

COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: MÁS ALLÁ DE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA *

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Cuando se cita el acrónimo anglosajón PPP (Public Private Partnership) se está pensando en diversas formas de participación de los particulares en la gestión pública, a través de variadas modalidades de instrumentos, unos de derecho público, otros de derecho privado. En el PPP prima la flexibilidad sobre cualquier otra consideración, y por ello, es un género en el que caben diversas formulaciones jurídicas. Se podría decir, incluso que es el paradigma de la “mutabilidad equivalente de técnicas” a la que hacía referencia VILLAR PALASÍ, esto es, “en cuanto resultado alcanzado, es indiferente muchas veces la aplicación de una técnica impositiva o el ejercicio de una potestad administrativa que puede confluir a resultados absolutamente idénticos”¹.

El desarrollo actual de las fórmulas de PPP² tienen su origen en el Derecho anglosajón. La idea genérica constituyó una de las

vías más relevantes para estructurar jurídicamente el programa de reformas que inició el Gobierno conservador de John Major en 1992, en un contexto que presentaba algunas similitudes con el actual, por la emergencia de una situación económica complicada por la crisis monetaria que hubo en aquel momento. Constituía una más de las técnicas del denominado *New Public Management*, que pretendía un modo diferente de plantear la acción pública y cuya idea central consistía en incluir cierto mimetismo entre el funcionamiento público y el de las empresas privadas en aras de ganar mayor eficacia y competitividad y que, al mismo tiempo, permitiera una mayor participación de los particulares en las acciones públicas, a través de la privatización de empresas y de la externalización de actividades públicas, lo que se conoce con terminología anglosajona como *outsourcing*. Esta participación pública en la gestión pública, que es una de las señas de identidad de la postmodernidad en la gestión pública, conduce a la “definición contractual de lo público”³, ya sea en cuanto a los objetivos como en los instrumentos. El PPP está por su propia idiosincrasia perfectamente adaptado para ello.

* Catedrático de Derecho administrativo en la Universidad Complutense de Madrid. Director del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR).

¹ VILLAR PALASÍ, J.L. “Fisco versus Administración: la teoría nominalista del impuesto y la teoría de las prestaciones administrativas” en la *Revista de Administración Pública* nº 24 (1955), p. 38.

² A lo largo de este estudio se van a utilizar indistintamente PPP, como acró-

nimo de Public Private Partnership, y CPP, como acrónimo de Colaboración Público-privada, que es la denominación más común en nuestro país.

³ GALGANO, F. “Le istituzione della società postindustriale”, dentro de la obra colectiva que realizó con CASSESE, S., TREMONTI, G. y TREU, T.; *Nazioni senza ricchezza, ricchezza senza nazione*, Il Mulino, Bologna (Italia) 1993., p. 21.



La experiencia británica permitió dar el salto al Derecho europeo, desde donde se ha impulsado profusamente la utilización de las formas de PPP, al tiempo que se alertaban de los riesgos que se podían contraer tanto por su mala estructuración jurídica como por un desacertado planteamiento económico, especialmente en la transferencia de los riesgos económicos del mismo al sector privado. De hecho, en otra ocasión he hablado de los siete riesgos de los PPP y hoy la Francia de Macron parece echarse atrás de estos modelos de construcción de infraestructuras.

La propia Comisión europea ha insistido en ello cuando, incluso en un contexto favorable a la utilización de este tipo de mecanismos, ha indicado que “las APP son un instrumento atractivo, en pleno auge en muchos sectores, pero cuyo éxito depende de la presencia de ciertos factores o condiciones: proyectos de dimensión reducida, proyectos cuya remuneración y riesgos son fáciles de calcular, autopistas, puentes o aeropuertos. Pueden resultar igualmente útiles cuando la aportación privada permita maximizar los resultados y controlar mejor los costes en comparación con un proyecto similar gestionado por el sector público. Ahora bien, esta solución suele tener repercusiones en el terreno de los costes, que a menudo suelen ser superiores a los de una financiación íntegramente pública, a causa del coste de las transacciones –en particular los costes

ligados a la determinación, distribución y cobertura de los riesgos- y de los capitales, mayor para los inversores privados. Está claro que el recurso a las APP no se puede presentar como una solución milagro para el sector público, agobiado por las presiones presupuestarias. Nuestra experiencia demuestra que una APP mal preparada puede dar lugar a costes muy elevados para el sector público”⁴. A esta conveniencia que marca la realidad actual, la normativa contractual ha dado una respuesta y desde el régimen patrimonial público también, aunque la doctrina lo haya analizado mucho menos que el conocido contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Cuando nos planteamos la colaboración público-privada en el marco de la gestión patrimonial, hemos de enmarcar la actual regulación en el cambio habido en el sentido de los bienes patrimoniales, que ha sido trascendente frente a la tradición española posterior al Código civil que los ha venido considerando como un elemento residual en la ejecución de políticas públicas teniendo, como mucho, una finalidad financiera. En efecto, de acuerdo con la regla recogida en el artículo 8.2 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas

⁴ Comunicación de la Comisión de 23 de abril de 2003 sobre Desarrollo de la red transeuropea de transporte: Financiaciones innovadoras. Interoperabilidad del telepeaje.

“la gestión de los bienes patrimoniales deberá coadyuvar al desarrollo y ejecución de las distintas públicas en vigor”, esto es, dejan de tener ese sentido residual que hacía que la categoría de los bienes patrimoniales se calificase como una “estación de paso”⁵. En definitiva, no sería más que retomar lo afirmado por la Exposición de Motivos de la, hoy derogada, Ley 3/1986, del Patrimonio de la Comunidad Valenciana “los elementos que integran el patrimonio de la Generalitat -sean demaniales sean patrimoniales en sentido estricto- no tienen más razón de ser que la de su irreductible vocación de servicio público, al margen del cual ni dicho patrimonio ni la propia Generalitat tendrían razón de ser en el mundo del Derecho”. Todo lo cual se proyecta en los procedimientos de adquisición y enajenación de bienes públicos, así como en sus medios de utilización y en las relaciones con terceros para la utilización de bienes ajenos. En este sentido, la normativa patrimonial ha tenido una evolución de notable importancia en los últimos años.

En esta huida a las fórmulas de gestión patrimonial no podemos obviar un problema importante que tuvieron las Administraciones públicas que quisieron recurrir a fórmulas de colaboración público-privada y cuya resolución actuó como acicate para impulsar estas modalidades de naturaleza patrimonial: la dificultad que estaba existiendo para el empleo de la concesión de obra pública en aquellos supuestos en los que no existía explotación

⁵ CHINCHILLA MARÍN, C.; Bienes patrimoniales del Estado. Colección Garrigues&Andersen. Andersen Legal. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona 2001, p. 16.

económica del bien, como ocurre con todos aquellos en los que se utiliza el bien como sede de instituciones públicas o para la prestación de determinados servicios públicos. La propia Junta Consultiva⁶ rechazó la concesión de obra pública en los supuestos en los que existían pagos por disponibilidad y no una real utilización por el usuario del servicio público. Las modalidades de la CPP no plantean, por el contrario, estas dificultades.

⁶ La cuestión resuelta en el Informe 61/03 de la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa era la relativa a la posibilidad de utilizar la concesión para la construcción y explotación de un edificio que sirviera de sede a la Universidad de Burgos. En este caso afirmó, para justificar una solución negativa que “En definitiva debe concluirse que para que el contrato pueda ser calificado como concesión de obra pública, incluida en la actual y amplia redacción del artículo 220.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas introducido por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, figura como requisito indispensable que el edificio sea susceptible de explotación, circunstancia que no parece concurrir en el destino de albergar los Servicios Centrales de la Universidad de Burgos. Resulta obvio que el descartar la figura de la concesión de obra pública obligaría a acudir a otras figuras contractuales distintas como puede ser la del contrato de obras para la construcción del edificio”. Planteamiento que está firmemente asentado como lo prueba también la cuestión planteada por el Ayuntamiento de Alcudia sobre la posibilidad de que se utilice la fórmula de la concesión de obra pública para la construcción de un edificio en un solar municipal para destinarlo a servicios sociales y culturales, en los que el Ayuntamiento abonaría un canon anual por la utilización, la Junta Consultiva –en su Informe 70/04- señaló que a la luz del artículo 220 LCAP “cualquiera que sea la amplitud que quiera darse a la definición, demuestra que se considera requisito consustancial a la figura de la concesión el que la obra sea susceptible de explotación económica por el concesionario ya que, ante todo, define el objeto del contrato como la construcción y explotación o solamente la explotación de una obra e insistiendo en la misma idea se refiere a continuación a aquellas obras “susceptibles de explotación” y a que la retribución puede consistir “en la explotación de la propia obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio”.



II. LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA COMO CONTEXTO Y PRETEXTO (ANTIGUO)

Las consideraciones anteriores no dan una respuesta completa al interrogante de qué es lo que explica el recurso a las formas de colaboración público-privada y, en un segundo escalón, cómo se han de articular para que resulten totalmente satisfactorias. Como ocurre en general en todo el proceso de contratación pública –y en general de toda la gestión pública– es la regla de la estabilidad presupuestaria la que actúa de contexto del impulso a los procedimientos de PPP. Más aún, se puede afirmar sin temor a equivocarnos que sin dicha regla las fórmulas de colaboración público-privada habrían tenido un éxito mucho menor ya que han permitido la adquisición de bienes sin afectar al déficit público ni generar deuda pública. Precisamente los cambios que se produjeron entre 1996 y 2003 en la legislación patrimonial estaban directamente vinculados a la consecución de unas cifras macroeconómicas adecuadas, de acuerdo con las reglas que adoptaba la Unión Europea y la Oficina Estadística de la Comisión, Eurostat. Por ello, se puede hablar de una época en Europa occidental de “huida de la consolidación” en el déficit público, dentro del cual los mecanismos de colaboración público-privada tuvieron un papel preponderante ya que permitían una modificación en las prestaciones características, con el efecto indirecto de no computar en el SEC 95.

El principio de estabilidad presupuestaria⁷ se introdujo en el ordenamiento comunitario a través del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, adoptado por Resolución del Consejo Europeo de Ámsterdam de 17 de junio de 1997 y se materializó en dos instrumentos jurídicos, uno relativo a la supervisión de las situaciones presupuestarias y la supervisión y coordinación de las políticas económicas y, por el otro lado, para la concreción del procedimiento que se había de aplicar en los supuestos de déficit excesivo. Esta conveniencia de que se limiten se adopten medidas de rigor presupuestario están recogidas en la actualidad en el artículo 126 del Tratado de Funcionamiento⁸ de la Unión Europea, a través de una sencilla fórmula que dispone que “los Estados miembros evitarán déficits públicos excesivos”. Cuantitativamente, como es conocido, el déficit público no debe superar un valor del 3% del PIB y, adicionalmente, la proporción entre deuda pública y producto interior bruto no debe rebasar el valor del 60%. En la actualidad, este principio ha llegado al artículo 135 de la Constitución española, que dispone que “todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria”.

El impacto de la estabilidad presupuestaria deriva esencialmente del concepto de *necesidad de financiación*. Eurostat, partiendo lo que se contiene en el Protocolo sobre el déficit público, lo explica de forma clara: “dado que, en el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, el déficit se ha definido como la *necesidad de financiación* del sector administraciones públicas, se produce una asimetría entre el tratamiento estadístico de los activos *no financieros* y el de los activos *financie-*

ros. Las variaciones de los activos *no financieros* (cuando se deben a operaciones) se registran en la cuenta de capital. Por lo tanto, modifican la capacidad o necesidad de financiación, que es el saldo de la cuenta de capital. Por el contrario, las variaciones de los activos *financieros* –registradas en la cuenta financiera– no modifican dicho saldo (excepto en el caso de las variaciones unidireccionales, como la asunción de deudas o la cancelación deudas, si la variación de los pasivos se compensa mediante una transferencia de capital)⁹. De hecho, el auge y caída de algunas modalidades contractuales han estado determinada por su consideración como transferencia financiera o no financiera y el uso de las sociedades estatales para la construcción de infraestructuras públicas –impulsadas desde el año 1996 en el campo de obras hidráulicas, de regadíos y últimamente carreteras y ferrocarriles– también deriva de que el aporte de fondos al capital social no repercute en el déficit público¹⁰.

Partiendo de esta premisa, Eurostat en su resolución de 11 de febrero de 2004 –en la que recupera planteamientos generales asentados en su práctica– sobre sociedad del gobierno federal austriaco Bundesinmobilliengesellschaft, BIG, planteó la premisa sobre la que se ha articulado la colaboración público-privada y, especialmente, la relativa a la gestión patrimonial. El Gobierno austriaco se encontró con la necesidad de acondicionar su patrimonio inmobiliario con un problema económico y de déficit importante. Por ello creó una sociedad, BIG, a la que transfirió el patrimonio con la obligación de adaptarlo para que estuviera en condiciones de uso y para su arrendamiento al Gobierno. Con esta operación contable la operación se podía financiar si afectar al déficit público al transformar una operación patrimonial en otra de prestación de servicios, que de acuerdo con las normas del SEC95 no afectan a las necesidades de financiación.

Este elemento que afecta a la naturaleza de la prestación se ha de complementar con un dato esencial sobre la configuración del contrato: se ha de producir la transferencia de riesgos al socio de la Administración. Más allá de la dificultad que plantea el supuesto descrito –especialmente si levantamos el velo de la sociedad instrumental–; el deslindar los riesgos no resulta, en general, una operación fácil. Por ello, partiendo de la propia doctrina de Eurostat, para que el riesgo global de la operación de construcción de infraestructuras esté asumido por parte de una unidad institucional de mercado y por tanto la operación no se consolide en las cuentas de una Administración pública la mayoría de los riesgos de construcción y de disponibilidad o de demanda han de recaer en el sujeto particular.

Las anteriores consideraciones tenían su razón de ser en el SEC 95. Hoy el SEC 2010 y, sobre todo, la interpretación que está dando Eurostat, ha restringido los casos concretos en los que se puede producir la desconsolidación. Si la interpretación que se dio constituyó un ejemplo de ingeniería jurídico-financiera en detrimento público, hoy menos razón hay, incluso, para el uso de estas fórmulas.

⁷ Sobre esta cuestión, véase GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria, Tirant lo Blanch, Valencia (2007).

⁸ Precepto que en este punto tiene una redacción similar a la del antiguo artículo 104 del Tratado de la Unión Europea, que es donde aparece por vez primera en un texto de dicha naturaleza.

⁹ EUROSTAT, “Manual del SEC 95 sobre el déficit público y la deuda pública”, (2002) p. 30.

¹⁰ El estudio del impacto de las reglas del SEC 95 sobre las sociedades estatales se puede examinar en GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. Sociedades estatales de obras públicas, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (2008).

III. FLEXIBILIDAD CONTRACTUAL Y LEGISLACIÓN DE PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Como es sabido, en España ha existido una modalidad de específica de esta modalidad de vinculación entre Administración y particulares: el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, que estaba recogido en la legislación de contratos del sector público ahora derogada. No es, sin embargo, la única forma de configurar PPP, dado que el ordenamiento jurídico ofrece otras posibilidades a los entes públicos para configurarlo. De hecho, me atrevería a señalar que esta modalidad de contrato administrativo típico constituía la forma menos utilizada, precisamente porque el legislador ha rodeado de numerosas cautelas la regulación; lo que contrasta radicalmente con la utilización de otros instrumentos, básicamente de Derecho privado. Lo que ha conducido a que la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público haya derogado todos los preceptos que lo contemplaban. Con ello, nos encontraremos ante una manifestación de esta privatización del funcionamiento administrativo, entendido en el sentido de utilización del Derecho privado, ya que, como sabemos, el concepto de privatización es polisémico.

El desarrollo de la colaboración público-privada en nuestro país no habría necesitado, de hecho, la introducción de un nuevo contrato típico –aunque sin prestaciones características– como el que regula la Ley de Contratos del Sector Público desde 2007. Desde el año 1996, el Partido Popular, tomando el ejemplo del ordenamiento jurídico francés, impulsó ciertos cambios en la legislación patrimonial que precisamente fueron en la dirección de impulsar los procedimientos de colaboración público-privada, a través de la flexibilización de las formas de gestión patrimonial; tanto en el régimen de arrendamientos como en el de adquisición como en el de enajenación de bienes públicos, intentando aproximar las posibilidades de actuar de la Administración a aquellas que son comunes entre los particulares. Aquellas reformas iniciales están hoy plasmadas y articuladas con carácter general en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP, en adelante) y siguen siendo, en consecuencia, perfectamente válidas para desarrollar mecanismos de CPP bastante más flexibles, por su desregulación, que lo que está en contrato de colaboración entre el sector público y el sector privada.

No obstante, a los efectos de eliminar cualquier duda sobre la validez de estos contratos que por su objeto son mixtos –parte patrimoniales, parte prestacionales–, que el artículo 9.2 LCSP'17 permite que se salgan del ámbito de dicha norma en el supuesto de que “en estos contratos solo podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título Preliminar, si el valor estimado de las mismas no es superior al 50 por 100 del importe total del negocio y, a su vez, mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 34.2”. Dicho de otro modo, la prestación característica del contrato ha de resultar la de naturaleza patrimonial y, además, han de concurrir cumulativamente los dos elementos que contempla el artículo.

El supuesto económico parece bastante claro en su formulación, y sólo consiste en un adecuado cómputo del valor económico del contrato, de acuerdo con las reglas generales. Ahora bien, no se puede olvidar que, aunque en la mayor parte de los supuestos el criterio económico nos permita identificar cuál es la prestación más relevante del contrato, no es el único que se puede utilizar y, de hecho, ha sido penalizado el configurarlo de forma única. De hecho, parece plausible plantearse la compatibilidad con el Derecho comunitario de dicho precepto teniendo presente que el TJCE condenó a Italia, precisamente por una regla equivalente. Concretamente, en dicha sentencia, se afirmó que la determinación del objeto central del contrato “debe llevarse a cabo a la luz de las obligaciones esenciales que prevalecen y que, como tales, caracterizan dicho contrato, por oposición a aquellas otras que sólo tienen carácter accesorio o complementario y que son impuestas por el propio objeto del contrato, pues la cuantía respectiva de las diferentes prestaciones que forman parte del contrato tan sólo constituye uno de los distintos criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de proceder a dicha determinación”¹¹.

Por lo que se refiere a la remisión al artículo 34.2 LCSP'17 parece pensada específicamente para los supuestos de colaboración público-privada, en la medida en que dispone, de forma limitativa, que “Sólo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante”.

Como se puede apreciar, el artículo responde al planteamiento común de la colaboración público-privada, como mecanismo para la gestión integrada de bienes y servicios. Precisamente por ello, la introducción del contrato regulado en el artículo 11 no obstan para que las fórmulas atípicas sigan siendo válidas. Nótese la importancia que tiene la existencia de estos procedimientos alternativos al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: no hay las limitaciones que se han visto en los capítulos anteriores y, además, se puede recurrir a formas de adjudicación mucho más flexible, dado que aquí no es obligatorio recurrir al diálogo competitivo; sino que se puede utilizar el concurso y no hay necesidad de justificar ni hacer ninguno de los documentos justificativos que se han examinado. Es, en definitiva, una fórmula para otra modalidad de huida del régimen de contratación pública, cuando precisamente estas fórmulas atípicas pueden plantear mayores problemas en cuanto a transparencia administrativa y a riesgos económicos para el sector público.

Más allá de cualquier otra consideración, esta modalidad atípica de colaboración público-privada encuentra su pleno significado para la ejecución de infraestructuras de transporte que no son de uso público, sino que están vinculadas a servicios públicos, edificios básicamente, como puede ocurrir con estaciones de ferrocarril o de autobuses o, incluso, con aeropuertos o intercambiadores.

¹¹ As. C-412/04, Comisión c. Italia, STJCE de 21 de febrero de 2008. De forma equivalente, As. C-539/07, Comisión c. Alemania, STJCE de 29 de octubre de 2009.



IV. EXCLUSIÓN LIMITADA EN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y NORMATIVA DE APLICACIÓN

El punto de partida en la explicación de los modelos atípicos de colaboración público-privada que son de aplicación en las infraestructuras de transporte es la exclusión (parcial) de los contratos de gestión patrimonial de la LCSP, regulación que clarifica los problemas que se planteaban con el artículo 5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

El principio de partida lo tenemos recogido en el artículo 9 cuyo apartado segundo, que es el referido a los negocios patrimoniales de la Administración dispone que: “Quedan, asimismo, excluidos de la presente Ley los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial”.

Una fórmula que aparenta ser tajante en cuanto a la exclusión de la LCSP'17 pero que, sin embargo, da una falsa imagen en cuanto al régimen al que se someterán estos contratos.

Veamos por qué.

La LCSP'17 señala de entrada, que se trata de contratos excluidos de la ley, aunque sea una exclusión parcial, en la medida en que la propia norma se encarga de recordar que

es supletoria para todo aquello no previsto en la normativa específica: “Las relaciones jurídicas, negocios y contratos citados en esta sección quedan excluidos del ámbito de la presente Ley, y se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse”. Ya, de entrada, encontramos el primer punto en donde debemos concretar qué se aplica y qué no de los procedimientos de contratación en materia patrimonial.

La propia LCSP'17 amplía el ámbito de su aplicabilidad a los contratos patrimoniales por la aplicación de otra regla de régimen jurídico que incorpora: En efecto, dispone que además de excluidos son privados, del cual se derivarán consecuencias jurídicas: son contratos privados de la Administración. Un calificativo que, de acuerdo con lo que dispone la propia norma supone incorporar un determinado régimen jurídico. Efectivamente, el artículo 26 dispone dos aspectos importantes del régimen de estos contratos:

a) Por una parte, “se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante”.

b) En segundo lugar, en lo que respecta a su efectos, modificación y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.

Como acabamos de ver, la propia LCSP'17 se acaba desdiciendo de la exclusión que realiza de los contratos patrimoniales. El elemento que hará aparecer la aplicación de la norma con carácter general será la ausencia de disposiciones patrimoniales que regulen un aspecto específico. Algo que puede sumir al operador jurídico en cierta situación de inseguridad jurídica.

V. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GESTIÓN PATRIMONIAL PÚBLICA Y APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LIBERTAD DE PACTOS DE LA LEY DE PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El régimen de gestión patrimonial que se inició en el año 1996¹² tiene como principio estructural el reforzamiento de la libertad de pactos, como vía para dotar de legitimidad a prácticas que se venían haciendo en el ámbito privado y que se consideraban pertinentes para la Administración. La Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003, vino a sancionar dicha reforma y a estructurarla de forma ligeramente más articulada en un nuevo régimen patrimonial global para los entes públicos. Todo ello teniendo presente que precisamente el régimen que se recoge la ley es muy flexible, precisamente porque la colaboración público-privada no puede responder a planteamientos rígidos que dificulten la convergencia entre el sector público y el privado.

En efecto, el principio básico que rige la gestión patrimonial pública es el de la libertad de pactos, que salió reforzado en la reforma de la Ley de Patrimonio del Estado que se acometió en el año 2002, cuando había una corriente amplia de CPP de naturaleza patrimonial en nuestro país. Hoy, el artículo 111.1 LPAP dispone que “los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre los bienes y derechos patrimoniales están sujetos al principio de libertad de pactos. La Administración pública podrá, para la consecución del interés público, concertar las cláusulas y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarias al ordenamiento jurídico, o a los principios de buena administración”. Se trata de un principio que tiene una salvaguarda de protección del interés general ante cláusulas que puedan cuestionar la buena administración de los bienes y caudales públicos: “los actos aprobatorios de los negocios patrimoniales incorporarán los pactos y condiciones reguladores de los derechos y obligaciones de las partes, que deberán ser informados previamente por la Abogacía del Estado o por el órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de las entidades públicas vinculadas a la Administración General del Estado” (artículo 112.2 LPAP).

El principio de libertad de pactos en materia patrimonial tiene, de este modo, una doble vertiente: por un lado permite adaptar el régimen de gestión de bienes a las peculiaridades del caso permitiendo, en consecuencia, mayor flexibilidad y agilidad en

el funcionamiento administrativo –lo que en ocasiones puede plantear problemas de razonabilidad– y, por el otro, que es lo que resulta más relevante, admitir junto con la gestión patrimonial negocios complejos, en el que haya una pluralidad de prestaciones.

De este modo, sólo nos encontramos con dos límites: por un lado, el cumplimiento del derecho obligatorio y el principio de buena administración. Desde una perspectiva económica aparece como el único elemento de carácter finalista en la gestión patrimonial, una vez que se superó la regla tradicional de que la rentabilidad económica era un objetivo en relación con los bienes patrimoniales. Obviamente, como en toda actuación de una Administración pública, aunque sea en el marco de contratos privados, está presente el principio de servicio objetivo a los intereses generales.

El fomento de los negocios globales –tan propio de las fórmulas de colaboración público-privada– encuentra su encaje en lo dispuesto en el apartado segundo de dicho precepto: “en particular, los negocios jurídicos dirigidos a la adquisición, explotación, enajenación, cesión o permuta de bienes o derechos patrimoniales podrán contener la realización por las partes de prestaciones accesorias relativas a los bienes o derechos objeto de los mismos, o a otros integrados en el patrimonio de la Administración contratante, siempre que el cumplimiento de tales obligaciones se encuentre suficientemente garantizado. Estos negocios complejos se tramitarán en expediente único, y se regirán por las normas correspondientes al negocio jurídico patrimonial que constituya su objeto principal”. Esto es, el negocio patrimonial puede ser la parte de un negocio más



¹² Concretamente, fue la que se incluyó en la tan prolija en materia de infraestructuras -ya que fue la que dio autorización para las sociedades estatales de obras públicas- Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; cuyo artículo 142 modifica el régimen de gestión patrimonial que estaba regulado en la Ley de Patrimonio del Estado de 1964.

amplio. Principio general que se ve desarrollado, con posterioridad, en la regulación de las peculiaridades del régimen de la adquisición, la enajenación y el arrendamiento de bienes para las Administraciones públicas, como tendremos ocasión de ver inmediatamente.

El único complemento –de naturaleza restrictiva– a este precepto que ha de aplicarse de la legislación patrimonial consiste, como ya sabemos, en que no será admisible si estas prestaciones complementarias son superiores “al 50 % del importe total del negocio o si no mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 25; en estos dos supuestos, dichas prestaciones deberán ser objeto de contratación independiente con arreglo a lo establecido en esta Ley”. Lo cual obligaría a acreditar el porcentaje entre la prestación patrimonial y la prestación de servicios en el expediente de contratación.

Este principio de libertad de pactos en materia negocial es complementario del que se recoge en el Texto Refundido de Contratos del Sector Público. La legislación de patrimonio, en cuanto normativa más específica, configura un régimen especial con respecto a los negocios –que se sustanciarán en contratos– y, por ello, será la que resulte de aplicación en los hipotéticos supuestos de conflicto.

Estos supuestos generales ha de complementarse con las fórmulas especiales de gestión de bienes que puede desarrollar la Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria del Patrimonio –SEGIPSA– y que están contemplados en la Disposición Adicional

10ª LPAP¹³. El caso de SEGIPSA resulta peculiar en la medida en que introduce un elemento complementario que aumenta la flexibilidad, que es la presencia de una sociedad instrumental pública y, por ello, queda fuera de las páginas siguientes.

VI. PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PATRIMONIALES: SU TRASLACIÓN A LOS PPP PATRIMONIALES

Teniendo en cuenta lo dúctil que es la regulación del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, el aspecto en el que puede ofrecer un valor suplementario para la Administración es, como se avanzó previamente, el relativo al procedimiento, que resulta menos complejo.

De entrada, conviene recordar que, por el hecho de tratarse de contratos de naturaleza patrimonial, no están sometidos a exigencias de las Directivas comunitarias en materia de procedimientos de adjudicación, que sólo afecta a los contratos típicos contemplados en ellas, entre los cuales no se encuentra ninguna modalidad de cooperación público-privada. En este punto, el artículo 110.1 LPAP concreta que será el régimen patrimonial el que regirá los procedimientos de adjudicación de estos negocios: “los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo”. Lo cual nos incardina en los principios que recoge el artículo 8.1.c LPAP, en virtud del cual ha de cumplirse con los de “publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad en la adquisición, explotación y enajenación de estos bienes”.

Como por otra parte resulta lógico teniendo en cuenta la atipicidad que rodea a estas fórmulas de colaboración público-privada, no hay en la LPAP ninguna fórmula dirigida directamente a la adjudicación de estas figuras negociales. En un contrato de esta naturaleza la fórmula para su adjudicación ha de ser necesariamente el concurso, por comparación con la subasta. Frente a las críticas que se han vertido por no tener que recurrir al diálogo competitivo, ha de tenerse en cuenta que este es un procedimiento que acota mucho mejor la protección del interés general, que salvaguarda mucho mejor la voluntad administrativa que no queda privatizada por la participación del socio privado en la determinación de las condiciones del procedimiento; que dispone de resortes para obtener la solución más satisfactoria para el interés público y, en fin, que facilita la promoción, ejecución y control del contrato. Por otra parte, la experiencia muestra que a través de las fórmulas de concurso se ha llegado a resultados muy satisfactorios en cuanto a la protección del interés general y, de hecho, ha sido la fórmula usual de las Administraciones públicas para su adjudicación.

¹³ Sobre SEGIPSA véase SAZ CORDERO, S. del, “Régimen jurídico de la “Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria del Patrimonio, Sociedad Anónima””, en la obra colectiva dirigida por CHINCHILLA MARIN, C., Comentarios a la ley 33/2003, del patrimonio de las Administraciones Públicas, Civitas, (2004), pp 789 y ss. Más sucintamente, GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. “Voz Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria del Patrimonio, Sociedad Anónima” en la obra dirigida por el mismo, Diccionario de obras públicas y bienes públicos, Iustel, Madrid (2009), pp. 676 y siguientes.



Por otra parte, estas razones son las que explican la regulación que se recoge en el artículo 128 LPAP para ciertas modalidades de colaboración público-privada de naturaleza patrimonial, en donde se combina por un lado el régimen más exigente de la adquisición de bienes con las especialidades derivadas de un compromiso plurianual de gasto, como se derivan de los arrendamientos de bienes. Así, dicho precepto dispone que

1. Para la conclusión de contratos de arrendamiento financiero y otros contratos mixtos de arrendamiento con opción de compra se aplicarán las normas de competencia y procedimiento establecidas para la adquisición de inmuebles.

2. A los efectos previstos en el artículo 61 del Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria, los contratos de arrendamiento con opción de compra, arrendamiento financiero y contratos mixtos a que se refieren los apartados precedentes se reputarán contratos de arrendamiento¹⁴.

Por tanto, hemos de tomar como punto de partida el procedimiento de adquisición de bienes de la LPAP; procedimiento que se rodea de garantías previas a la adjudicación y otras que se manifiestan durante el procedimiento. Al mismo tiempo, dado que hay aspectos de la relación negocial que trascienden lo patrimonial, habrá que incluir ciertos contenidos derivados de la regulación de las prestaciones a que afecten. Es una consecuencia del juego del doble reenvío que contemplan LCSP y LPAP y, en el fondo, una exigencia derivada del principio de buena administración de los bienes.

VII. ARRENDAMIENTO, ENAJENACIÓN Y ADQUISICIÓN DE BIENES EN UN CONTEXTO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

El objetivo que se ha de buscar es el de la flexibilidad normativa a la hora de proceder a la configuración de los negocios. Como se ha señalado en las páginas precedentes, el marco general de la gestión patrimonial es totalmente flexible y esa misma regla está reiterada en la ordenación particular de los negocios de arrendamiento, enajenación, y adquisición de bienes públicos. La regulación actual de la adquisición y enajenación de bienes; así como del arrendamiento a favor de la Administración están pensando precisamente en las posibilidades de plantear negocios complejos a la Administración, tales como se plantean en las operaciones de colaboración público-privada. Y precisamente por ello, el régimen no resulta rígido sino que proporciona base para la flexibilidad.

La adquisición de bienes por parte de la Administración queda totalmente flexibilizada desde el momento en que para ella “la Administración podrá concluir cualesquiera contratos, típicos o atípicos” (artículo 115 LPAP); no sólo aquellos que tengan

¹⁴ Esta mención hay que entenderla, en la actualidad, referida al artículo 47.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en virtud de la cual las limitaciones contenidas “no serán de aplicación a los compromisos derivados de la carga financiera de la deuda y de los arrendamientos de inmuebles, incluidos los contratos mixtos de arrendamiento y adquisición”.



por objeto la adquisición de derechos de propiedad sino cualquiera otros que permitan nuevos derechos sobre bienes, dentro de los que estarán contemplados obviamente los casos de los derechos de usos en bienes de titularidad ajena. E incluso, desde una perspectiva formal, se permite que en el supuesto más novedoso y problemático, el relativo a la adquisición de bienes en construcción se pueda hacer “mediante la entrega, total o parcial, de otros bienes inmuebles o derechos sobre los mismos”, con lo que se abre un amplio abanico de posibilidades para los entes públicos en el marco de la CPP articuladas desde la gestión patrimonial. Se trata de un impulso y complemento al principio de libertad de pactos que se vio con anterioridad y que pretende ampliar las posibilidades que tiene la Administración de realizar negocios para disponer de bienes. Tanto es así que, a efectos procedimentales, “para la conclusión de contratos de arrendamiento financiero y otros contratos mixtos de arrendamiento con opción de compra se aplicarán las normas de competencia y procedimiento establecidas para la adquisición de inmuebles”.

La enajenación de bienes y derechos ha presentado, de igual manera, una notable evolución¹⁵ en aras de permitir mayor flexibilidad a las Administraciones públicas que se desarrollarán en los PPP. De entrada, uno de los trámites que aparecía siempre, la declaración de inalienabilidad ha desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que no hay la identidad entre innecesariedad de bienes y posibilidades de enajenación. En efecto, en este camino a la gestión privada de los inmuebles públicos uno de los datos más relevantes es la venta de edificios con reserva de uso, antes prohibida y que ahora está expresamente permitida en el artículo 131.2 de la LPAP: “podrá acordarse la enajenación de bienes del Patrimonio del Estado con reserva del uso temporal de los mismos cuando, por razones excepcionales, debidamente justificadas, resulte conveniente para el interés público. Esta utilización temporal podrá instrumentarse a través de la celebración de contratos de arrendamiento o cualesquiera otros que habiliten para el uso de los bienes enajenados, simultáneos a negocio de enajenación y sometidos a las mismas normas de competencia y procedimiento que éste”.

¹⁵ Sobre el régimen de enajenación de bienes públicos en la LPAP, véase GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. *Enajenación de bienes inmuebles del patrimonio del Estado* (2017).

Se trata de una modalidad negocial que es muy utilizada en el ámbito del ordenamiento privado y que se ha intentado traspasar al ámbito público, con antecedentes en algunos ordenamientos como el austriaco; lo cual permite traspasar el coste de la reforma y mantenimiento de las instalaciones al adquirente de los bienes, permaneciendo el dominio útil en manos públicas¹⁶. De hecho, el modelo del arrendamiento operativo al que me referiré con posterioridad se articula precisamente a través de la habilitación que recoge el artículo 131.2 LPAP.

Sí conviene recalcar un dato que refuerza indirectamente el carácter facilitador de la regulación: las normas son tremendamente flexibles porque sólo fijan habilitaciones para actuar; sin demasiado contenido sustantivo, sirven sólo para programar la actuación de la administración con el límite sustantivo del cumplimiento del principio de “buena administración”. Desregulación que entronca en la colaboración público-privada que es, como se ha señalado parafraseando el título de una novela de Julio Cortázar, un “modelo para armar”. Y, paralelamente, que las normas procedimentales inciden de forma específica en los aspectos relativos a la competencia de los órganos que tienen que tomar las decisiones concretas.

VIII. FÓRMULAS DE PROPIEDAD DIVIDIDA

A los supuestos anteriores que plantean supuestos de flexibilización de los negocios sobre los bienes públicos se han de añadir la revitalización de ciertas figuras de propiedad dividida que eran tradicionales en nuestro ordenamiento y que han presentado una cierta expansión, en consonancia con lo ocurrido en otros ordenamientos jurídicos. Ciertamente, resulta paradójico cómo en aras de la modernidad, la flexibilidad y el cumplimiento del principio de la estabilidad presupuestaria se recurra a fórmulas olvidadas hace bastantes años.

Por un lado, está la figura del censo enfitéutico¹⁷ que consiste, como es conocido, en una prestación periódica dineraria anual que se vincula a la propiedad de un terreno o inmueble construido o en proceso de construcción en favor de una entidad financiera que sirve de garantía de pago de una renta durante el periodo acordado. No obstante, las fórmulas de gestión patrimonial también han padecido los avatares de los criterios de estabilidad presupuestaria y, después de un impulso que recibió el ejemplo del Derecho francés, fue catalogada operación financiera y por tanto se debía catalogar como una operación que computara a efectos del déficit de la entidad que constituía el censo y por ello cayó en desuso inmediatamente.

El segundo modelo, que sería el del arrendamiento operativo¹⁸, en cambio, sigue teniendo la misma ventaja cualitativa

y por ello sigue siendo un instrumento útil y utilizado por los entes públicos para disponer de infraestructuras y prestar servicios a la ciudadanía: no computa a efectos del déficit público, siempre que se cumpla con el test que ha efectuado Eurostat y que permite diferenciar el arrendamiento operativo del arrendamiento financiero, lo cual tiene unos efectos trascendentales en cuanto a sus efectos sobre el déficit público de la entidad pública contratante, ya que el arrendamiento financiero afecta a las necesidades de financiación de dicho ente público.

IX. EL MODELO DEL ARRENDAMIENTO OPERATIVO

Si tomamos la práctica de las administraciones públicas, podríamos convenir que el modelo que ha sido más utilizado en las fórmulas de colaboración público privado de gestión patrimonial es el arrendamiento operativo. Figura que no está contemplada de forma expresa en ninguna disposición y que se consiste en un negocio mixto, con interrelación de prestaciones, en el que concurren los siguientes tres elementos que desarrollaré con posterioridad, ya que detrás de su aparente simplicidad existen elementos que son importantes para combinar gestión patrimonial con prestación de servicios a la Administración contratante: i) En primer lugar, se encomienda la construcción de la infraestructura por parte de la Administración pública a la entidad arrendadora del inmueble; lo cual acostumbra a ser complementado con el otorgamiento de un derecho de superficie; ii) En segundo término, el destino del inmueble es su utilización por parte de la Administración para lo cual, una vez finalizada la realización de las obras, se procede a su arrendamiento a la Administración pública que ha encomendado la ejecución de la obra. No se va a tratar de un arrendamiento puro y simple sino que irá complementado con la prestación de servicios al ente público ya sea directamente (por ejemplo, en el caso de oficinas) ya sea a usuarios del servicio (por ejemplo, en el caso de hospitales o escuelas) y iii) Por último, como instrumento que sirve esencialmente para la retención de riesgos por el particular, durante toda la vida del contrato de arrendamiento, el particular arrendatario será el titular del derecho de propiedad sobre el edificio construido.

Por razones de espacio, no es éste el momento para analizar cómo se desarrollan estos tres elementos, partiendo del hecho, ya señalado, de que se trata de un contrato mixto en el que están contemplados todos ellos y, en algunas ocasiones, se recurre a algún otro elemento suplementario que sirve para garantizar el destino final de la infraestructura una vez concluido el periodo de ejecución del contrato. Sí conviene recordar un elemento complementario que es de interés teniendo en cuenta la multiplicidad de personas jurídicas instrumentales que se utilizan: no hay en este sentido ninguna dificultad para que sean Administraciones públicas o entidades públicas sometidas al derecho privado o incluso sociedades mercantiles públicas las que concierten estas operaciones. De hecho, la propia existencia de entidades como SEGIPSA u otras en las Comunidades autónomas está motivada por la realización de operaciones de gestión patrimonial entre las que se encuentra el modelo que se explica ahora. ❖

¹⁶ Conviene recordar, en este punto que la resolución de Eurostat sobre BIG tiene su origen precisamente en una operación de esta naturaleza, suscrita entre el Gobierno y dicha sociedad dependiente en su integridad del Gobierno federal austriaco.

¹⁷ Un estudio del valor del censo en la construcción de infraestructuras es el de AZOFRA VEGAS, F.; “La financiación privada de infraestructuras”; en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 96 (1997), pp. 543 y ss.

¹⁸ Sobre el arrendamiento operativo en el ordenamiento español, puede verse, únicamente, el estudio de HERRANZ EMBID, P., “Régimen general de las obras públicas”, dentro de la obra colectiva, *Derecho de los bienes públicos*, Valencia (2005), pp. 770 y ss.