de carácter nacional y que harían en la práctica imposible toda convergencia en un texto común.

Sobre la base de observaciones pragmáticas, debemos entender que no es necesario disponer de una definición más detallada del concepto de concesión (a saber, un contrato a largo plazo que incluye la concepción, la construcción, la financiación, la gestión o el mantenimiento de una obra o de un servicio público), dado que la situación actual desempeña un eficaz papel de cobertura de todos los tipos de contratos públicos, diferentes de los contratos públicos clásicos, sometiéndolos a un mínimo de normas europeas de adjudicación.

Así pues, podemos concluir, *a priori*, que es mejor evitar legislar en este ámbito, que rápidamente puede pasar a ser de una extrema complejidad, en la medida en que los interesados disponen actualmente en todos los Estados miembros, y según sus tradiciones nacionales, de contratos de CPP en sentido amplio (concesiones de pago privado por el usuario, contratos de colaboración de pago público y otros contratos de colaboración público-privada), que responden correctamente a los problemas planteados.

Por otro lado, y en relación con la aplicación de los procedimientos vinculados a la utilización de los CPP, debemos concretar mejor tres cuestiones inherentes a los mismos. En primer lugar, y en relación con la denominada "evaluación previa", la necesidad de justificar el recurso a un determinado procedimiento más que a otro debería convertirse en norma imperativa para todo lo que se refiera a la adjudicación de contratos públicos. En efecto, no hay un medio mejor, para la autoridad de contratación, que medir el impacto -o, más bien, los impactos– de la decisión que se está preparando. El carácter obligatorio de la publicación de los resultados de esta evaluación previa sería, en muchos casos, un gran paso adelante hacia la transparencia, tan necesaria cuando se buscan soluciones optimizadas y un mayor rigor en la competencia[6].

En segundo lugar, y respecto al diálogo competitivo, debemos considerarlo como un planteamiento distinto de la simple negociación bilateral utilizada para cerrar los procedimientos clásicos, se utiliza actualmente en gran medida –es incluso obligatorio en algunos países– para la atribución de los contratos de CPP, en sentido amplio. Consiste, después de una primera opción previa hecha por el cliente, en poner a punto el contrato final, dialogando con el o los dos socios seleccionados, por iteración y mejoras sucesivas de los datos del contrato.

No obstante, un examen exhaustivo del uso que actualmente se hace, pone en evidencia varios hechos:

1. Algunas instituciones públicas, poco habituadas a este procedimiento, entablan diálogos competitivos mal preparados que conducen a cuestionamientos serios de los elementos del contrato en curso de preparación, a plazos excesivamente largos y a solicitar detalles a veces exageradamente precisos a las empresas en la fase final;

1. Los contratistas públicos a veces se sienten tentados de viciar la utilización de este procedimiento para no respetar los derechos normales de la propiedad intelectual ni de la protección de las ideas innovadoras.

Es cierto que las ideas expuestas están en principio protegidas por la confidencialidad de las ofertas, pero la experiencia concreta demuestra que esto no es así y que se puede fácilmente recurrir a "fugas" indetectables, lo que no es en realidad más que una maniobra contraria a la ética. Una armonización del marco contractual de la UE debería tener en cuenta los medios necesarios para proteger la propiedad intelectual, garante en sí misma de los progresos de la innovación.

Finalmente y para respetar la transparencia y las exigencias de control, es necesario realizar sistemáticamente un censo de las operaciones de CPP y el seguimiento de su ejecución a nivel nacional y europeo. Esta misión, más allá de la misión atribuida al BEI, debe encomendarse a una organización neutral que no muestre en la evaluación ninguna inclinación sistemática a preferir o descartar la utilización de las CPP, pudiéndose realizar, pues, la misma por un grupo de expertos.

V.- CONCLUSIONES.

La Comunicación de la Comisión de fecha 19 de noviembre de 2009 denominado "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)" es un texto de gran actualidad en un contexto como el actual de crisis financiera. En este sentido, es necesario seguir desarrollando el marco institucional a fin de impulsar las diferentes fórmulas de CPP y aprovechar las oportunidades y ventajas que conllevan, así como para atenuar los problemas encontrados en las mismas.

No se puede, por otro lado, despreciar las posibilidades que ofrecen las CPP para contribuir

al desarrollo de las infraestructuras públicas y, de esta manera, al progreso económico de la Unión Europea. Por lo que respecta a las CPP, Europa debería dotarse de los medios necesarios para extraer enseñanzas de las dificultades halladas a veces en el pasado y mejorar así los dispositivos de control existentes y a tomar nota sistemáticamente de los resultados finales de las operaciones.

Existen numerosas herramientas jurídicas comunitarias y nacionales, de tal forma las definiciones actuales que recoge la Directiva 2004/18/CE no deben modificarse ni completarse; cada Estado miembro será así libre de adoptar una definición jurídica de la CPP más adaptada a su contexto específico y a las buenas prácticas registradas. Debemos optimizar, pues, los medios existentes precisando y mejorando algunos aspectos y utilizando competencias existentes, como la plataforma BEI en el ámbito de la financiación, reforzando el papel del grupo de expertos que contribuiría con mayor fuerza aún a popularizar los métodos contractuales, a reunir, promover y valorizar las buenas prácticas y dialogar con el sector privado a nivel europeo creando un grupo "homólogo" de expertos privados.

Finalmente, el desarrollo de la transparencia, de la evaluación previa basada en el coste global, de los análisis de los éxitos y fracasos y el respeto de las legislaciones deben constituir pistas para estudios futuros, siendo preciso reflexionar para poner en funcionamiento un mecanismo potente de refinanciación de las CPP una vez agotado su período de construcción, al objeto de movilizar el mercado de obligaciones tan paralizado al respecto.

---

[1] Utilizaremos el término "CPP", de forma indistinta, en masculino como en femenino, para hacer alusión tanto a los contratos como a las fórmulas que subyacen a cualquier tipo de relación entre el sector público y el sector privado.

[2] La Comisión señala, en particular, que tiene la intención de buscar nuevos medios para favorecer el auge de las CPP. Su Comunicación debería completarse con propuestas para seguir desarrollando el marco institucional, que serviría para reducir los problemas y desventajas de las CPP. Los argumentos en favor de las CPP mencionados en la Comunicación son los siguientes:

1. Reducir los gastos en infraestructuras, aprovechando la eficiencia económica y el potencial innovador de un sector privado competitivo;
2. Repartir el coste de financiación de la infraestructura a lo largo de toda su vida útil;
3. Mejorar la distribución de riesgos entre los participantes públicos y privados;
4. Impulsar los esfuerzos en materia de viabilidad, innovación e investigación y desarrollo;
5. Ofrecer al sector privado un papel fundamental en el desarrollo y la aplicación de estrategias a largo plazo para grandes programas industriales, comerciales y de infraestructuras;
6. Ampliar las cuotas de mercado de las empresas europeas en el ámbito de la

contratación pública en los mercados de terceros países.

[3] En este sentido, sería lógico pensar que los aumentos de la eficiencia podrían ser posibles en casos muy restringidos si se dan una serie de condiciones: un entorno con un grado escaso de incertidumbre, un potencial elevado de optimización entre las fases de generación de valor añadido, que no exista un nivel demasiado bajo de intensidad de la competencia, que se disponga de conocimientos técnicos en el sector público para seguir la evolución, la adjudicación y el control del contrato, y otros elementos relacionados.

[4] No obstante, las CPP, en las que la remuneración abonada al contratista procede del presupuesto, pueden traducirse indirectamente en un aumento del endeudamiento público, ya que, al igual que en el caso de los empréstitos públicos, de determinadas CPP se derivan compromisos futuros de pago que limitan la flexibilidad de los subsiguientes legisladores presupuestarios.

[5] Esta ventaja de tiempo genera una «utilidad social» que aún no se sabe medir bien, pero que es, obviamente, importante. Esta utilidad social se traduce en general en un aumento de la actividad económica, generando así ingresos fiscales que permiten reducir el esfuerzo financiero de la colectividad.

[6] En Francia, por ejemplo, la evaluación previa se hace teniendo en cuenta cuatro criterios: el coste global, la transferencia de riesgos, el desarrollo sostenible y el rendimiento que aporta el contrato.