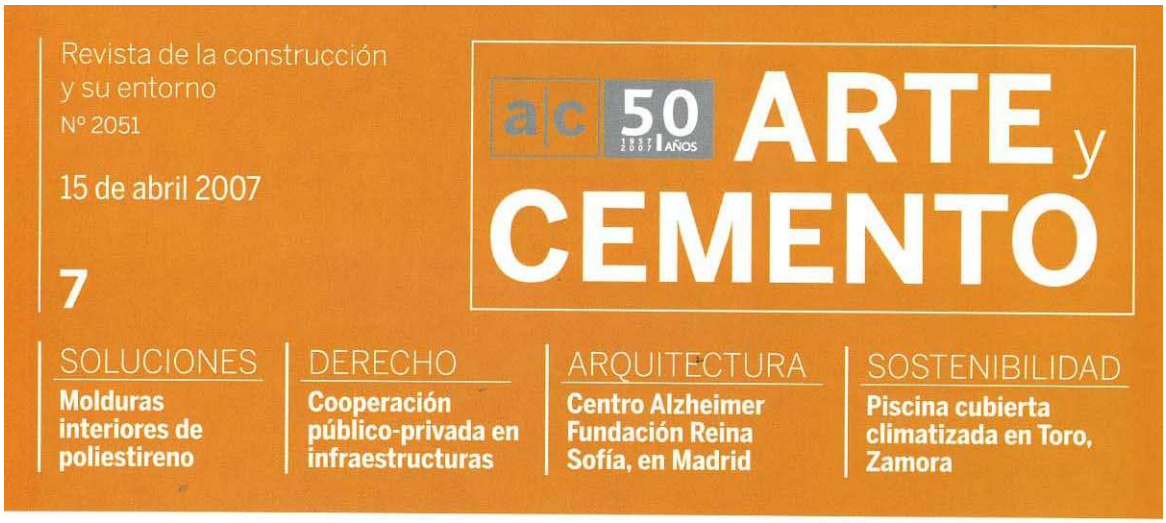
BOOK DE PRENSA

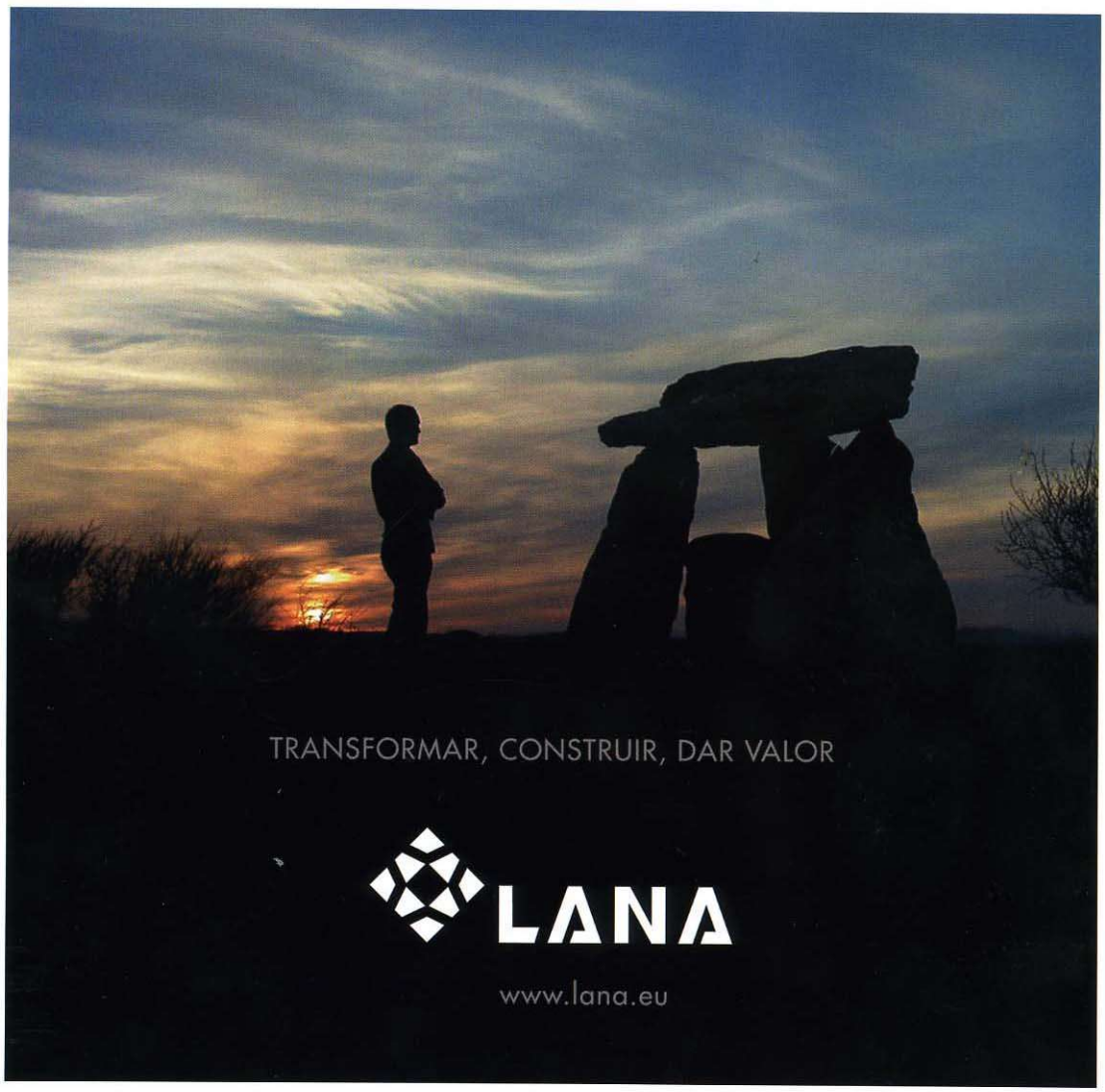
Fecha: 15.04.07 2007

LEXLAND ABOGADOS

Medio: Arte y Cemento **Seccción:** Derecho

Temática: Portada / La cooperación público-privada en infraestructuras y servicios públicos: el sistema PPP





Medio: Arte y Cemento Seccción: Derecho

Temática: La cooperación público-privada en infraestructuras y servicios públicos: el sistema PPP

La cooperación público-privada en infraestructuras y servicios públicos: el sistema PPP

Los PPP –o P3– implican al sector privado en el diseño, construcción, mantenimiento, refacción, gestión y/o financiación de infraestructuras, transfiriéndole riesgos y responsabilidades, pero manteniendo el control.

DIFÍCILMENTE CONSEGUIREMOS sorprender a nadie poniendo de manifiesto que una adecuada dotación de las infraestructuras básicas –principalmente transporte, energía y telecomunicaciones– genera un impacto altamente positivo en el desarrollo de las economías nacionales, en la medida que repercute en su productividad, crecimiento económico y competitividad, proporcionando, al tiempo, mejoras sustanciales en la calidad de vida de la población.

Siendo, la anterior, una realidad incuestionable, no es menos cierto que los problemas de control presupuestario y de endeudamiento público han determinado que cada vez resulte más complicado obtener recursos de las arcas públicas, sea para acometer el desarrollo de nuevas infraestructuras, sea para mantener y/o mejorar las preexistentes, obligando a buscar fórmulas alternativas de financiación que permitan la canalización de recursos procedentes del sector privado para sacar adelante proyectos que, por sí solos, los Estados no podrían asumir sin incrementar sensiblemente su nivel de endeudamiento.

Junto a lo anterior, la menor eficiencia comparativa de los modelos de gestión pública de infraestructuras y servicios, unida a la insatisfacción creciente de la ciudadanía respecto de las condiciones de prestación de los servicios públicos, ha impulsado decididamente la entrada de capital y de criterios de gestión privados en ámbitos históricamente públicos, instrumentándose este proceso a través de, entre otros mecanismos:

- La privatización, a través de la enajenación directa de activos y/o de participaciones accionariales de empresas públicas.
- La liberalización de ciertos sectores, permitiendo la coexistencia de mecanismos públicos y privados en un régimen de libre mercado.
- La realización de reformas institucionales para adoptar, en el marco de empresas públicas, criterios de gestión empresarial privada.
- La colaboración público-privada para el diseño, construcción, financiación y gestión de infraestructuras según lo que se denomina modelo PPP (Public-Private Partnership).

En los sistemas PPP se dan manifestaciones de colaboración entre entes privados y públicos

Medio: Arte y Cemento Seccción: Derecho

Temática: La cooperación público-privada en infraestructuras y servicios públicos: el sistema PPP

CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEFINITORIAS DE LOS PPP

Los modelos de asociación público-privada, denominados comúnmente PPP o P3, pueden ser definidos como acuerdos de cooperación entre entes públicos y privados, en virtud de los cuales, a través de diferentes instrumentos, técnicas, alcance y plazos, se implica al sector privado en el diseño, construcción, ampliación, mantenimiento, refacción, gestión y/o financiación de infraestructuras o servicios de interés público, trasfiriéndole riesgos y responsabilidades, pero manteniendo, al tiempo, la Administración potestades de control y regulación de la actuación de los entes privados intervinientes.

Entre las particularidades más remarcables que presentan estos sistemas, cabe destacar:

- Los proyectos realizados al amparo de estos modelos se benefician de todas las ventajas de la gestión privada, al tiempo que gozan de la protección y las facilidades que la Administración otorga a la iniciativa pública, dando lugar a una cooperación sumamente ventajosa para ambas partes y para el conjunto de la ciudadanía.
- Por otra parte, los modelos PPP van mucho más allá de meros mecanismos de financiación privada de infraestructuras públicas, convirtiéndose en verdaderos ejes de transformación del modelo de Estado y de redefinición de su ámbito de intervención, precisando para ello de un marco normativo que permita encauzar adecuadamente la participación de las Administraciones en este tipo de asociaciones y definir los límites y condiciones de la intervención privada.
- Bajo el concepto general de sistemas PPP hay que entender comprendidas numerosas manifestaciones de colaboración de entes privados y públicos, que van desde las operaciones de tercerización –ejecución de actividades públicas accesorias o conexas por parte de entidades privadas-, presentes incluso en los modelos de gestión más marcadamente públicos, como, en el otro extremo, los procesos neoliberales de privatización integral de sectores de actividad por enajenación total de empresas o activos públicos.
- Si bien la asunción de riesgos por parte del sector privado es una de las notas características de los sistemas PPP, lo cierto es que dicho rasgo puede concurrir con un grado de intensidad muy diverso, que dependerá, en buena medida, de la forma jurídica adoptada, en cada caso, para instrumentalizar la relación.

Así, por ejemplo, fórmulas encuadradas en el marco de la gestión indirecta como la concesión administrativa o el arrendamiento de infraestructuras presuponen una asunción casi total de los riesgos de construcción, del mercado y tarifarios por parte del capital privado, mientras que, en otras modalidades, como los contratos de gestión, mantenimiento y rehabilitación, el abanico de riesgos aparece mucho más distribuido entre los agentes públicos y particulares.

- Por lo demás, si bien el concepto de Public-Private Partnership es de cuña relativamente reciente, lo cierto es que en muchas de sus formas tiene raíces que se remontan hasta los últimos tiempos de la república romana, donde no era infrecuente acometer grandes obras públicas recurriendo a la participación y al capital privado e, incluso, la recaudación de impuestos estaba, a menudo, en manos de particulares a través de concesiones obtenidas del Estado.

Más recientemente, en el siglo XIX, y en plena revolución industrial, estas fórmulas fueron frecuentemente utilizadas en sectores como los ferrocarriles, electricidad, redes de telégrafos y de telefonía, siendo quizás el ejemplo extremo de este tipo de prácticas los Estados Unidos, cuyas infraestructuras se desarrollaron de costa a costa, en su mayor parte, al amparo de la iniciativa y del capital privado.

Este breve apunte histórico no resulta gratuito al efecto de resaltar que la novedad de los modelos de cooperación público-privada no estriba tanto en la esencia de las técnicas utilizadas, como en el nuevo sentido que ha adquirido la aplicación de novedosas metodologías en la gestión de ámbitos públicos, como el sistema de costo-beneficio en EE UU o del "Value for Money" o "Tercera Vía" en Europa, así como en los procesos de asignación de riesgos, todo ello desde una perspectiva claramente pragmática que trata:

- En un primer estadio, de determinar, sobre bases objetivas y regladas, y desde un prisma de maximización de la eficiencia y del grado de satisfacción de los usuarios, si un determinado proyecto, infraestructura o servicio debe ser acometido con medios exclusivamente públicos o admite, por el contrario, un grado de intervención privada.
- En una segunda fase, de establecer los medios para estructurar el proyecto utilizando la técnica más adecuada según el supuesto ante el que

Se implica el sector privado en la reparación, pero el sector público mantiene el control

En muchas de sus formas, el concepto de Public-Private Partnership tiene raíces que se remontan hasta los últimos tiempos de la república romana.

Medio: Arte y Cemento Seccción: Derecho

Temática: La cooperación público-privada en infraestructuras y servicios públicos: el sistema PPP

nos hallemos, poniendo en marcha un proceso adecuado de licitación e implementando los mecanismos de control y regulación de futuro operador por parte de las Administraciones Públicas.

BENEFICIOS Y RIESGOS

Beneficios y riesgos derivados de la implementación de procesos de colaboración público-privada.

Cuando los procedimientos y metodologías PPP se aplican con eficacia y sentido de la realidad, ajustando sus características a la realidad social y territorial en la que se pretende implementar, las ventajas que generan son ingentes para todos los agentes intervinientes, así como para la ciudadanía.

En este sentido, entre los beneficios más directos e inmediatos a los que podemos hacer referencia, se encuentran:

1) Una mejora cualitativa y cuantitativa, así como una mayor eficiencia, en la proyección, ejecución, financiación y gestión de las infraestructuras, como resultado de actuaciones como:
   - La introducción de criterios comerciales en la gestión de dichas actividades.
   - Su desburocratización.
   - La introducción de mecanismos de oferta y demanda en los procesos de selección y licitación de las contratas.
   - La asunción de riesgos por parte de los contratistas, lo cual les incentiva a extremar su diligencia y eficacia para no convertir en efectivo ese riesgo potencial.
   - El acceso a las mejores tecnologías y a un know-how que, dadas las características trasnacionales de muchas de las empresas que participan en este tipo de proyectos, permite aplicar ventajosamente experiencias adquiridas en otros países.
2) Un incremento sensible en el nivel de satisfacción de los usuarios de las infraestructuras y servicios y de la ciudadanía en general, como resultado:
   - De la mejor relación calidad-precio de los servicios ofrecidos.
   - De la posibilidad de destinar los fondos, que, en un entorno de gestión de infraestructuras exclusivamente público, deberían aplicarse a estos proyectos, a otras actuaciones y aplicaciones de interés general, incrementando con ello las prestaciones que el Estado da a la ciudadanía o, alternativamente, reduciendo la presión fiscal sobre particulares y empresas.
3) Una mejoría palpable en la gestión y asignación de los riesgos connaturales a los proyectos de infraestructuras, limitando su asunción por parte del Estado.
4) Una gran versatilidad en la configuración del sistema de financiación más adecuado para cada caso concreto, a través de los distintos mecanismos por medio de los cuales el sector privado aporta y el público obtiene fondos para este tipo de proyectos.

Señalado lo anterior, las patentes ventajas de estos sistemas no nos deben hacer ignorar los riesgos que conllevan y que, usualmente, se patentizan de resultas:

- Bien de una inadecuada valoración del marco en el que se pretenden implementar estos sistemas, tratando de aplicar con criterios automatistas modelos pensados para otros escenarios económicos, sociales y políticos.

> Cuando las metodologías y los procedimientos PPP se aplican con eficacia y sentido de la realidad, las ventajas que generan son ingentes para todos los agentes intervinientes, así como para la ciudadanía.

- Bien de la ausencia de un marco jurídico adecuado para encauzar y regular las relaciones entre agentes públicos y privados, haciendo estos proyectos escasamente atractivos para la inversión privada.

En este marco podemos englobar, como manifestaciones más directas y usuales de la existencia de fallos en el diseño de estos procesos:

- La suspensión o prórroga de los mismos, derivada de incapacidad de las Administraciones para atraer el interés de los inversores privados.
- La ralentización de estos procesos, derivada de las impugnaciones administrativas y judiciales motivadas por irregularidades en la adjudicación de las contratas.
- El cuestionamiento de dichos procesos por amplios sectores de la comunidad que pueden llegar a obstaculizar su inicio y desarrollo, provocando incrementos sensibles en los costes previstos.
- La presentación y aceptación de ofertas temerarias que conducen a situaciones, bien de incumplimiento, bien de renegociación de las condiciones de ejecución del proyecto.
- La falta de participación de las empresas que estarían más cualificadas para desarrollar un determinado proyecto como resultado de la falta de confianza en la viabilidad del mismo o en la actitud que puedan tener las Administraciones Públicas durante su desarrollo.
- La existencia de incumplimientos constantes de los contratistas en el desarrollo de los proyectos por falta de una previsión adecuada sobre la forma que debe adoptar la supervisión del proyecto por la Administración.
- El incremento significativo del coste de los servicios a nivel de usuarios finales como resultado de una inadecuada planificación de base.

CLASIFICACIÓN Y NATURALEZA DE LOS MODELOS DE PPP

Atendida la enorme variedad que pueden adoptar las fórmulas asociativas público-privadas, no es de extrañar que existan numerosos criterios para clasificar las mismas.

En este sentido, y por citar sólo las más frecuentes, podemos hablar:

- En atención al tipo de potestades que se confieren a la intervención privada, de modelos PPP de carácter colaborativo (1), operacionales (2), contributivas (3) y consultivas (4).
- Según la entidad que soporta la carga financiera del proyecto, de financiación pública pura (1), presupuestaria o extrapresupuestaria, de financiación privada (2), o de fórmulas mixtas de financiación (3).
- En función del origen de la contraprestación que recibe el operador privado, puede asimismo hablarse de sistemas basados en pagos provenientes de los usuarios (1), de sistemas donde estos pagos los asume directamente el Estado (2), y de sistemas mixtos (3), en los que el Estado subvenciona una parte del servicio prestado por el operador privado.
- Según el tipo de gestión, hablamos de modelos PPP de gestión directa (1) y de modelos PPP de indirecta (2).
- En función de la duración, podemos distinguir según la colabora-

Medio: Arte y Cemento Seccción: Derecho

Temática: La cooperación público-privada en infraestructuras y servicios públicos: el sistema PPP

15 Abril 2007

ción público-privada se plantee a largo, medio o corto plazo.

- Finalmente, en función de la naturaleza del instrumento a través del cual se encauza la colaboración entre el sector público y el privado, podemos hablar –fundamentalmente– de:
- Contratos de mantenimiento y/o rehabilitación ("service contracts").
- Contratos de construcción "llave en mano" ("turnkey contracts"), mediante los cuales la Administración encomienda a una entidad privada la ejecución de determinadas obras públicas, a cambio de un precio cierto que se abona de forma diferida al tiempo de la recepción de las infraestructuras, y previa constatación de su correcto funcionamiento.
- Contratos de gestión ("management contracts").
- Contratos de arrendamiento de infraestructuras ("lease contracts"), a través de los cuales la Administración arrienda a entidades privadas infraestructuras, equipos e instalaciones, a cambio de un determinado canon que se abona en cuotas periódicas durante la vigencia del contrato.
- Contratos de arrendamiento financiero de infraestructuras ("lease parchase contracts" o modelos OLT –"own, lease & transfer"), definidos como aquellos acuerdos mediante los cuales la Administración y una entidad privada convienen en que esta última eventualmente diseñará, construirá y, en su caso, pondrá en funcionamiento una determinada infraestructura para, posteriormente, cederle a la Administración su uso durante un determinado plazo a cambio del pago de un canon periódico, otorgándole el derecho de quedarse con la obra realizada al final del contrato mediante el pago de un precio final coincidente, generalmente, con el valor residual de la obra ejecutada.
- Contratos de concesión, caracterizados por ser acuerdos instrumentados a través de un acto público que confiere a una persona (física, jurídica, privada o pública) un derecho o un poder que antes no tenía, mediante la transmisión de un derecho o del ejercicio de un poder propio de la Administración.
- Contratos plurilaterales de organización, esto es, mediante la constitución de entidades instrumentales de capital mixto público-privado.

LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

En nuestro país, la colaboración público-privada en el desarrollo de infraestructuras comenzó en los años 60 con las primeras concesiones de autopistas puestas en manos del sector privado, habiendo registrado un incremento progresivo de este tipo de operaciones hasta el día de hoy, con el único paréntesis que supusieron, durante la década de los 80, los gobiernos socialistas de Felipe González, que trataron de potenciar los ámbitos exclusivos de actuación pública, huyendo de fórmulas de tintes más liberales, como pueden ser las de asociacionismo público-privado.

Este planteamiento, de carácter muy radical en un primer momento, se vio suavizado con el tiempo, debido, entre otros factores, a los problemas de endeudamiento del Estado, a las presiones recibidas en materia de control del gasto público desde la Comunidad Europea, a la necesidad de mejorar las infraestructuras en aras de una mayor competitividad y a la evidente imposibilidad de luchar contra una tendencia mundial, cada vez más marcada, de participación del capital privado en la financiación de infraestructuras. A día de hoy, podemos hablar en España de un nivel alto de cooperación público-privada en proyectos de infraestructuras, con unas características definitorias muy marcadas y una alta participación pública, tanto en la asunción de riesgos, como en los procesos de control y de toma de decisiones, rasgos todos ellos que en buena medida vienen determinados por el marco normativo en el que se desarrollan en nuestro país este tipo de procesos, y que tiene como piedra angular el Decreto Legislativo 2/2000, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, norma que, con carácter básico, y sin perjuicio de su desarrollo territorial concreto, regula la contratación público-privada.

En nuestro país, la colaboración público-privada en el desarrollo de infraestructuras comenzó en los años 60 con las concesiones de autopistas.

Ello no obstante, se echa de menos la existencia en nuestro país de una entidad pública al estilo del Private Finance Iniciative del Reino Unido o de la Netherlands Financial Sector Development Exchange holandesa que sirva como núcleo aglutinante y cauce para integrar este tipo de procesos en la normalidad económica del país, a nivel estatal y autonómico, y tanto en lo relativo a proyectos puramente nacionales, como –y esta es otra faceta enormemente interesante de este tipo de proyectos que sería merecedora de un estudio aparte– en proyectos de ayuda al desarrollo. ac

En España se da un nivel alto de cooperación público-privada en proyectos de infraestructuras

Rafael Gómez de la Serna y Viñas
Lexland Abogados
www.lexland.es