

Capítulo 1. Experiencia española en Concesiones y Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo de infraestructuras públicas: marco general



Este documento fue preparado por el equipo de proyecto liderado por:
Andrés Rebollo Fuente
Socio responsable de Infraestructuras & Asociaciones Público Privadas de
Deloitte España

Madrid – España

14 Octubre 2009



Patrocinado por el Fondo Multilateral de Inversiones del
Banco Interamericano de Desarrollo

Los criterios aquí expresados son del autor y no necesariamente reflejan la posición oficial del BID ó del FOMIN. Los criterios aquí expresados son de los autores y no necesariamente reflejan la posición oficial del BID ó del FOMIN.

Índice

1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. EL CONCEPTO DE LA ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA Y OTRAS PRECISIONES PREVIAS EN RELACIÓN A LA FINANCIACIÓN PRIVADA DE INFRAESTRUCTURAS	6
2.1. INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE LAS APP	6
2.1.1. ¿QUÉ ES UNA APP?	8
2.1.2. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES	9
2.1.3. CARACTERÍSTICAS NO ESENCIALES U OTRAS CONDICIONES HABITUALES	10
2.2. FINANCIACIÓN PRIVADA Y FINANCIACIÓN PÚBLICA VS FINANCIACIÓN PRESUPUESTARIA Y PRESUPUESTARIA	11
2.2.1. FINANCIACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA	11
2.2.2. PRESUPUESTARIO VS. EXTRAPRESUPUESTARIO	12
2.2.3. FACTIBILIDAD FINANCIERA, MECANISMO DE PAGOS Y OTROS APOYOS	12
2.3. TRADICIÓN/INTRODUCCIÓN HISTÓRICA	15
2.4. MARCO LEGAL	17
2.4.1. INTRODUCCIÓN AL MARCO LEGAL.....	17
2.4.2. CATÁLOGO DE LEYES Y NORMAS.....	20
2.5. ASPECTOS CLAVE Y MOTIVACIONES.....	25
2.5.1. INTRODUCCIÓN	25
2.5.2. LA UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA (UEM).....	26
2.5.3. LA BÚSQUEDA DE EFICIENCIA.....	27
2.6. MARCO INSTITUCIONAL Y DE COMPETENCIAS.....	30
2.6.1. INTRODUCCIÓN	30
2.6.2. LA ADMINISTRACIÓN LOCAL: LA PROVINCIA Y EL MUNICIPIO	32
2.6.2.1. PROVINCIA	32
2.6.2.2. MUNICIPIO.....	33
2.6.3. COMUNIDADES AUTÓNOMAS.	35
2.6.4. LA ADMINISTRACIÓN ESTATAL.....	37
2.7. MODALIDADES O ALTERNATIVAS JURÍDICAS DE CONTRATACIÓN DE APPS	39
2.7.1. INTRODUCCIÓN	39
2.7.2. FORMAS CONTRACTUALES TÍPICAS.....	39
2.7.3. CLASIFICACIÓN DE LAS APPS EN FUNCIÓN DEL CONTROL DE LA SOCIEDAD (O ENTIDAD) QUE ACTÚA COMO SOCIO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN	40
2.7.4. LAS APPS INSTITUCIONALES 100% PÚBLICAS (EMPRESA PÚBLICA GESTORA)	41
2.7.5. LAS SOCIEDADES MIXTAS	42
2.7.6. LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA.....	43
2.7.7. LAS FÓRMULAS ARRENDATICIAS	44
2.8. EL SISTEMA EUROPEO DE CUENTAS (SEC 95): INTRODUCCIÓN A LOS APPS Y CONTABILIDAD PÚBLICA.....	46
2.8.1. INTRODUCCIÓN	46
2.8.2. CRITERIOS A CUMPLIR.....	47
2.8.3. UNIDAD INSTITUCIONAL.....	47
2.8.4. ORIENTACIÓN A MERCADO	48
2.8.5. ANÁLISIS DE RIESGO	48
2.8.6. LA DECISIÓN 18/2004.	49
2.8.7. RECAPITULACIÓN.....	49
2.8.8. RESUMEN GRÁFICO DEL PROCESO DE ANÁLISIS CONTABLE PÚBLICO DE UNA INFRAESTRUCTURA	51
2.9. PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN/LICITACIÓN EN ESPAÑA	52
2.9.1. INTRODUCCIÓN Y PRINCIPIOS GENERALES (PUBLICIDAD).....	52
2.9.2. OTRAS GENERALIDADES	53
2.9.3. PROCEDIMIENTO ABIERTO	54
2.9.4. PROCEDIMIENTO RESTRINGIDO.....	56
2.9.5. LA INICIATIVA PRIVADA	57
2.9.5.1. CONTEXTO JURÍDICO VIGENTE	57
2.9.5.2. CONTENIDO DE LA INICIATIVA PRIVADA.....	58

2.10.	DESCRIPCIÓN DEL PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA DE UN PROYECTO EN RÉGIMEN DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA (SECTOR CARRETERAS A MODO DE EJEMPLO):	60
2.10.1.	ESTUDIO INFORMATIVO DONDE SE ANALIZAN LAS CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS DE LAS SOLUCIONES CONTEMPLADAS, LOS COSTES ESTIMADOS Y LAS DEMANDAS GENERADAS	61
2.10.2.	ESTUDIO DE VIABILIDAD ECONÓMICA - FINANCIERA	63
2.10.3.	REDACCIÓN DE PLIEGOS	64
2.10.4.	FISCALIZACIÓN	64
2.10.5.	PROCESO DE VALORACIÓN/SELECCIÓN	66
2.11.	APROXIMACIÓN TÍPICA A LA ASIGNACIÓN DE ALGUNOS RIESGOS	68
2.12.	OTROS ASPECTOS Y CARACTERÍSTICAS RELEVANTES EN EL “MODELO ESPAÑOL TRADICIONAL” DE CONCESIONES DE OBRA PÚBLICA:	76
2.12.1.	ALGUNAS CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL MODELO DE LICITACIÓN/SELECCIÓN	76
2.12.2.	PLAZOS MÁXIMOS Y PLAZOS TÍPICOS DE CONTRATOS	76
2.12.3.	CONCEPTO DE RE-EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO	77
2.12.4.	MARCO TÍPICO DE PENALIZACIONES	78
2.12.5.	APROXIMACIÓN A LA RESCISIÓN ANTICIPADA Y SUS CONSECUENCIAS (CÁLCULOS/OBLIGACIONES DE COMPENSACIÓN)	80
2.12.6.	GARANTÍAS TÍPICAS EXIGIDAS	81
2.12.7.	PERFIL DEL CONCESIONARIO OFERENTE Y SU ORGANIZACIÓN	82
2.13.	INTRODUCCIÓN A UNA FIGURA ALTERNATIVA A LA CONCESIÓN TÍPICA EN ESPAÑA: LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA	84
2.14.	LAS EMPRESAS PÚBLICAS GESTORAS DE OBRA PÚBLICA EN ESPAÑA	85
2.14.1.	INTRODUCCIÓN	85
2.14.2.	ENTES PÚBLICOS DE GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURAS	87
2.14.3.	SOCIEDADES MERCANTILES	87
2.15.	COMENTARIOS SOBRE LAS NUEVAS FIGURAS DE CONTRATACIÓN / LICITACIÓN DE APPS EN ESPAÑA: EL CONTRATO DE CPP Y EL DIÁLOGO COMPETITIVO	89
2.15.1.	INTRODUCCIÓN	89
2.15.2.	EL CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO	89
2.15.3.	ANÁLISIS VALUE FOR MONEY (VALOR POR DINERO / VALOR POR PRECIO)	91
2.15.4.	EL DIÁLOGO COMPETITIVO	94
2.16.	FUENTES Y ESTRUCTURAS TÍPICAS DE FINANCIACIÓN PRIVADA	98
2.16.1.	INTRODUCCIÓN A LAS ESTRUCTURAS DE FINANCIACIÓN AJENA EN PROJECT FINANCE Y APPS	98
2.16.2.	FUENTES DE FINANCIACIÓN HABITUALES EN LOS APP EN ESPAÑA	105
2.17.	EL MERCADO DE APPS EN ESPAÑA (LADO DE OFERTA)	109
2.17.1.	INTRODUCCIÓN	109
2.17.2.	PROMOTORES	109
2.17.3.	FINANCIADORES	113
3.	TABLA RESUMEN MULTISECTOR	114

Índice de Figuras y Mapas

Mapa 1.	Mapa de Comunidades Autónomas en España	35
Figura 2.	Proceso de análisis contable público de una infraestructura	51
Figura 3.	Fases del proceso de una licitación pública	61
Figura 4.	Procedimiento de valoración de ofertas y selección	67

Índice de tablas

Tabla 1.	Matriz de asignación “tipo” de riesgos en proyectos APP	71
Tabla 2.	Fondos más activos en España	107
Tabla 3.	Algunos fundamentales de las empresas españolas	111

Tabla 4. Cartera de concesiones de algunos de los principales promotores.....111

1. Introducción

A lo largo de este capítulo se analizarán los aspectos generales para mejor definición y entendimiento del enfoque español a las Asociaciones Público-Privadas (o Alianzas Público-Privadas – APPs -) y la financiación de infraestructuras en general, de manera previa al análisis práctico de la experiencia española en los principales sectores.

Antes de comenzar con la descripción del marco general de las APPs, se establecerá con la mayor precisión posible la noción de Asociación Público-Privada imperante a lo largo de este informe, para luego explicitar una serie de precisiones terminológicas que ayudarán a una mejor comprensión de las consideraciones vertidas a lo largo de estas páginas.

Una vez definidos los principales términos relacionados con las APPs, se desarrollarán los aspectos generales del modelo/experiencia español como marco general que permita una mejor comprensión del análisis de la experiencia española centrada en los principales sub-sectores o grupos sectoriales tal y como han sido definidos en el apartado / documento introductorio del alcance y objeto de este informe.

2. El concepto de la Asociación Público Privada y otras precisiones previas en relación a la financiación privada de infraestructuras

2.1. Introducción al concepto de las APP

Asociación Público Privada es la traducción más fiel al español del término inglés *Public Private Partnership* (PPP). Pero, en España, existen lo que hoy se denominan APPs desde tiempos muy anteriores a que en el Reino Unido se comenzase a usar este concepto; baste pensar en cuan desarrollada estaba ya la figura de la concesión, a principios de este siglo. Y es que, la concesión, como figura jurídica, no es sino la manifestación contractual más común de las APPs en España y en otros muchos países de tradición Administrativista.

Las Asociaciones Público-Privadas, son una alternativa para la financiación y gestión de infraestructuras¹ (entendiendo el concepto "gestión" en su sentido más amplio, incluyendo la construcción, operación y mantenimiento de las mismas). Como se verá más adelante, muchas de las APPs conllevan pagos de origen presupuestario. Todas las APPs, en su carácter de alternativa de financiación para Administración, pero en especial aquellas que contemplan pagos de origen presupuestario, son objeto de control y análisis por las autoridades contables o estadísticas de los distintos países de la Unión Europea (UE), o cualesquiera agencias encargadas de la fiscalización de las cuentas públicas en los distintos países de la UE, y por parte también, de organismos especializados de la propia Unión.

Debe notarse que hablamos de financiación y gestión de infraestructuras públicas. Estas podrán llevar asociadas o no un servicio público, el cual a su vez podrá ser objeto o no de su gestión/explotación privada (p.e infraestructuras de transporte urbano y el propio servicio público de transporte a prestar con dicha infraestructura; equipamiento hospitalario y la prestación de los servicios clínicos teniendo como sede dicha infraestructura. De hecho, cuando concurre la existencia de un servicio público prestable haciendo uso de la infraestructura en cuestión, aquél (el servicio) puede ser contratado al mismo agente al que se le encarga o contrata (mediante el mismo contrato APP, p.e. "concesión de obra y servicio para la construcción, financiación y gestión de un tranvía y la explotación del servicio de viajeros"), o puede encargarse la explotación del servicio público a un agente privado distinto (siendo lo más extraño) o simplemente ser retenida dicha prestación por la Administración (p.e. las concesiones de gestión de la infraestructura hospitalaria en Madrid, del primer programa, con la prestación del servicio clínico y de atención sanitaria directamente desde el propio servicio de salud – "bata blanca").

Es importante también aclarar que APP es un "concepto", y no un tipo de contrato (lo

¹ Las APP pueden ser un mecanismo de financiación y gestión o "simplemente" serlo de gestión. Según muchos especialistas no sería necesario que mediase financiación privada para que una estructura jurídica fuese considerada una APP. Sin embargo, lo que aquí interesa, es su vertiente de mecanismo de financiación y gestión de infraestructuras. Sin embargo, ambos conceptos están en esencia unidos. A fines expositivos, con el concepto infraestructuras, se hará referencia además de las obras públicas de transporte terrestre u otras infraestructuras públicas de carácter radial (como las relativas a sistemas de abastecimiento de aguas), a los equipamientos sociales, como cualquier edificio de uso público o que tenga una finalidad pública (hospitales, escuelas, comisarías, juzgados, prisiones, y edificios que albergan a cualesquiera funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones).

que debe tenerse en cuenta a lo largo de todo este documento, ya que oportunamente se hablará del contrato "típico" de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado -CPP-, que es una forma contractual más, de las muchas que puede adoptar una APP).

Una APP puede desarrollarse bajo distintas fórmulas jurídicas (ver más adelante -resultando unas más indicadas o propicias que otras, según las necesidades a cubrir). En todo caso, algunos sostienen que es un tipo o modo de desarrollar una infraestructura, de "procurarla" ("*a procurement route*") pero no es una figura contractual, al menos en nuestro país (a pesar de la existencia del mencionado CPP).

Es esencial recordar al lector, también con objeto de precisar y contextualizar este análisis, que España es un país de tradición Administrativista, al igual que la totalidad de los países de Latinoamérica y a diferencia de Reino Unido y otros países de ámbito anglosajón, cuyos contratos se basan en el "Common Law". Este punto es relevante, porque en estos últimos casos, el contrato refleja la práctica totalidad de la regulación contractual, mientras que en países como España, no son sino un desarrollo de lo previsto en las Leyes, por lo que podemos decir, en la tradición legal napoleónica, el marco jurídico cobra una relevancia especial, estableciendo un marco dentro del cual se desarrollarán los contratos, más preciso (y restrictivo) que el que atañe a la misma actividad en los países anglosajones. Es el marco legal el que establece las tipologías posibles de contratos en el ámbito de la gestión de infraestructuras, mientras que estos, en los países anglosajones, vienen más bien definidos por el contenido o alcance de las obligaciones que se requieren a la parte contratada (el "socio privado").

Como veremos, puede haber distintas formas de APP (ver nota 1), pero a nosotros la que nos interesa es la que entendemos forma más pura, que es la que responde a formas de contrato del tipo DBFOM (diseñar, construir, financiar, operar y mantener), aquellas en las que la contraparte contractual de la Administración desempeña todas las actividades relativas al ciclo de vida de la infraestructura (desde la construcción a su reversión pasando por el mantenimiento ordinario y extraordinario), y ligando en todo o en parte su retribución al buen comportamiento de la misma (especialmente en APPs de proyectos no generadores de ingresos).

Continuando con la precisión, veremos que casi todas las que en este informe tocamos, con muy pocas excepciones (algunas autopistas de peaje o cuota), se sustentan en mayor o menor medida en pagos públicos / presupuestarios como ingreso del gestor privado.

En este punto nos encontramos con **dos tipos básicos y dos variantes de APP** (siempre en el sentido de DBFOM):

- Las relativas a **proyectos que no generan sus propios ingresos** /contratos que no generan sus propios ingresos comerciales (pagos de usuarios), consistiendo el 100% del ingreso en pagos por servicio, que como veremos pueden estar ligados al uso / demanda o a la calidad / disponibilidad según los sectores de que se trate (por la naturaleza de la infraestructura o por decisión política)².

² Pues puede ser la carretera en cuestión libre de peaje, o no haber incluido en el objeto del contrato APP la explotación de la misma aun cuando sí se haya previsto cargar peaje al usuario.

- Las relativas a **proyectos generadores de ingresos** – a nuestros efectos, básicamente, infraestructuras de transporte donde se cargue una tarifa al usuario. Estos a su vez, como veremos, pueden ser: (i) **autofinanciables o factibles comercialmente**, (ii) o **no autofinanciables**, no factibles comercialmente (los ingresos extrapresupuestarios o comerciales generados por el proyecto no son suficientes para sufragar el total de costes de explotación y amortizar los capitales y deudas invertidos).

2.1.1. ¿Qué es una APP?

Se propone la siguiente definición:

Término aplicable a toda asociación entre parte pública y privada, para el desarrollo de una infraestructura pública y/o el desempeño de un servicio público, que cumpla las siguientes características:

- *Participación privada (en la financiación y/o en la gestión).*
- *Transferencia de riesgos.*
- *Relación contractual a largo plazo.*

En esencia, es toda asociación de carácter contractual entre una parte pública (el socio³ público) y otra privada (el socio privado) para el desarrollo⁴ o provisión y/o gestión de una infraestructura y/o un servicio público, que cumpla algunas de las características que se exponen más abajo.

Una APP, no tiene por qué conllevar necesariamente la construcción y financiación de una nueva infraestructura, sino que su objeto puede ser simplemente la gestión de un servicio público como alternativa de financiación y gestión de infraestructuras públicas.

También hay que llamar la atención al hecho de que esta definición ampara además, proyectos que pueden incluir en el mismo contrato APP ambas cuestiones: el desarrollo de una infraestructura y la operación/prestación de un servicio público (p.ej., la financiación, construcción y operación de un sistema de metro, que implica un servicio público, el de transporte de viajeros).

Cuando el objeto de la APP es el de desarrollar una infraestructura, necesariamente, se debería incluir además la gestión en el largo plazo de la misma (su explotación, o su operación y mantenimiento, en lo que en jerga financiera e inglesa sería un contrato DBFOM⁵).

³ "Socio" (*partner*) en el sentido de parte en una asociación (*partnership*), y no en el sentido de "accionista" de la posible sociedad que se cree para la gestión de la infraestructura (p.ej. la sociedad concesionaria). Esta matización es sumamente relevante, ya que en sí misma explica gran parte de las dificultades que encuentran los promotores públicos para desarrollar con éxito las APP de carácter institucional: la dificultad de entender que esa sociedad pública, debe ejercer de verdadero socio privado de Administración, con todas sus consecuencias.

⁴ Se incluye bajo este concepto la financiación, además de la construcción de infraestructuras. Y no sólo infraestructuras completamente nuevas, sino también inversión en el desarrollo adicional de una infraestructura pre-existente (denominándose las primeras en la jerga financiera un *green field* y las segundas *brown field*).

⁵ DBFOM (*Design, Build, Finance; Operate and Maintenance*).

Las características de una APP, se pueden dividir en las de carácter esencial y las de carácter no esencial.

2.1.2. Características esenciales

(1) Transferencia significativa de riesgos empresariales al socio privado⁶.

Se hace necesario realizar una primera matización. Se habla de transferencia significativa, reconociendo que es una calificación ambigua, imposible de precisar. Se podría utilizar, como hacen algunos autores, una referencia a la “mayoría de los riesgos⁷”, pero esto podría resultar incorrecto, pues del abanico de riesgos existentes o que pueden afectar a un proyecto financiero en esquema APP (el catálogo de riesgos desde el punto de vista causal) es muy variado, en especial en cuanto al impacto potencial de los mismos. También se debe aclarar, que hay riesgos que no son transferidos íntegramente al socio privado, sino compartidos⁸, en mayor o menor medida. Lo importante es que la mayoría, sino todos los riesgos más significativos o relevantes, es decir (los de impacto potencial más *significativo*), estén transferidos al socio privado de una manera *significativa*.

(2) Relación contractual a largo plazo.

Es evidente que esta característica se encuentra íntimamente unida a la anterior. En cuanto a ciertos riesgos (básicamente de ingresos o de costes), solo será significativa la transferencia de los mismos si se hace en un horizonte de largo plazo. Aquí estriba gran parte de la supuesta eficiencia de estas formas de contratación de provisión de infraestructuras, en el hecho de que, en principio (si el contrato está adecuadamente estructurado⁹), las posibles desviaciones, que son hartamente probables si no se gestionan

⁶ Para el “Libro Verde sobre Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones” (Comisión Europea), basta con que exista cierta transferencia de riesgos, sin necesidad de que esta sea más o menos significativa. Sin embargo, solo se debería hablar propiamente de APP cuando la mayoría de los riesgos está en la parte privada, pues de lo contrario se desnaturaliza la operación, teniendo como consecuencia, de manera acorde a los criterios de contabilidad pública del SEC 95, su cómputo en déficit y deuda públicas, en aquellas APPs que incluyen en su objeto la financiación de la infraestructura.

⁷ Los riesgos, en financiación privada, pueden atender a distintas clasificaciones: según el momento en el que suceden (de o durante construcción, de o durante explotación), según su causa (fuerza mayor, acto del príncipe/decisión de Administración, etc.), según su carácter (financiero, de inflación, medioambiental), según la parte de los fundamentales económicos del proyecto que estén afectando (de ingresos, y dentro de estos, de precio o de volumen, etc.).

⁸ Un ejemplo son las cláusulas de revisión de precios (*benchmark*), en contratos de concesión, en los que se reconoce la imposibilidad por parte del concesionario de controlar o manejar de manera eficiente la evolución de algunos de sus costes en el largo plazo (p.ej. el coste de la luz, el coste del agua, o incluso el coste de los seguros), aceptándose que cada cierto tiempo (habitualmente entre 3 a 5 años) se revisen los precios del contrato de concesión (p.ej. el precio que cargar el concesionario como proveedor de un servicio de disponibilidad a la Administración cliente), para re-equilibrar la concesión (i.e. ajustar los ingresos potenciales de manera que se mantenga la expectativa original de rentabilidad, la que se consignó a la fecha de la presentación de oferta al concurso para adjudicación de dicha concesión, analizando el impacto de la variable protegida de manera aislada a las demás).

⁹ Desde un punto de vista financiero y de APPs se entiende por estructuración del contrato la definición precisa de los repartos de los riesgos (*risk allocation*), que además está íntimamente unido a la configuración de los mecanismos de pago, en aquellos proyectos que no son generadores de sus propios ingresos (*revenue makers*), o que si bien cuentan con ellos, estos no son suficientes para hacer el proyecto factible desde un punto de vista financiero. También forma parte de la estructuración jurídico-financiera de una APP el diseño de las variables de selección/adjudicación.

adecuadamente, deben de ser por entero asumidas por el socio privado (o sea, que no sean trasladables al socio público salvo casos muy excepcionales y debidamente tasados en el contrato).

- (3) Participación del sector privado (sector privado en sentido estricto, representado por empresas de titularidad privada).

Esta participación puede ser en forma de inversión en capital, o participando como contratista o subcontratista, incluso simplemente en un contrato de asistencia técnica.

2.1.3. Características no esenciales u otras condiciones habituales

- (1) Participación de recursos financieros privados o presencia de "financiación privada" u objetivo de que esta se configure como tal.

Es interesante resaltar como esta característica, que en principio, no parece ser condición necesaria para que una estructura contractual se considere APP, refuerza la primera de las características esenciales.

- (2) Existencia de pagos públicos o de origen presupuestario, como ingresos del socio privado dentro de ese contrato a largo plazo¹⁰.

Como se explicará más adelante, los ingresos de una estructura APP para la financiación y gestión de una infraestructura, pueden ser de carácter extra-presupuestario (p.ej.: peajes al usuario, ingresos por publicidad, u otros ingresos de explotación comercial), o de naturaleza presupuestaria (dentro de lo que habitualmente se denomina el "mecanismo de pago"). Ambas fuentes de ingresos pueden coexistir, lo cual sucede cuando los primeros no son suficientes para hacer el proyecto factible desde un punto de vista comercial-financiero.

- (3) Confluencia de la figura de la concesión como instrumento contractual.

Aunque como se verá hay otras figuras contractuales en nuestro ordenamiento que habilitan el desarrollo de una APP. En otras palabras, puede decirse prácticamente que todas las concesiones son APPs pero no toda APP es una concesión.

¹⁰ Cuando los pagos públicos son prácticamente (con excepciones de importe muy marginal) el único ingreso del gestor del proyecto o de la estructura APP, y se está en el ámbito de las "infraestructuras sociales", estas APPs se denominan también PFI (*Private Finance Initiative*). Se trata de proyectos donde no existe interfaz entre el gestor (concesionario) y el usuario, sino que la provisión del servicio público la retiene la Administración. En este tipo de proyectos, donde antes la Administración pagaba por un activo (el equipamiento o inmueble), ahora lo que hace es pagar por un servicio: el de que dicho activo esté a su disposición, para prestar el servicio del que se trate. A modo de ejemplo, las APPs de los hospitales de Madrid se pueden considerar estructuras de PFI, mientras que las de Valencia no (pues en ellas el servicio de salud lo ofrece el concesionario, mientras que en las primeras solo se concede la gestión de la infraestructura o equipamiento). Algunos expertos aplican también el apelativo de PFI a las APPs de transporte en los que no hay interacción por parte de la sociedad gestora con el usuario.

2.2. Financiación privada y financiación pública vs financiación presupuestaria y presupuestaria

2.2.1. Financiación pública y privada

La financiación de infraestructuras públicas, puede ser privada, pública o mixta. Pero este carácter es indistinto al origen de los fondos aplicados a la construcción y puesta en marcha del proyecto/negocio en cuestión no así de su destino en cuanto a reflejo contable (en contabilidad nacional).

A la financiación privada de infraestructuras públicas se la conoce como la financiación "fuera de Balance" debido a que el activo financiado y la deuda asociada no se encuentran en el Balance de la Administración.

El carácter privado o público de la financiación lo determina del Sistema Europeo de Cuentas (SEC 95) atendiendo, como se adelantaba en el apartado anterior y se explica detalladamente en el apartado 2.8 (El Sistema Europeo de Cuentas (SEC 95): Introducción a los APPs y contabilidad pública), a la transferencia adecuada de los riesgos del proyecto hacia el unidad ejecutora. Entre los criterios que utiliza la regulación SEC 95 se encuentra la transferencia del riesgo de construcción, disponibilidad y/o demanda. A groso modo el criterio que se sigue es el de quien gestiona el riesgo soporta la deuda en su balance.

A modo de ejemplo, en el caso de una contratación convencional (no contratación de la operación y mantenimiento al mismo agente que construye y con transferencia de riesgos, sino solo contratación de la obra), la Administración puede optar por endeudarse contra el propio proyecto directamente (es decir, en lugar de financiarse con un banco directamente se financia indirectamente a través del contratista, mediante la definición de un esquema de pagos diferidos – es lo que se denomina método alemán). Esta estructura financiera se considerará deuda pública y a los efectos de nuestro informe la consideraremos como financiación pública o tradicional (si bien se puede entender que es una variante más o menos sofisticada¹¹).

Cuando en una estructura APP, de financiación privada que sea categorizable como tal a efectos de SEC 95, una parte de los fondos los proporciona la Administración contratante, como pagos durante construcción y no reintegrables, podemos decir que estamos ante una financiación mixta o un sistema de co-financiación. Estos

¹¹ Esta variante de contratación convencional con pago aplazado es conocida en ámbito internacional como *Design, Build and Finance* (DBF). Una entidad financiera proporciona los fondos al contratista a medida que avanza la ejecución de las obras, mediante "descuento" de la promesa de pagos futuros de la Administración, o mediante crédito que será amortizado con cargo a dichos pagos. Aunque muchos autores consideran una estructura como esta un tipo de APP, nosotros no lo consideramos así, del mismo modo que el libro verde de la unión europea en materia de APPs tampoco lo hace. Por ausencia de riesgo vinculado al comportamiento de la infraestructura y por ende no ligazón de la retribución del contratista al adecuado mantenimiento de los estándares técnicos de la infraestructura. El método alemán más puro es en el que la Administración paga de una vez la infraestructura una vez que esta está completa y es debidamente "repcionada", si bien tiene como variante el fraccionamiento y aplazamiento de dicho pago. Son muchas las experiencias en contratación de obra pública en España bajo esta modalidad, si bien proliferaron especialmente cuando existían lagunas de interpretación en relación a su carácter de financiación/deuda pública. Actualmente es más bien una solución para atacar un potencial problema de liquidez de la Administración que contrata, pero a sabiendas de que contablemente, la obra en cuestión, va a reflejarse como activo público asociado a un pasivo/deuda que se va generando a medida que la obra avanza y es certificada.

importes (y no la totalidad de la estructura) sí tendrán reflejo en las cuentas públicas como gasto de inversión del año en curso.

2.2.2. Presupuestario vs. Extrapresupuestario

Como hemos visto antes, es plenamente compatible el carácter privado de la financiación con la existencia de pagos de carácter presupuestarios configurados como ingresos de la sociedad APP (en lo que se denomina el "mecanismo de pagos del contrato"). La existencia de tal recurso presupuestario está asociada a proyectos que, o bien no son generadores de ingresos, o bien siéndolo no resultan factibles financieramente (tales ingresos extra-presupuestarios resultan insuficientes para sufragar la totalidad de costes y amortizar los capitales invertidos y deudas suscritas).

Las formas / modelos de contratos de financiación-gestión de infraestructuras públicas más habituales que son susceptibles de considerarse como APPs desde el punto de vista contable público, es decir (aceptación de su carácter de financiación privada) y por ende habilitar a la Administración a la obtención de financiación privada, son:

- Concesión de obra pública.
- Contrato de gestión de servicios públicos con Empresa de Economía Mixta, donde parte de sus accionistas son privados y otra parte públicos.
- Empresa Pública Gestora / explotadora (EPGE), cuya justificación como APP es más compleja debido a la naturaleza pública de la sociedad.

Veremos algunas de las principales características de estas figuras de contratación en un apartado posterior.

Cualquier modo de gestión (directa o indirecta) por parte de la Administración puede ser en principio compatible con la categorización de la financiación como pública (recogida en presupuestos) y como privada.

2.2.3. Factibilidad financiera, mecanismo de pagos y otros apoyos

Tanto si una infraestructura es "no generadora de ingresos" como si lo es, pero esos no son suficientes (no factible comercialmente), deberán existir mecanismos de compensación o apoyos presupuestarios a la sociedad gestora encargada de la financiación de la infraestructura (sociedad APP o "socio privado") a fin de hacer factible el proyecto financieramente.

El apoyo presupuestario, puede ser realizado durante la construcción de la infraestructura y/o diferirlo a lo largo de la concesión.

Entre los apoyos financieros durante la construcción destacan:

- Subvención de capital / pagos de construcción
- Deuda subordinada o préstamo participativo inicial de la Administración (i.e deuda concedida por la Administración en condiciones ventajosas de tipos de interés y/o calendario de amortización).
- Inversión en capital de la Administración (en empresas mixtas)

Entre los apoyos presupuestarios diferidos se encuentran:

- Subvención de la explotación (a fondo perdido).

- Pagos contractuales por servicio (pagos por demanda/ pagos por servicio/disponibilidad).
- Garantías (ingresos mínimos, devolución de deuda a los bancos, etc.).
- Deuda subordinada o préstamo participativo de la Administración.

Unos son más eficientes que otros (desde el punto de vista presupuestario) y se seleccionará una u otra en función de los objetivos que se persigan. Lo que debe quedar claro es lo siguiente:

- Las subvenciones de capital / pagos de construcción no retornables inyectan recursos a coste cero, por lo que son el mecanismo más eficiente de apoyos directos / durante construcción para apoyar la factibilidad de un proyecto generador de ingresos, o en un contexto de proyecto no generador de ingresos, son usados para rebajar la carga anual del mecanismo de pagos (de los pagos por servicio), pues no vienen sino a minorar el volumen del paquete de financiación privada. Pero estos pagos no deberían suponer la mayoría de los fondos necesarios para el desarrollo de la infraestructura, esto es, el paquete de financiación privada debe de mantener un volumen significativo tanto en términos absolutos como en especial relativos, pues de lo contrario los beneficios inherentes al "valor por dinero" se perderán, ya que es la participación en la financiación a riesgo lo que vincula de manera efectiva al socio privado y sus bancos con el buen comportamiento de la infraestructura.
- Los apoyos en forma de mecanismo de pagos, es decir, con naturaleza de verdaderos pagos o contraprestaciones contractuales (debidamente ligados al volumen o calidad del servicio prestado) deben de ser la sustancia del ingreso en detrimento de subvenciones de explotación convencionales, en especial en el caso de complementar ingresos extrapresupuestarios cuando se esté apoyando la factibilidad de un proyecto (p.e. tranvías) pues de lo contrario se estará vaciando de riesgo la estructura contractual.

Siendo esta una cuestión que depende esencialmente de cada sector de APP, y que expondremos para cada uno de ellos en los siguientes capítulos, de manera resumida, podemos decir que:

- En proyectos con ingreso presupuestario pero de imposible factibilidad (p.e. infraestructuras ferroviarias), el enfoque habitual en España es la combinación de subvenciones de capital (es decir, co-financiación, por hasta un 40% de los fondos del proyecto), con la implementación de un mecanismo de pagos que habilita ingresos complementarios a la tarifa usuario (ligados a la demanda, a la disponibilidad, o una combinación).
- En proyectos que pueden ser indistintamente factibles o no factibles comercialmente, como las condiciones de carretera con peaje al usuario, lo habitual es establecer un mecanismo de deuda participativa de la Administración, con un tipo de interés inferior al mercado (p.e. 1%) pero revisable al alza de manera ligada al tráfico/ingreso percibido finalmente por el proyecto, y con un calendario de amortización muy flexible

concentrado en el último año o dos últimos años del contrato (habitualmente de tipo concesional).

- Los proyectos que no generan ingreso de usuario (es decir, aquellos de tipo PFI, en infraestructura social, o carreteras libres de peaje) no se suele ver mecanismo de co-financiación alguno, si bien la tendencia es a considerar la combinación de ambos apoyos o sistemas de compensación, en especial teniendo en cuenta la situación actual de crisis de liquidez del mercado financiero y la dificultad de obtener paquetes de deuda a riesgo proyecto de cuantías elevadas.
- En algunos casos de PFI y algunos esquemas de pagos por usuario, se ha promovido sistema de ingresos mínimos, como suelo de los pagos a realizar por la Administración con independencia del tráfico / volumen de demanda (algunos tranvías) o como componente del pago por disponibilidad no sujeto a deducciones (caso de los hospitales de Madrid en su primer programa). Lo anterior fin de proteger la deuda y hacer el proyecto más accesible y en mejores condiciones a las entidades financieras.

2.3. Tradición/introducción histórica

España es uno de los países con mayor tradición en el recurso a la financiación privada para la promoción de infraestructuras y/o la prestación de servicios públicos.

Si bien podríamos remontarnos a tiempos del antiguo imperio romano para describir ya ejemplos concretos de infraestructuras de carácter público que fueron construidas y gestionadas por capitales privados en la península ibérica, no es hasta mediados del siglo XIX cuando encontramos el precedente histórico del marco legislativo, que dentro de lo que podemos denominar "Estado moderno", regula el recurso a la financiación y/o gestión privada de infraestructuras públicas: la Instrucción de Obras Públicas de 10 de octubre de 1845.

Desde ese momento, sucesivas leyes, generales y sectoriales, han sido promulgadas al objeto de constituir, en su respectivo momento, un marco regulatorio mejorado, dentro del cual incentivar la inversión de recursos financieros por parte de promotores privados en la construcción y operación de infraestructuras públicas.

El éxito de todas las leyes promulgadas hasta prácticamente el último cuarto del siglo XX se puede calificar de relativamente modesto, pero muy significativo en términos comparativos internacionales.

No obstante lo anterior, **en la última década, España se ha convertido en uno de los mercados más activos en el recurso a esquemas de Asociación Público Privada**, como esperamos saber explicar a lo largo de este informe. Dos son las principales razones que lo justifican:

- La entrada de España en la Unión Europea, y concretamente, en la Unión Económica y Monetaria (i.e., la adopción del Euro) y la observancia de los criterios de niveles de deuda y déficit público que se exige a los estados miembros.
- La progresiva transferencia a las Comunidades Autónomas (gobiernos regionales) de la competencia y capacidad de gasto público.

Y dos son los principales factores que lo han permitido:

- Un marco regulatorio que a pesar de sus deficiencias, ha establecido reglas de juego claras y previsibles, o cuanto menos estables y por tanto conocidas y testadas por los distintos actores.
- Un sector privado, compuesto fundamentalmente por empresas constructoras y entidades financieras, con un enorme protagonismo en este mercado, tanto a nivel nacional como internacional.

Las infraestructuras que han sido promovidas bajo estos esquemas se encuentran en prácticamente todas las áreas de infraestructuras posibles: transporte (carreteras, ferrocarriles, metros, tranvías, puertos y aeropuertos), equipamiento social (hospitales, centros educativos, juzgados, centro penitenciarios), energía y agua.

A modo de síntesis, y como justificación práctica de lo anteriormente manifestado, sintetizamos los principales logros obtenidos en el periodo 1998-2008.

- Casi 50 proyectos de carreteras, con una inversión superior a los 20.000 millones de euros han sido licitados y adjudicados en los últimos 10 años.

- Desde el año 2002, 13 hospitales y 10 edificios sociales (centros penitenciarios, comisarías, juzgados y centros educativos), con una inversión superior a los 4.000 millones de euros, han sido licitados y adjudicados.
- 12 concesiones de proyectos ferroviarios (metros y tranvías, principalmente) han visto la luz, con otros 8 actualmente en estudio.
- Desde el año 1997 se han convocado y adjudicado 13 concesiones de puertos deportivos y 19 de terminales nuevas / ampliaciones de puertos comerciales, al tiempo que cuatro regiones han promovido sus aeropuertos regionales en esquemas APP.
- Más de 10 de las principales ciudades españolas tiene concesionado a empresas mixtas el sistema de distribución de agua. Adicionalmente, decenas de contratos de concesión cubren las infraestructuras de tratamiento de agua (Estaciones de Depuración de Aguas Residuales y Estaciones de Tratamiento de Agua Potable, Plantas de desalinización). También varios proyectos de construcción, operación y mantenimiento de canales de riego.
- Recientemente, los citados esquemas han comenzado a considerarse para la promoción de infraestructuras y equipamientos públicos de carácter municipal (polideportivos, palacios de congresos, sistema de alumbrado público).

2.4. Marco legal

2.4.1. Introducción al marco legal

El marco legal de las Asociaciones Público-Privadas no se agota en la legislación específica de los contratos administrativos. De hecho, como se explicará a lo largo de este trabajo, no todas las APPs se estructuran bajo el paraguas de los contratos administrativos, y la legislación que les resulta aplicable¹² varía según las características de la “autoridad contratante” (la propia ley establece distintos grados para su aplicación, dependiendo de quién contrate: una administración pública *stricto sensu*, un ente descentralizado del Estado, una empresa pública, etc.).

Esta advertencia preliminar está destinada a puntualizar que el análisis del marco legal de una APP, en el momento de llevarla a la práctica, debe tener en cuenta no sólo la legislación aplicable a la contratación pública y la que afecte al sector respectivo, sino también la legislación mercantil y fiscal que resultará determinante para una correcta estructuración.

A pesar de lo expuesto precedentemente, cabe centrar este apartado en la Ley de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público –LCSP-), que es la principal referencia normativa en la materia. De hecho, la regulación de la contratación pública española se encuentra armonizada en todo el territorio mediante este texto legal (tendente a armonizar la contratación pública española con la del resto de la Unión Europea¹³).

Sin perjuicio de la armonización normativa en la materia que implica la citada legislación estatal, cabe mencionar que la gestión de la contratación pública (ver apartado 2.6) cuenta con un alto grado de descentralización en diferentes niveles. Así, en términos sintéticos, las principales autoridades públicas involucradas, son:

- La Administración General de Estado.
- Las Comunidades Autónomas.
- Los entes locales (municipios, y algunos organismos supramunicipales como los Cabildos, los Consells, las Diputaciones, o las Mancomunidades).
- Los entes autónomos y otras entidades de derecho público vinculados a las administraciones enunciadas precedentemente.

En el apartado 2.6 se incluye un análisis más detallado de las competencias y potestades de cada una de estas autoridades.

En cuanto a la legislación vigente, cuyo estudio pormenorizado excede el marco del presente estudio, corresponde aquí incluir una breve descripción. Como se explicaba al principio de esta sección, la citada LCSP tiene por objeto regular la contratación del

¹² Sin perjuicio de la aplicación transversal de determinados principios –básicamente los de publicidad y concurrencia- establecidos en la Ley de Contratos del Sector Público.

¹³ No debemos olvidar que España es un país miembro de la UE, y como tal le son de aplicación directa ciertas normas emitidas por esta en materia de contratación pública (como en relación a tantos otros ámbitos), que tienen rango de “Reglamentos”, o debe en un plazo determinado de tiempo adaptar otras, que son emitidas como “Directivas” (estas no son de aplicación directa en el territorio de los países miembros sino que requieren de una ley nacional que las desarrolle).

sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a los procedimientos, publicidad y transparencia de los mismos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios. Todo ello mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Es igualmente objeto de la LCSP la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público, que a través de los mismos, se tratan de realizar.

La propia Ley define qué debe entenderse como "contrato del sector público" en su artículo 2º: "...Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3".

Esta última remisión incluye a: (i) Administración Pública (*stricto sensu*), (ii) Poderes adjudicadores¹⁴; (iii) Resto de entidades del Sector Público no incluidas en los grupos anteriores, (iv) Entidades privadas que celebren contratos subvencionados por los entes, organismos y entidades del sector público, y (v) Concesionarios de obra pública que celebren contratos de obra.

Fijado el ámbito de aplicación de la Ley, es preciso tener en cuenta que la misma hace dos grandes distinciones, que determinarán la intensidad con que la propia ley resultará de aplicación para cada uno de ellos.

La primera es la que distingue entre contratos administrativos, y contratos de derecho privado.

Los contratos administrativos, que pueden ser típicos o especiales, se rigen en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por la normativa pública sobre contratos. En el caso de los contratos privados, la preparación y adjudicación se rige por la normativa pública, pero los efectos y extinción por la legislación privada (entre éstos últimos, y de especial relevancia en materia de APPs, cabe incluir en España los contratos de arrendamiento).

La otra distinción importante es la que se refiere a los contratos que estén, o no, sujetos a "regulación armonizada" (esto es, sujetos al derecho de la contratación pública que

¹⁴ Según define la propia ley, en su artículo 3º: "Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Las Administraciones Públicas.

b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores."

emana de la Unión Europea), dicha sujeción depende, principalmente, en el monto de cada contrato.

La primera consecuencia, en el caso de que los contratos estén sujetos a regulación armonizada es, en términos prácticos, la obligación de publicar el anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), ya que la propia LCSP traspone el contenido de las directivas comunitarias (en particular la Directiva 2004/18/CE) al derecho español, por lo que la mayoría de las disposiciones de la normativa comunitaria tienen reflejo en la LCSP.

Resulta conveniente, antes de terminar esta breve introducción al marco jurídico de la contratación pública en España, mencionar un elemento relevante para quienes estén interesados en profundizar desde el plano jurídico-administrativo.

Para la resolución de cuestiones complejas, tanto a nivel estatal como a nivel autonómico, existen organismos consultivos especializados en la contratación pública, cuya intervención puede ser instada por los órganos de contratación, o bien obligatoria por disposición legal/reglamentaria. Los dictámenes de estos órganos, si bien en algunos casos resultan prescriptivos, no suelen tener carácter vinculante.

Es destacable, por su precisión técnica y por una labor doctrinaria que ha conseguido ganarse el respeto de los distintos operadores jurídicos (lo que no es menos relevante, por su potencial carácter vinculante), la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa, dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda del Gobierno de España, cuyos informes anuales merecen una mención especial, ya que presentan un panorama claro sobre el estado de la contratación pública y su evolución esperable en el corto plazo.

2.4.2. Catálogo de leyes y normas

Se incluye en este apartado un catálogo de leyes relevantes, susceptibles de incidir en la regulación de las APPs, o bien en el marco de negociaciones en el que las mismas se desenvuelven.

Si bien todas resultarán relevantes, dependiendo del tipo de transacción, del sector, y de las demás características -que pueden variar de un proyecto a otro-, es preciso insistir en que la legislación central de la materia que ocupa este trabajo es la ley de contratos del Sector Público (Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público -LCSP)¹⁵ ya que la misma se aplica -con mayor o menor intensidad- a lo largo de todo el tejido integrante del sector público español, ya sea que se trate de una Administración Pública *stricto sensu*, un ente descentralizado, una empresa pública, etc.

Si bien muchas Comunidades Autónomas han regulado la materia de la contratación pública, ya sea en leyes específicas, o sólo aplicada a sectores determinados, es la LCSP la que sirve de guía para todas ellas.

En algunos casos, llegaría incluso a derogar la normativa autonómica que pudiera contradecirla. Esto es, porque la Constitución Española de 1978, establece la distinción entre las normas que tienen carácter básico, y aquellas que no lo tienen¹⁶.

A los efectos de este informe, la distinción entre normas de carácter básico y las que no lo tienen, se hace en relación con aquellas normas que pueden, o no, ser desarrolladas legislativa y reglamentariamente por las Comunidades Autónomas, y aquellas que armonizan la legislación en todo el territorio español (las de carácter básico) y no son susceptibles de modificación por las Comunidades Autónomas.

En este sentido, la LCSP, no determina expresamente cuáles de sus preceptos tienen carácter básico (cosa que sí hacen muchas otras leyes, aunque no todas), lo que presenta un verdadero problema interpretativo (se exige un análisis pormenorizado a la hora de determinar si sus preceptos pueden ser desarrollados reglamentariamente, o modificados por la legislación autonómica).

Cabe hacer mención también, a la existencia de leyes autonómicas (normalmente leyes sectoriales: de carreteras, puertos, ferrocarriles, etc.) que regulan no sólo determinados mercados, sino también las modalidades de contratación. En este sentido, y sin ninguna vocación exhaustiva ya que existen muchos ejemplos en la mayoría de CCAA, se pueden mencionar:

- Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla y León 10/2008, de 9 de diciembre, de carreteras de Castilla y León.

¹⁵ Esta reciente Ley no responde sino a una nueva revisión del marco de legislación de contratos administrativos en vigor, para darle mayor consistencia, al anterior texto refundido, al tiempo que se adaptaba nuestro ordenamiento a una serie de directivas comunitarias en materia de contratación pública.

¹⁶ Debe advertirse aquí, si bien excede el marco de este trabajo, existen distintos tipos de leyes de carácter básico (las de aplicación directa sin necesidad de reglamentación, y aquellas que deben ser desarrolladas para su efectiva aplicación), y que este carácter básico lo es, tanto en relación con la potestad del poder ejecutivo de desarrollarlas reglamentariamente, como respecto de la potestad de las Comunidades Autónomas de regular en función de dichas normas de carácter básico y dentro de los límites que estas imponen.

- Ley 9/1990, de 28 de diciembre, de Carreteras y Caminos de Castilla-La Mancha.
- Ley 8/1998, de 17 de diciembre, de Carreteras de Aragón.
- Ley Foral 5/2007, de 23 de marzo, de Carreteras de Navarra.
- Ley 2/2008, de 21 de abril, de Carreteras de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- Ley de Cantabria 5/2004, de 16 de noviembre, de Puertos de Cantabria.
- Ley 9/2006, de 26 de diciembre, de Servicios Ferroviarios de Andalucía

Algunas normas relevantes no directamente vinculadas a la contratación pública pero con influencia en esta, en concreto posible influencia en el desarrollo de los APP:

- Constitución Española de 1978¹⁷.
- Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas, con la que se traspone al ordenamiento español la Directiva 2006/111/CE, de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006.
- Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria.
- Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, especialmente el Capítulo I ("Ámbito de aplicación y organización del sector público estatal") de su Título I ("Del ámbito de aplicación y de la Hacienda Pública estatal"), el Capítulo V ("De las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles estatales y fundaciones del sector público estatal") de su Título II ("De los Presupuestos Generales del Estado") y el Capítulo III ("Información contable") de su Título V ("Contabilidad del sector público estatal"), así como sus Disposiciones Adicionales Novena ("Sociedades mercantiles y otros entes controlados por el sector público") y Décima ("Memoria para la constitución de sociedades mercantiles").
- Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, en especial su Título VII (arts. 166-182), que lleva por enunciado "Patrimonio empresarial de la Administración General del Estado".
- Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, modificada por la Ley Orgánica 3/2006, de 26 de mayo.
- Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, tal y como ha sido modificada por la Ley 15/2006, de 26 de mayo.
- Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración

¹⁷ A la norma básica por excelencia, se le debe añadir las Leyes que aprueban los distintos Estatutos de Autonomía de cada una de las Comunidades Autónomas que componen la organización del estado español, con relevancia a la hora de definir el marco de competencias y poder entender cuando estamos o podemos estar en mercado/sector donde hay capacidad de promoción de estos esquemas por las regiones o incluso ser estas Administraciones las únicas competentes en el ámbito sectorial de que se trate (p.e. infraestructuras de salud o de educación, como veremos en el capítulo correspondiente de este informe).

General del Estado.

- Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.
- Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas.
- Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, junto con su Reglamento, aprobado por Real Decreto de 26 de abril de 1957.

Normativa de carácter general sobre contratación pública o algunas normas sectoriales relevantes con incidencia directa o indirecta en las APPs

- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que incorpora al Derecho español la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, suministro y servicios (DOUE del día 30 de abril).
- Ley 31/2007, de 30 de octubre, *sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.*, que incorpora al Derecho español la Directiva 2004/17/CE, del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de contratación en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DOUE del día 30 de abril).
- Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
- Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos.
- Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario.
- Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
- Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), vigente aún en materia de financiación de los contratos públicos (arts. 253 a 260), así como el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP).
- Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, cuyo art. 158 regula específicamente la figura de las sociedades para la "Gestión directa de la construcción y/o explotación de determinadas obras públicas".
- Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre.
- Ley 8/1972, 10 mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas

en régimen de concesión (incluyendo sus posteriores modificaciones)

- Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.
- Decreto de 6 de julio de 1877, por el que se aprueba del Reglamento de la Ley General de Obras Públicas.
- Ley de 30 de abril de 1877, General de Obras Públicas [algunos de sus preceptos (arts. 53-105 y 111) han sido derogados expresamente por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas].

Finalmente, cabe destacar que existe en la actualidad un proyecto de Ley¹⁸ de captación de capitales en los mercados por los concesionarios de obra pública y por los titulares de contratos CPP (los que serán objeto de estudio en apartados posteriores), actualmente en fase de borrador y consultas, para que haya un marco claro en este sentido.

Normativa Europea relevante en materia de contratación pública general

- “Libro Verde sobre la Colaboración Público-privada y el derecho de comunitario en materia de Contratación Pública y Concesiones”; Comisión Europea. COM (2004) 327 final.
- Directiva 2004/18/CE, del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, suministro y servicios (DOUE del día 30 de abril).
- Directiva 2006/123/CE [denominada Directiva Bolkestein], del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 (DOUE del día 26), relativa a los servicios en el mercado interior.
- Directiva 2006/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, por la que se modifica la Directiva 1999/62/CE relativa a la aplicación de gravámenes a los vehículos pesados de transporte de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras (Euroviñeta).

Normativa específica de contabilidad pública (SEC 95)

- Reglamento SEC95, Reglamento (CE) no 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, sobre el sistema europeo de cuentas nacionales y regionales. DO L 310 de 30.11.1996.- qué es la norma auténtica en origen, es decir, es norma europea de aplicación directa (Reglamento).
- “Manual del SEC 95 sobre el déficit público y la deuda pública”.- como texto explicativo de la anterior norma. “Manual de cálculo del déficit en contabilidad nacional adaptado a las Comunidades Autónomas”.

¹⁸ Anteproyecto de Ley de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas, adjudicatarios de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado y sociedades de economía mixta creadas para la ejecución de contratos públicos (cuyo contenido no se había hecho público a la fecha de elaboración del la presente versión de este informe).

- “Manual Adaptado a las Corporaciones Locales”.

Estos dos últimos son meros manuales interpretativos propios de la autoridad española central en materia de intervención del gasto, competente en asuntos de contabilidad nacional (IGAE) que no vienen sino a adaptar el Manual explicativo del SEC 95 (emitido por la Comisión) y el Reglamento de origen.

2.5. Aspectos clave y motivaciones

2.5.1. Introducción

Las motivaciones que en España, al igual que en otros países se pueden evidenciar, en el sector público a la hora de apelar a las APPs como fórmula de desarrollo y financiación de infraestructuras son fundamentalmente dos:

1. La obtención de recursos adicionales para poder “acelerar” el desarrollo de nuevas infraestructuras (o mejoras de las existentes).
2. La búsqueda de la eficiencia, con base en la hipótesis (en principio ya demostrada, en algunos países, en función de la evidencia empírica) de la mayor capacidad de gestión del sector privado (en definitiva, de una sociedad APP), que se puede manifestar en:
 - Mayor capacidad para maximizar los ingresos del proyecto (cuando éste sea generador de ingresos, es decir, proyectos en los que se realiza un cargo al usuario (tarifa, o en el caso de carreteras, peaje¹⁹).
 - Mayor capacidad para controlar costes y gestionar riesgos, de lo que resulta:
 - Mayor certidumbre en los plazos de construcción.
 - Mayor certidumbre en los costes o menores desviaciones de los mismos, al menos en la parte que pueda ser repercutible a la Administración contratante.
 - Mayor capacidad para la innovación tecnológica, que resulta en una potencial mayor calidad para un presupuesto fijo, o un menor coste para una calidad previamente definida²⁰.
 - Optimización del ciclo de vida del activo.
 - Mayor capacidad para gestionar riesgos en el tiempo, nótese en este sentido los contratos de gestión y mantenimiento a largo plazo.

En cuanto a la primera motivación enunciada, caben dos aclaraciones:

- Es la motivación principal (casi se podría decir la única) en países de economía emergente.
- En países como España, en un entorno de restricción presupuestaria, ha sido históricamente también, la motivación principal lo cual viene dictado por las restricciones que impone el tratado de Maastricht en materia de

¹⁹ Se denomina a estos ingresos “comerciales”, en contraposición a los ingresos “de mercado”, que es el concepto empleado por el Sistema Europeo de Cuentas 95 –que se estudiará más adelante- para referirse a ingresos, que aún siendo de origen presupuestario, merecen la categoría de “mercado”, siendo precisamente este, como se verá, uno de los principales criterios que propone el SEC 95 para determinar la naturaleza privada o pública del proyecto y su financiación.

²⁰ Cabe distinguir aquí licitaciones de proyectos donde el diseño ya viene elaborado por la Administración, de licitaciones donde el diseño es meramente conceptual, y las condiciones técnicas están definidas más como resultado (requerimientos funcionales), algo a lo que cada vez más se anima desde las instancias europeas.

déficit y deuda públicas a los países miembros de la UEM²¹.

- o Si esa financiación de terceros (del “mercado financiero” en su conjunto, incluyendo inversores privados y los bancos que los acompañan) es finalmente considerada financiación pública, la frustración será muy significativa, y se podrá pensar que se tomó una mala decisión al apelar a una solución de APP, o bien que se ha estructurado erróneamente (cuando el verdadero valor o sentido de esa alternativa de financiación y gestión debiese ser la eficiencia).

2.5.2. La Unión Económica y Monetaria (UEM)

El Tratado de la Unión Europea (TUE), aprobado por el Consejo Europeo de Maastricht, en diciembre de 1991 pero cuyo proceso de ratificación parlamentaria se dilató hasta noviembre de 1993, consagró el proyecto de Unión Económica y Monetaria (UEM), como desenlace de un largo proceso de evolución que había comenzado en los años '70.

La Unión Económica y Monetaria (UEM) es un área que comparte un mismo mercado interior, una misma moneda y en la que se ejecuta una política monetaria única.

Su creación ha supuesto:

- La pérdida del tipo de cambio como mecanismo de ajuste ante un posible deterioro de la competitividad.
- La imposibilidad de modificar los tipos de interés nacionales.
- La limitación en cuanto a las posibilidades de endeudamiento de las Administraciones Públicas, y un estricto control de su déficit, que incluye la prevalencia de las autoridades estadísticas comunitarias a la hora de definir el correcto cómputo de las operaciones de APP que conlleven pago público).

El estricto control sobre los presupuestos públicos ha sido una de las principales motivaciones para el recurso a estas modalidades de contratación, que permiten seguir promoviendo proyectos que requieren de una importante inversión, sin vulnerar las restricciones existentes términos presupuestarios.

En este sentido, teniendo en cuenta que el interlocutor con las autoridades de la UE es el Estado Español, y no las Comunidades Autónomas (motivo por el cual, ante las Instituciones de la UE es el primero, quien responde por los “excesos” presupuestarios de las segundas), a fin de imponer una cierta disciplina en términos presupuestarias, se dictó la **Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria** (en realidad, última

²¹ Sin embargo podemos decir que esta tendencia ha cambiado en España. Se está dando importancia creciente al valor por dinero, a la transferencia de riesgos eficiente y a la sostenibilidad de las prestaciones en el largo plazo, de lo cual una manifestación es la incorporación del análisis Valor por Dinero para los contratos CPP por Ley.

versión vigente de una legislación que ya existía, dada su necesidad en relación con la problemática que aquí se explica).

La convergencia económica

Para poder adoptar el Euro, los Estados miembros como España debieron en su momento haber alcanzado un alto grado de convergencia económica sostenible, y ya después, mantenerlo en el tiempo. Los dos criterios más relevantes que nos atañen, como efecto impulsor de las APPs son los dos relativos a las finanzas públicas: límite del déficit público, y límite del endeudamiento público²²:

- a. la proporción entre el déficit público previsto o real y el producto interior bruto no debe sobrepasar el 3%.
- b. la proporción entre la deuda pública y el producto interior bruto no debe rebasar el 60% del PIB.

2.5.3. La búsqueda de eficiencia

En proyectos de infraestructura generadores de sus propios ingresos (*revenue makers*), la eficiencia se centra en la maximización de ingresos, o más exactamente en la maximización del beneficio. Y puede decirse que se apela al sector privado, o a una APP, bien porque se espera que sea capaz de sacar el máximo provecho de los ingresos potenciales (o asumir el riesgo de ese potencial o de su capacidad para extraerle todo el valor) para "atreverse" a financiar el desarrollo de ese proyecto de infraestructura, con ninguna o con una ayuda pública mínima ("se adjudica a quien pida menos²³"), bien porque, en proyectos que no albergan duda sobre su factibilidad, se desea extraer un valor financiero neto para la Administración (se adjudica a quien ofrezca un mayor pago por la concesión, "canon concesional"; o sea, se adjudica al que "más ofrezca").

²² Otros factores juegan a la hora de poder integrarse en la UEM, al margen de los criterios de afinidad cultural, de organización política claramente democrática y de relación histórica:

- Estabilidad de precios: Los Estados miembros deberán tener una tasa de inflación, observada durante un período de un año antes del examen, que no exceda en más de un 1,5% la de los tres Estados miembros con mejor comportamiento en materia de estabilidad de precios.
- Estabilidad del tipo de cambio: Los Estados miembros deben haber observado, sin tensiones graves y por lo menos durante los dos años anteriores al examen, los márgenes normales de fluctuación dispuestos por el Mecanismo de Cambios del Sistema Monetario Europeo.
- Tipos de interés a largo plazo: Observados durante un período de un año antes del examen, el tipo promedio de interés nominal a largo plazo no debe exceder en más de un 2% el de los tres Estados miembros con mejor comportamiento en materia de estabilidad de precios.

²³ Este es el caso de las concesiones de autopistas con cobro de peaje al usuario, en las que se contemplaba una posible ayuda financiera por parte de la Administración en forma de préstamo subordinado (en condiciones más ventajosas que los préstamos de mercado, pero sin llegar a configurarse como subvención siguiendo criterios SEC 95), para aquellos proyectos en los que sea dudosa o incierta la factibilidad financiera.

En los proyectos que no son generadores de ingresos²⁴, lo cual puede ser, porque no es posible (p.ej.: un hospital público, donde no se cargan los costes directamente al "usuario"), o porque no existe suficiente demanda, o no resulta conveniente (p.ej.: una autopista libre de peaje), la búsqueda de la eficiencia se centra en minimizar los costes para la Administración, o sea minimizar los pagos que realiza la Administración por el servicio proporcionado del privado.

Es en este momento, cuando muchos piensan que las APPs resultan más costosas, pues incorporan mayores costes financieros. Pero la cuestión es que en esos costes financieros debería radicar dicha mayor eficiencia.

Pues bien, ambas motivaciones se complementan (la obtención de recursos que no computen en los presupuestos públicos y la búsqueda de la eficiencia), y que además normalmente confluyen, y que la mejor manera de ayudar a la primera, es trabajar en la segunda (buscando la estructura óptima de los contratos APP, la mejor o más eficiente asignación de riesgos entre la parte privada y la pública).

En esencia, la eficiencia de un esquema APP radica en la mayor capacidad de gestión de riesgos del "socio privado", que se configura como entidad empresarial altamente capacitada desde un punto de vista técnico para gestionar eficientemente esa infraestructura.

Debe tenerse en cuenta que si se realiza un análisis superficial, la opción por una APP será siempre más costosa que la actuación directa por parte de un Estado, que, entre otras cosas obtiene su financiación en mejores condiciones que un actor puramente privado, además de las primas por riesgo que el contratista de obra y los encargados del mantenimiento aplicarán a sus precios (en virtud de la transferencia de riesgos más exhaustiva que se realiza, minimizando las posibilidades de renegociación de los precios salvo supuestos claramente tasados, como veremos).

La realidad es que esto no es necesariamente así. Sin duda alguna, el esquema APP conlleva un extra-coste financiero. Pero el pago de ese precio representa el pago de una prima por transferencia de riesgos.

En una APP diseñada de manera adecuada, se transfiere, por ejemplo, un elevado nivel de riesgo en cuanto al coste que en el futuro tenga el mantenimiento en largo plazo de la infraestructura, así como un elevado riesgo en cuanto a posibles desviaciones de coste de las obras iniciales.

El análisis de esta cuestión no es completo, si no tiene en consideración el valor de dicho riesgo, como impacto probable en las cuentas de la Administración en el caso de contratación convencional, caso en el cual:

- Las obras que se contratan por contratos convencionales de obra sistemáticamente terminan por costar mucho más de lo presupuestado inicialmente por el contratista, en virtud de la recurrente práctica de modificarlas luego de su adjudicación, herramienta que deja –o debería dejar– de estar al alcance de los contratistas en un contrato APP (en especial en uno de tipo concesional).

²⁴ Se hace mención en el presente documento a los proyectos "generadores de ingresos" o "no generadores de ingresos", con la aclaración de que también se los conoce como "proyectos productivos" o "proyectos no productivos".

- Las obras de mantenimiento y renovaciones, quedan completamente abiertas en cuanto a precio, exponiendo a la Administración a una incertidumbre presupuestaria, mientras que en una APP, queda desde inicio definido todo pago máximo a realizar por la Administración (no sujeto a variaciones por motivos de desviaciones futuras de los costes).

Existe a nivel internacional una metodología altamente contrastada para analizar esta comparativa, en cuanto a eficiencia presupuestaria esperada en relación a la decisión de optar por una APP en lugar de una contratación convencional: el análisis de Valor por Dinero (Value for Money)²⁵. Dicho análisis, incluye un ajuste en los cálculos de las estimaciones de costes (el "comparador del sector público") en relación al caso de contratación convencional, como "impacto probable de sobrecostes", en base a experiencia precedente, y a la menor transferencia de riesgos entre otras cosas por ausencia de un contrato a largo plazo que articula los pagos.

De manera recurrente, estas desviaciones superan a los extra costes financieros de las APPs. Es en ese momento cuando se produce el "valor por dinero", como ahorro neto probable por parte de la Administración, por seleccionar la APP, en la que "se acepta" pagar algo más de manera cierta, a cambio de eliminar la exposición completa a los sobre costes que conlleva una contratación convencional.

En España, el análisis de VfM no era requerido por la legislación. En la actualidad sigue sin ser obligatorio para la mayoría de los contratos, con la única excepción del Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado, para el cual se exige expresamente, entre los actos preparatorios del contrato²⁶.

Pero independientemente del resultado del análisis de coste/beneficio que pueda realizarse, suele argumentarse a la hora de explicar el recurso a esquemas de tipo APP, que existe una cierta solidaridad inter-generacional. Ello sería así ya que la provisión de infraestructuras públicas requiere, por regla general, una importante inversión de capital, que en los esquemas tradicionales (i.e. un contrato de obra pública) es financiada con los recursos públicos obtenidos de los ciudadanos activos en el momento de su construcción. En las APPs, por el contrario, el abono se hace de manera aplazada en el tiempo, por lo que las generaciones futuras, que también se beneficiarán de la existencia de la infraestructura, deberán contribuir a la financiación de la misma.

²⁵ Conocido en México como Análisis Coste-Beneficio, si bien en España esa denominación se reserva para el análisis económico-social que dictamina la conveniencia o no de desarrollar una infraestructura, con independencia de su forma de financiación.

²⁶ Si bien no existe aun desarrollo reglamentario o directrices oficiales para su implementación, a diferencia del caso de México.

2.6. Marco institucional y de competencias

2.6.1. Introducción

La organización territorial del estado español se aborda en el **Título VIII** de la **Constitución Española** de 1978.

El **Estado** se configura como **unitario**, pero **no centralista**, por tanto, se pone fin al Estado unitario centralizado predominante en la historia de España. Esta configuración tiene su base en el artículo segundo de la Constitución que define a la nación española como "*patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran*". Al mismo tiempo que se reconoce la **autonomía** como derecho, se garantiza la **solidaridad** entre las regiones.

Sin pretender abundar sobre una materia que excede con creces el objeto de este trabajo, cabe hacer una breve referencia a ciertas particularidades en cuanto a la organización institucional española, que no tienen correlación con las distintas formas en la que suelen estar organizados los estados americanos.

La integración europea

En primer lugar se debe hacer una mención a la integración española en la Unión Europea (UE), dado que la regulación actual de la contratación pública en España deriva de dicha organización supranacional (cuando no está directamente determinada por ella).

En efecto, la Unión Europea no es exactamente una organización internacional, sino una organización supranacional, a la cual los Estados Miembros han cedido parte de su soberanía. Debe tenerse presente que hay ámbitos en los cuales la competencia para legislar es exclusiva de la Unión Europea, mientras que en otros, la competencia es compartida, y por supuesto existen diversas materias en las que no ha habido transferencia (ni compartición) de competencias de los Estados Miembros de la UE.

Esta circunstancia es relevante, ya que la contratación pública se encuentra "armonizada"²⁷ desde la Unión Europea, desde la simple noción de qué se considera contratación pública, hasta los requisitos para la preparación y la adjudicación de los contratos del sector público (noción que excede la mera Administración Pública *stricto sensu*).

Cualquier acercamiento a la contratación con el sector público español debe tener en cuenta que las Directivas de la Unión Europea sobre la materia establecen los principios rectores para las legislaciones de los estados miembros, y que (en determinados casos, y cumpliendo ciertos requisitos), dichas Directivas pueden llegar a

²⁷ Debe notarse que se habla de "armonización", dado que la legislación comunitaria establece, en este caso parámetros, dentro de los que deben moverse las legislaciones nacionales, por oposición a "unificación", que es lo que ocurre cuando la UE regula sobre materias que son de su exclusiva competencia (y donde el margen de actuación de los Estados Miembros se reduce notablemente).

tener efectos directos en cada uno de ellos²⁸, incluso contra las previsiones de las leyes de dichos estados.

Sin bien en materia de contratación pública la legislación europea se formula a través de Directivas, debe considerarse que existe legislación sectorial sobre la cual, se emiten Reglamentos, y que éstos últimos, son directamente aplicables en todos los Estados de la Unión Europea, sin necesidad de adaptación alguna en los derechos internos de cada país.

Esta breve referencia a una cuestión que resulta harto compleja, se incluye simplemente como advertencia de que las fuentes de derecho en materia de contratación pública en España, se encuentran no sólo en el ordenamiento jurídico interno, sino también en el plano supranacional, y que dicho ámbito debe tenerse en cuenta a la hora de contratar con el sector público español (o de cualquier otro miembro de la UE).

El estado de las Comunidades Autónomas.

Existe en relación con las Comunidades Autónomas, otra particularidad que merece una breve puntualización. El Estado español se configura como unitario. Esta configuración determina que la competencia originaria corresponde al Estado nacional, y la Constitución Española transfiere o dispone las normas para la transferencia de dichas competencias a las Comunidades Autónomas²⁹, esta transferencia es significativa. Tanto ello es así, que hoy en día las comunidades autónomas españolas gozan de una gran independencia y un amplio espectro de competencias. De hecho, en algunos casos, son mayores que las autonomías de un estado federado.

Esto tiene como consecuencia: i) que a pesar de tratarse España de un estado organizado de forma unitaria, las competencias en materia de contratación pública residen muchas veces, en las comunidades autónomas y, ii) que éstas tengan, competencias legislativas en la materia (sobre todo, en desarrollo de la legislación estatal).

Esta advertencia debe servir antes todo, para puntualizar que, el hecho de que una comunidad autónoma determinada tenga, por ejemplo, amplias competencias en materia de política penitenciaria y por tanto sea la que contrate la construcción y la gestión de centros penitenciarios (sólo por poner un ejemplo), no puede asumirse que el resto de Comunidades Autónomas también las tenga, y debe hacerse un análisis al respecto en cada caso en particular.

²⁸ No abundaremos aquí sobre esta cuestión, pero sí señalamos que una vez vencido el plazo que una Directiva de la Unión Europea establece para que los estados miembros adecúen su legislación a la misma, las obligaciones claramente determinadas para los estados que integran la UE por dicha Directiva, pueden resultar exigibles por los particulares.

²⁹ Antes de seguir con esta breve descripción, conviene señalar que las Comunidades Autónomas españolas son, en cuanto a la organización política se refiere asimilables a los "estados" de algunos países americanos (México, EEUU, Brasil, etc.), a las "provincias" de otros (Canadá, Panamá, Argentina, etc.), o al de "departamento" (Perú). Cada comunidad Autónoma se subdivide en Provincias (si bien existen comunidades autónomas uniprovinciales, como es el caso, por ejemplo de Madrid). Las provincias se subdividen en Municipios, sin bien existen organizaciones político-administrativas intermedias, como es el caso de las "comarcas" o las "mancomunidades".

Distribución competencial en el Estado Español

La atribución competencial tiene dos títulos básicos, fundados en razón de la materia, y en razón del lugar.

En este sentido, pueden adelantarse dos breves consideraciones, que si bien cuentan con no pocas excepciones, sirven para un primer acercamiento a esta cuestión.

En cuanto a la materia, la atribución competencial viene dada por el juego entre las disposiciones de la Constitución Española, y los Estatutos de Autonomía de cada una de las Comunidades Autónomas.

En relación con el lugar, cabe asumir que la competencia corresponde a la organización política territorial, dentro de la cual se encuentra situada íntegramente la infraestructura. Esto es, si se piensa en una infraestructura lineal (p.ej. una carretera o una infraestructura ferroviaria), si ésta discurre íntegramente dentro de un municipio, será de competencia municipal, si atraviesa varios municipios, será de competencia provincial, si atraviesa más de una provincia será de competencia de la comunidad autónoma, y si atraviesa varias comunidades autónomas, entonces será de competencia estatal.

Cabe advertir sin embargo que lo explicado en el párrafo anterior es una generalización, que cuenta con múltiples excepciones.

2.6.2. La administración local: la provincia y el municipio

La Administración local es el sector de la Administración Pública integrada por entes políticos menores, de carácter territorial. La Constitución garantiza (Título 8, Capítulo 2º) la autonomía de estas entidades para la gestión de sus intereses.

2.6.2.1. Provincia

La provincia es una **entidad local con personalidad jurídica propia**, formada por la agrupación de municipios y una división territorial para llevar a cabo las actividades del Estado.

Se estructura en torno a la **Diputación Provincial**, que se encarga del gobierno y la administración de las provincias. La representación del gobierno y la administración en la provincia es el Gobierno Civil.

Existen otros entes supramunicipales, pero infra-comunitarios, con algunas particularidades originadas en sus distintas tradiciones históricas, pero cuyo ámbito competencial (no siendo exactamente el mismo) resulta asimilable, como son los **Consells** (en el caso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares) y los **Cabildos** (en el caso de la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias).

Las competencias de las provincias son:

1. La ordenación de los servicios municipales entre sí para la garantía de la prestación integral y adecuada de los servicios de competencia municipal.
2. La asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión.
3. La prestación de los servicios de carácter supramunicipal y en su caso supra comarcal.

4. En general, el fomento y la administración de los intereses particulares de la Provincia.

En términos de provisión de infraestructuras bajo este esquema solo hay un potencial relevante para la contratación por este nivel de administración, que de hecho ya es un caso real, que son las redes de carreteras de ámbito provincial (casos de Cuenca, Toledo y en estructuración Málaga y especialmente toda la red provincial de Aragón – si bien en este caso las provincias han delegado el licitación en el Gobierno Regional).

2.6.2.2. Municipio

Es la **demarcación territorial básica del Estado**. La Constitución garantiza la **autonomía** de los municipios, a ellos les corresponde **plena personalidad jurídica**.

Su gobierno y administración quedarán en manos de los **Ayuntamientos**, compuestos por el alcalde y los concejales. El Ayuntamiento es el órgano supremo del municipio, actúa en Pleno o en Junta de Gobierno Local (antes llamada Comisión de Gobierno). El Pleno está integrado por los concejales y lo preside el alcalde. Los concejales serán elegidos por los vecinos del municipio, a su vez los alcaldes serán elegidos por los concejales o por los vecinos.

Los **municipios** cuentan con poderes ejecutivos relativos a un amplio número de servicios: transportes, servicios sociales, sanidad y tráfico. Esto se debe a que los municipios constituyen las administraciones públicas más próximas a la ciudadanía, y consecuentemente, la vigente Ley de Bases del Régimen Local comienza por establecer la legitimación o capacidad del Municipio “para promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”.

La ley alude después a la competencia de participación, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las materias que enumera, y que van desde la seguridad en lugares públicos hasta la programación de la enseñanza, pasando por el tráfico, protección civil, incendios, urbanismo, patrimonio histórico-artístico, medio ambiente, abastos, salubridad pública, promoción y reinserción social, suministro de agua y alumbrado, transporte público de viajeros, actividades o instalaciones culturales y deportivas, ocupación del tiempo libre y turismo.

A nivel municipal, desde el punto de vista de alternativas APP de contratación de infraestructuras / equipamientos nos encontramos con los siguientes ámbitos sectoriales (en todos los casos hay ya ejemplos notables en el acervo de experiencias reales en España):

- **Cualquier equipamiento de carácter municipal de uso público y/o cultural (p.e. polideportivos, piscinas, museos, centros de congresos, etc.).**
- **Acomodación / alojamiento a la provisión de sus servicios (parques de bomberos, comisarías municipales, consistorios, etc.).**
- **Otros equipamientos públicos (alumbrado).**
- **Infraestructura de competencia exclusivamente municipal (abastecimiento de agua, saneamiento, depuración, transporte de competencia municipal exclusiva etc.).**

- **Específicamente los aparcamientos subterráneos, que son sistemáticamente contratados bajo concesión de obra pública, como se explica en el capítulo 3 de este informe.**

2.6.3. Comunidades Autónomas.

Las **Comunidades Autónomas (CCAA)** se crean como tal con la Constitución Española de 1978, pretenden resolver el problema de la aceptación del pluralismo de las diferentes comunidades españolas. Las CCAA son **entes públicos territoriales con facultades de autogobierno y autonomía legislativa**. Cada comunidad tiene su propia capital y una estructura política basada en una Asamblea Legislativa Unicameral elegida mediante sufragio universal.

Mapa 1. Mapa de Comunidades Autónomas en España



En la Constitución, se establece una doble lista de competencias, unas exclusivas del Estado, y otras que se transfieren a las CCAA, con una cláusula residual que dice que todas las materias no atribuidas expresamente al Estado podrán ser asumidas por las CCAA.

Las competencias del Estado son las que se enumeran en el artículo 149.1 de la Constitución. Con respecto a las competencias de las Comunidades Autónomas, la Constitución no delimita ni garantiza directamente un ámbito material de competencias propias de las CCAA, sino que se encomiendan a la voluntad de cada comunidad en virtud de sus respectivos Estatutos.

Esta circunstancia hace que no pueda elaborarse un catálogo completo de competencias autonómicas, ya que no sólo difieren de una CCAA a otra, sino que además evolucionan en el tiempo, según las Comunidades Autónomas van

asumiendo competencias de acuerdo con el procedimiento dispuesto en la Constitución y sus propios estatutos de Autonomía.

En principio, aunque teniendo siempre en cuenta la advertencia formulada en el párrafo anterior, las Comunidades Autónomas tienen amplias competencias relacionadas con la provisión de infraestructuras públicas, y la prestación de servicios públicos, entre las que están, según el art. 148 de la Constitución Española:

- Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.
- Las obras públicas de interés de la Comunidad Autónoma en su propio territorio.
- Los ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma y, en los mismos términos, el transporte desarrollado por estos medios o por cable.
- Los puertos de refugio, los puertos y aeropuertos deportivos y, en general, los que no desarrollen actividades comerciales.
- La gestión en materia de protección del medio ambiente.
- Los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma; las aguas minerales y termales.
- Sanidad e higiene.
- La vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones. La coordinación y demás facultades en relación con las policías locales en los términos que establezca una ley orgánica.

Podemos sin embargo resumir en la práctica la situación de facto actual en relación a las competencias autonómicas en relación a la capacidad (o exclusividad) de promoción de infraestructuras, siendo todos estos casos ya APPs probados (salvo algunos ámbitos sectoriales que están en estudio):

- **carreteras autonómicas: competencia ejercida en todos los casos / regiones, y aplicada en forma de APPs en casi todas las regiones salvo Cantabria y Extremadura.**
- **transporte ferroviario de competencia regional: asumida en casi todos los casos, pero no desarrollada como APPs hasta la fecha (salvo dos regiones en fase más avanzada: Andalucía – y Tenerife, entendiéndolo el matiz de que se trata de un Cabildo, tratado como administración local a efectos de legislación de contratos pero considerable como una región a efectos prácticos).**
- **transporte metropolitano: asumida la competencia por CCAA y desarrollados proyectos de metro / tranvía en forma de APPs en todos los casos en que se han desarrollado estas infraestructuras salvo en País Vasco (hasta la fecha).**
- **infraestructura hospitalaria: asumida en todos los casos y desarrollados nuevos hospitales / ampliaciones apelando a APPs en muchas regiones salvo: Galicia, Extremadura, Canarias (hasta la fecha).**
- **puertos (solo son de competencia autonómica los no decretados de interés general): el ejemplo básico de subsector son los puertos deportivos,**

desarrollados como concesión en un cierto número de regiones destacando Cantabria.

- Educación: estando transferida, ninguna comunidad ha desarrollado nuevos equipamientos en esquema APP hasta la fecha según nuestros datos.

- Infraestructuras/equipamientos de justicia: es de los pocos sectores en los que la competencia no se ha asumido aun por las regiones. De aquellas que han asumido/desarrollado su competencia, solo Cataluña ha optado hasta la fecha por apelar a los APPs.

- Aeropuertos: solo 3 regiones están desarrollando sus propios aeropuertos con esquema APP: castilla la Mancha, Murcia y Cataluña.

- Prisiones: solo Cataluña ha asumido la competencia y curiosamente, las inversiones más significativas las ha realizado en forma de APPs.

2.6.4. La Administración Estatal

Excede con mucho el objeto de este trabajo formular una descripción, por breve que resulte, de la forma de organización de un estado. Sí podemos decir que los principales órganos de contratación, en relación con la provisión de infraestructuras y servicios públicos, serán los Ministerios del área correspondiente, si bien existe una multiplicidad de organismos descentralizados con poder para celebrar contratos, sujetos al régimen de contratación establecido por la LCSP. Y a los efectos de las APPs estos serían en de medioambiente (para infraestructuras hidráulicas de competencia estatal – que no es un sector dentro del ámbito de este informe), interior (prisiones, nunca apelada la opción de APPs), y sobretodo (y en la práctica hasta la fecha, únicamente) Fomento³⁰.

En cuanto a las competencias estatales, si bien deben tenerse en cuenta las no pocas matizaciones formuladas en los apartados anteriores, cabe señalar, en relación con la materia que ocupa el presente trabajo, que son competencia exclusiva del Estado (entre otras), las siguientes:

- Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.
- Hacienda general y Deuda del Estado.
- Fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica.
- Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.
- Marina mercante y abanderamiento de buques; iluminación de costas y señales marítimas; puertos de interés general; aeropuertos de interés general; control del espacio aéreo, tránsito y transporte aéreo, servicio meteorológico y

³⁰ Por seguir con los paralelismos, equivalente a la SCT en México.

matriculación de aeronaves.

- Ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma; régimen general de comunicaciones; tráfico y circulación de vehículos a motor; correos y telecomunicaciones; cables aéreos, submarinos y radiocomunicación.
- La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial.
- Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias.
- Obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma.
- Bases del régimen minero y energético.
- Defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas.

Puede observarse de lo explicado precedentemente, que el marco institucional y competencial resulta verdaderamente complejo, que en muchos casos son varios los niveles de la Administración Pública (o las administraciones públicas, para una mayor precisión terminológica) los que tienen responsabilidades en materia de contratación pública. A esto se suma, que sobre una misma infraestructura, a veces participan distintas administraciones, lo que obliga a los particulares que contratan con ellas a gestionar relaciones inter-administrativas, para lo cual se requiere un conocimiento y una experiencia específicos.

2.7. Modalidades o alternativas jurídicas de contratación de APPs

2.7.1. Introducción

El objeto de esta sección es hacer una descripción general de alternativas jurídicas existentes en España para la implementación de esquemas de APP. Para ello se hará mención de los contratos típicos previstos por la LCSP, que constituyen la principal forma de contratar con las Administraciones Públicas españolas. Seguidamente, se hará una breve referencia en relación con el soporte estructural de la noción de *contratos de asociación público-privada* (ver apartado 2.14), desde una perspectiva predominantemente jurídica, para luego explicar las principales alternativas de estructuración de APPs.

2.7.2. Formas contractuales típicas

La actual regulación en materia de contratación pública española tipifica una serie de contratos, que si bien, no excluye la aplicación de otras fórmulas, constituyen la base sobre la que pivota la regulación de la contratación pública en general.

Los principales tipos contractuales son:

- El **contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado**: es la principal novedad introducida en la materia por la LCSP, y dadas sus particularidades, merece un tratamiento diferenciado en el apartado 2.14 del presente documento.
- El **contrato de concesión de obra pública**: ésta es la fórmula tradicional y más extendida en relación con las APPs en España, y responde a la práctica internacional más extendida en la materia. Según su definición legal la concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6 [de la LCSP (objeto del contrato de obras)], incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.
- **El contrato de gestión de servicios públicos**: El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración adjudicataria.

Las fórmulas arrendaticias, que se desarrollan más adelante

- El contrato de obras.
- El contrato de suministro.
- El contrato de servicios.

Hemos resaltado en negrita aquellas que permiten configurar el contrato como APP. El catálogo expuesto no agota las formas mediante las cuales puede estructurarse una

Asociación Público-Privada, en forma de variantes, siendo en todo caso la forma más extendida en España es, justamente la concesión de obras públicas.

Dejamos fuera una forma de APP (institucionalizada) que será comentada a la hora de analizar de algunos sectores en los siguientes capítulos, por no ser considerada o considerable un contrato en sentido estricto: el desarrollo de APPs mediante sociedades 100% públicas, que denominamos esquemas de sociedades o entes públicos gestores/explotadores de infraestructuras³¹.

En los sub-apartados siguientes se desarrollarán con mayor precisión las distintas alternativas. Evidentemente los tres últimos tipos contractuales tienen una importancia marginal a los efectos del presente trabajo, si bien cabe señalar que, para el Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado –CPP- según cuál sea el objeto principal del contrato (es decir, la construcción de una obra, la prestación de un servicio, e incluso la provisión de suministros –éste última, marginal, como se explicará en relación con el CPP-), la regulación se remite a estos tipos contractuales “tradicionales”.

2.7.3. Clasificación de las APPs en función del control de la sociedad (o entidad) que actúa como socio privado de la Administración

Cualquier estructura jurídica de APP es susceptible de configurarse como financiación privada, siempre que amerite la denominación de APP.

El carácter de financiación privada de las APPs o el objetivo perseguido de categorización de la financiación como privada, tiene como consecuencia que las APPs se configuren habitualmente como sociedades mercantiles (que vienen a ser precisamente “el socio privado” de la APP), muchas veces sociedades de “propósito específico”, donde su objeto social suele estar constreñido al desarrollo y posterior gestión de una infraestructura concreta, o un grupo de ellas, pero bajo el mismo contrato, convenio o instrumento de negociación con la Administración.

Este siempre es el caso de las concesiones, donde o bien la infraestructura es una, o bien son varias pero la contratación de su desarrollo y gestión se realiza en un mismo contrato, y siempre de manera más o menos simultánea; veremos, sin embargo, que existen otra alternativas.

A los efectos de presentar el catálogo de alternativas de configuración jurídica de las APPs en el marco normativo español, consideraremos dos tipos de APP en función de la titularidad de las acciones o de la propiedad y/o el control de la sociedad (o entidad) APP, como:

- a) APPs institucionales, de propiedad íntegra o mayoritariamente pública, y/o bajo control público. Habitualmente estas APPs vienen asociadas a fórmulas de gestión directa de obras y/o servicios públicos³². Básicamente, dos tipos:

³¹ El ejemplo básico y más claro es el de algunas sociedades públicas explotadoras de autopistas que se expone en el capítulo dedicado a las APP de carreteras, que como hemos expuesto en el apartado de contabilidad pública son susceptibles de computar fuera de balance de la Administración, es decir, de ser consideradas APPs desde el punto de vista de contabilidad nacional.

³² Las sociedades de economía mixta se consideran forma de gestión indirecta por una buena parte de la doctrina, y como tal están definidas en la legislación local, si bien es defendible su carácter de gestión directa, en tanto en cuanto en estas sociedades la Administración ostenta el control de la sociedad y la

- i) Sociedades o entidades 100% públicas.
 - ii) Sociedades de Economía Mixta.
- b) APPs convencionales: de titularidad accionarial íntegramente o mayoritariamente privada³³ (propiedad del sector privado en sentido estricto, como operadores/inversores de mercado). Habitualmente estas APPs vienen asociadas a fórmulas de gestión indirecta³⁴ de obras y/o servicios públicos.
- i) Concesión.
 - ii) Arrendamiento.
 - iii) Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado.

2.7.4. Las APPs institucionales 100% públicas (Empresa Pública Gestora)

Las diferentes herramientas de personificación, también las de naturaleza societaria, vienen siendo empleadas desde antiguo por las Administraciones Públicas y, además, con la confesada intención de que su régimen jurídico sea el propio de los sujetos de Derecho privado.

En definitiva, el arquetipo de APP institucional en infraestructuras es el de la Empresa Pública Gestora / explotadora de proyectos de infraestructura.

El capital de la Sociedad APP (que actúa como *socio privado* de la Administración) es íntegramente público. El régimen de los derechos y obligaciones con su *socio único* que, en concreto, definirá su marco retributivo, vendrá definido en un Convenio o Contrato con la propia Administración.

El carácter público del capital invertido viene dado por la naturaleza del propio inversor³⁵, pero dichos capitales no son necesariamente considerados como gasto, pues si se demuestra que están configurados con criterios de mercado (expectativa de una rentabilidad razonable), podrán ser validados como operaciones financieras y, en consecuencia, no computarán a efectos de endeudamiento y déficit público.

Esto se aplica tanto para el capital en sentido estricto o fondos propios, instrumentado en acciones o participaciones sociales, como para deuda subordinada o *cuasi fondos propios* aportados por la Administración como accionista único.

Casos recientes de este tipo de estructuras APP institucionales (reseñados en apartados posteriores de este trabajo), son:

propiedad mayoritaria de las acciones.

³³ La participación minoritaria en capital, con ausencia de control, por parte de la Administración, no confiere el carácter de Empresa de Economía Mixta a una sociedad, siendo la participación en el capital una mera forma de apoyo financiero o de participación pública financiera en el desarrollo de la infraestructura.

³⁴ Esta referencia a los conceptos "formas de gestión" sólo pretende ser aclaratoria, para poner de relieve que las "formas de gestión" que existen en España al amparo del marco legislativo a veces tienen aplicación o se pueden manifestar en esquemas APP. Esto no es así siempre, pero sí es así cuando se refiere a la gestión y financiación de obras públicas relativas a infraestructuras de transporte.

³⁵ Aunque el accionista de la Sociedad APP institucional no sea directamente la Administración, la APP tendrá la consideración de institucional, si el accionista es, a su vez, una Empresa pública.

- MINTRA³⁶, que fracasó en su intento de evitar la consolidación de las inversiones a efectos de endeudamiento y déficit público.
- IFERCAT.
- ADIF.
- El de Bidegi, para la gestión de las autopistas A8 y A1 en el Territorio Foral de Guipúzcoa.

La Sociedad pública mediante la que se instrumente la APP institucional actuará de manera similar a un concesionario, es decir, construirá a través de contratos con terceros (cuya selección estará sujeta a la LCSP), y se encargará de la explotación (conservación, mantenimiento y operación) de la infraestructura por sus propios medios. A veces, parte de estas obligaciones de explotación podrán contratarse con terceros.

2.7.5. Las sociedades mixtas

Si bien podría entenderse que no son APPs institucionales puras pues tienen un marcado y claro carácter contractual, pueden catalogarse dentro de las primeras pues su nexo en común es el control público y, como se ha explicado, la razón de su naturaleza mixta no es la mera presencia en el capital de un inversor público, sino el control de la sociedad por el socio público (la Administración).

Al margen de que se pueda ver como una derivación de las Sociedades públicas, no es menos cierto que, sobre todo en el ámbito de las Corporaciones locales (Municipios), las Sociedades Mixtas han sido también una derivación degenerativa de empresas concesionarias en situación precaria o de liquidación.

Hoy día, las Sociedades Mixtas han recuperado gran parte del lustre perdido, fundamentalmente porque han empezado a ser concebidas como vehículo específico de proyectos, en los que han demostrado y, probablemente, seguirán demostrando una funcionalidad propia.

La Empresa Mixta requiere, como forma de APP, un contrato específico que instrumente los derechos y obligaciones del socio *privado* que, precisamente, recibe la denominación legal de contrato de Empresa Mixta (i.e., sus Estatutos Sociales).

³⁶ MINTRA (Madrid Infraestructuras de transporte) es un Ente Público creado por el gobierno de la Comunidad de Madrid, para financiar y gestionar infraestructuras de transporte. En concreto, se encargó de la financiación y construcción de la extensión del metro en la zona sur de Madrid. Dicha infraestructura no fue aceptada como APP por Eurostat y conllevó la consolidación de la infraestructura en el balance de la Administración regional y la deuda imputada a ella, por considerar a MINTRA dentro del sector administraciones públicas. Las razones esgrimidas por la Comisión a pregunta del parlamento Europeo para clasificar a MINTRA dentro del sector de la Administración Pública fueron las siguientes: la mayoría de los ingresos que recibe MINTRA proceden del contrato de arrendamiento celebrado con METRO, fijándose de antemano la mayor parte de dichos ingresos, que no corresponden a parámetros objetivos relacionados con el empleo de la infraestructura por parte de METRO. Es decir, el pago, que supuestamente es un pago contractual en esquema de pago por disponibilidad, no cumplía o cumple las condiciones necesarias de variabilidad y contingencia, como para ser considerado un pago por servicio efectivamente prestado. Un análisis de las cifras correspondientes a 2003 permitió establecer una relación entre los importes que METRO pagó a MINTRA y las subvenciones que METRO recibe del Consorcio Público Regional de Transporte de Madrid. El análisis realizado sobre las cuentas correspondientes a 2003 concluía que el precio de los servicios que MINTRA presta a METRO no era económicamente significativo, no siendo posible defender la orientación a mercado de la actividad de esta unidad.

Esta figura ha sido extensamente utilizada para la contratación de servicios de abastecimiento de aguas y para las obras de mejora o ampliación de las redes de suministro y saneamiento, pero no ha sido aplicada a infraestructuras de transporte sino muy recientemente. Dos de los casos más notables son:

- El Metro de Tenerife, que fue validado por el grupo de trabajo de SEC 95 como esquema APP (financiación privada y no consolidación).
- Madrid Calle 30³⁷, que no siguió la misma suerte, y que por tanto ha sido catalogada como entidad Pública, a pesar de la participación del socio privado en su capital.

La Sociedad Mixta, como esquema de APP, consiste en que ella misma es el socio *privado* de la Administración y, en cuanto tal, acometerá la construcción, financiación (parcial al menos, y por importe significativo), operación y mantenimiento de la infraestructura.

La diferencia principal con el resto de las APPs institucionales estriba en que en el capital de las Sociedades Mixtas participan sujetos de Derecho privado en sentido estricto (el socio *inversor* privado), esto es, no integrados dentro del conglomerado del sector público, y de los que habitualmente se espera que aporten conocimientos y experiencia en cuanto a la gestión, en el ámbito sectorial de que se trate, además de capitales.

2.7.6. La Concesión de Obra Pública

Es, con mucho, la figura más extendida en España y en el resto de Europa (así como en América Latina), y su uso para la financiación y desarrollo de infraestructuras por parte del sector privado se extiende desde finales del siglo XVIII.

Ampliamente usada en financiación y gestión de carreteras desde mediados del siglo XX, utilizada en el siglo XIX para infraestructuras ferroviarias, en la actualidad se ha revitalizado por el hecho de que se ha elevado a la categoría de contrato autónomo en la normativa estatal, al desgajarse su régimen jurídico del contrato convencional de

³⁷ Según la información disponible, este proyecto debe computar en déficit y deuda, por no haberse validado que la sociedad creada como Empresa de Economía Mixta (Madrid Calle 30), sea una unidad institucional orientada a mercado, se consideró que la sociedad no era independiente de la Administración que la controla, por lo que directamente no cumpliría el principio de unidad institucional. El principal problema de este esquema es, al parecer, su carácter marcadamente instrumental, la cual se denota en el hecho de que la totalidad de las obligaciones contractuales de Madrid Calle 30, por contrato con el Ayuntamiento, están subcontratadas al socio inversor privado que participa minoritariamente en la Sociedad Mixta. La existencia de este contrato, y sus contenidos, parece decir que en realidad esta operación pudiese entenderse como una concesión encubierta, en la que las deudas, en lugar de transferirse al socio inversor privado, se alojan en balance de la sociedad de control público, para beneficiarse de unos tipos de interés poco propios o habituales de operaciones de *Project Finance*, y más cercanos a los de deuda pública. Igualmente, los ingresos que en su totalidad están basados en pagos públicos por disponibilidad / calidad, tienen un componente fijo de importe significativo, que parece estar pignorado por algunos de los bancos en lo que viene a ser una deuda exenta de riesgo (si bien sólo es una parte de la deuda, esta es de importe en términos absolutos, muy significativo). Las deducciones por defecto de calidad / disponibilidad, no se realizan al momento del pago, sino con posterioridad a este, con una frecuencia superior a la cadencia del propio pago. Pareciese haber dudas por tanto de la naturaleza variable y contingente de los pagos. La naturaleza de mercado de los ingresos no llegó a ser analizada, si bien podría haber ciertas dudas al respecto del cumplimiento de tal criterio. Esto, pese a que en cuanto a la construcción del pago (la definición o configuración del pago máximo), sí parece que se elaboró de manera acorde a mercado, pues tales importes fueron ofertados por las sociedades operadoras privadas en el concurso de selección de socio privado para la configuración de la empresa como mixta.

obra pública, para financiación y gestión de sistemas de transporte metropolitanos tranviarios y otros tipos de infraestructuras de transporte.

Las concesiones son aplicadas también en otros sectores de infraestructuras públicas, como es el caso notable del sector de obras hidráulicas, y equipamientos sociales (edificios públicos asociados a servicios públicos).

Ya en el ámbito de infraestructuras viarias, esta figura contractual permite la financiación de carreteras mediante cobro de peaje al usuario (retribución extra-presupuestaria), pero también permite fórmulas de retribución mixta (combinación de un mecanismo de ingresos mediante cobros al usuario con pagos diferidos públicos, cuya cuantificación puede vincularse criterios de utilización y calidad), o incluso basadas exclusivamente en ingresos presupuestarios (siempre que se cumplan una serie de condiciones con respecto a la normativa contable, a fin de que sean aceptados como ingreso de mercado).

El paradigma de estos últimos esquemas es la concesión de carreteras con *peaje en la sombra* (si bien, ahora parece existir cierta tendencia a recurrir al mecanismo de ingresos mediante "pagos por disponibilidad", es decir, más en función con la calidad y disponibilidad de la infraestructura, que en función del uso, o demanda de la misma).

Los mismos comentarios cabe entender aplicables a infraestructuras de transporte ferroviario, si bien en la estructuración de su financiación habitualmente es necesario asegurar su viabilidad financiera mediante mecanismos de co-financiación pública (subvenciones de capital o apoyos diferidos en forma de ingresos presupuestarios), como así se ha evidenciado ya en las numerosas APPs concesionales de tranvías.

2.7.7. Las fórmulas arrendaticias

La legislación española recoge distintas figuras jurídicas a través de las que se lleva a cabo una bifurcación de la propiedad plena entre un dominio útil y un dominio directo. Se trata, principalmente, de los arrendamientos de bienes y de los censos, que han conocido modalidades más sofisticadas, como el arrendamiento con opción a compra o *leasing*, entre otros.

El más habitual de los anteriores, en especial si hablamos de financiación y gestión de obras públicas, es el modelo basado en un contrato de arrendamiento, combinado con un derecho real de superficie (o incluso recurriendo a la medieval figura de la enfiteusis) que habilita al arrendador al uso/aprovechamiento del suelo con objeto exclusivo de construir y operar la infraestructura o equipamiento que es el fin último del contrato.

Esta alternativa jurídico-financiera es habitual desde tiempos recientes en la contratación de financiación y gestión de diversos equipamientos sociales, como escuelas, juzgados, comisarías, centros penitenciarios, y clínicas, especialmente en Cataluña.

Esta figura parece propicia para aquellos equipamientos e infraestructuras en los cuales no va a existir relación directa por parte del gestor del equipamiento con los usuarios finales o público en general, sino que esa relación la mantiene la Administración, que busca obtener la disponibilidad de uso de forma similar a la del

arrendatario de un inmueble, si bien con numerosos matices y limitaciones (se trataría de un servicio que podría ser prestado bajo un esquema concesional).

De manera básica, se definen sus posibles puntos a favor y en contra:

- i) A favor, el arrendamiento permite una mayor flexibilidad a la hora de regular los derechos y obligaciones de las partes, ya que se trata de contratos de derecho privado (aún cuando deban sujetarse en determinados aspectos a la LCSP).
- ii) En su contra estaría que el aspecto simétrico de esa ventaja resulta de un marco jurídico que, como es el de la concesión de obra pública, proporciona una mayor seguridad a la Administración y al socio privado, con una regulación completa de los derechos y obligaciones de las partes, así como de los efectos del contrato.

2.8. El Sistema Europeo de Cuentas (SEC 95): introducción a los APPs y contabilidad pública

2.8.1. Introducción

La SEC 95 es la normativa contable europea de aplicación directa a los estados miembros (es reglamento y resulta de aplicación preceptiva para todos los integrantes de la Unión Económica y Monetaria). Además se configura EUROSTAT como cuerpo consultivo (emite decisiones) y Comité de Asuntos Monetarios como regulador (emite opiniones).

Teniendo como objetivo los criterios explicados en relación con la convergencia económica dentro de la Unión Económica y Monetaria, se detectó la necesidad de establecer instrumentos estadísticos de calidad, que proporcionen información confiable y armonizada, a las autoridades comunitarias, a los gobiernos y a los operadores sociales, con base en la cual puedan tomar decisiones.

El Sistema Europeo de Cuentas tiene antecedentes que se remontan a 1979, y la actualización de 1995 es la culminación de una evolución compleja, resultado de distintas crisis económicas y cambiarias.

En la actualidad ha alcanzado un alto grado de armonización en términos metodológicos y una importante precisión en términos conceptuales. Las definiciones, clasificaciones y reglas de contabilidad que debe aplicarse con el fin de obtener una descripción confiable y comparable de las distintas economías de los Estados Miembros se encuentran razonablemente consolidadas, sin perjuicio de la existencia aún de algunas incertidumbres.

La regulación SEC 95 es ampliamente consistente con el Sistema de Cuentas Nacionales 1993 de Naciones Unidas, en relación con las definiciones, las reglas de contabilidad y las clasificaciones. A pesar de ello, incorpora algunas diferencias, sobre todo en cuanto a su estructura y presentación, pero que además fuerza a una mayor precisión en relación con sus términos definidos y reglas de contabilidad, a la hora de su aplicación práctica.

Además, el procedimiento de Déficit excesivo, que viene definido en el Tratado de Maastricht y el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC) crea la necesidad de tener un sistema de cuentas homogéneo y abstracto de los marcos de los países miembros (homogeneizar los cálculos de los parámetros de estabilidad).

En relación con el objeto de este informe, presentaremos a continuación las reglas y principios generales establecidos en el SEC 95, a la hora de clasificar la inversión en un proyecto, como "financiación pública" o como "financiación privada".

La SEC 95, entre otros, establece procedimientos para la contabilización de los activos y la deuda asociada suscrita por SOCIEDADES GESTORAS DE INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS (definición de si quedan dentro o fuera del Sector de las Administraciones Públicas), además de establecer las pautas de como contabilizar el gasto presupuestario asociado.

2.8.2. Criterios a cumplir

La SEC 95 establece tres criterios básicos para la configuración de los activos y la deuda asociada, como dentro o fuera de la contabilidad de las Administraciones Públicas³⁸:

- 1) Unidad funcional.
 - Autonomía de decisión.
 - de Unidad institucional.
- 2) Orientación al mercado (regido por la regla del 50%, que en términos simplificados, exige que los ingresos por "ventas" de la APP, representen al menos el 50% de los costes de explotación).
- 3) Transferencia de riesgos (dónde está la parte sustancial del riesgo de crédito).

2.8.3. Unidad Institucional

El primer criterio, el de Unidad Institucional, presupone que la entidad que adquiere los activos / infraestructura funciona como una Unidad en dos niveles:

- Unidad funcional (básicamente contabilidad independiente).
- Autonomía de decisión (en la gestión diaria, siendo compatible con este principio la existencia de directrices estratégicas).

En cuanto a la Unidad funcional, se trata de que la unidad de negocio tenga un conjunto completo e independiente de cuentas, o bien, de no tenerlo, que pudiera elaborarlo, y que ello resulte pertinente tanto jurídica como económicamente.

Resulta relativamente simple la determinación en relación con el requisito de ser una "unidad funcional".

La "Autonomía de decisión", se presupone se cumple en una Sociedad Anónima (Unidad Institucional) que ostente cierto nivel de Autonomía en la gestión, lo que se cumple en todo caso en Concesiones y es perfectamente posible de cumplir en empresas públicas que se configuren como sociedad mercantil, pero presenta mayores dificultades en cuanto a su cumplimiento, en relación con las APPs Institucionales.

Es evidente que como Sociedades públicas, las APPs institucionales están controladas por la Administración, y ello no obstaculiza (no necesariamente, al menos) el objetivo de desconsolidación (i.e. la consideración como "financiación privada" y por tanto que no tenga reflejo en la contabilidad pública).

El control, se define en el Manual SEC 95, como "la capacidad para determinar la política general". Esto no es incompatible con mantener un grado significativo de autonomía en la gestión. Sin embargo, para que esto sea posible, la gestión de la nueva sociedad debe estar "profesionalizada". Hay que destacar la importancia que adquiere en las APPs institucionales la figura del Director Gerente, con amplias

³⁸ Se habla en este documento de "desconsolidación", cuando la inversión no ha de computarse dentro del balance de las administraciones públicas, sino en los balances del "socio privado", y de "consolidación" en el caso contrario.

facultades en el ejercicio de sus funciones de gestión. Sociedades Gestoras de propósito específico, donde la figura del consejero delegado existe, tiene contenido real, y este es amplio, en la medida en que el consejero delegado debe ser un miembro del consejo de administración, y en este están presentes fundamentalmente cargos políticos, puede entenderse que están bajo "sospecha contable".

En síntesis, el SEC-95 habilita con sus reglas la compatibilidad entre Empresa Pública y Financiación Privada.

Cumplido este criterio, es necesario además que se cumplan los otros dos, para poder categorizar los activos y financiación como fuera del sector AAPP.

2.8.4. Orientación a mercado

Es el segundo criterio es el de orientación a mercado, y se rige por la denominada "regla del 50%": Los "ingresos por venta" de la Entidad/ Sociedad Gestora deben de cubrir al menos el 50% de los costes de explotación.

La cuestión es, ¿qué se entiende por "venta"?

- En el concepto ingresos por venta, se incluirán los pagos realizados por las AAPP
 - Siempre que estén relacionados con el volumen o valor de la operación (p.ej. tarifa sombra).
 - en su defecto siempre que exista una contraprestación (p.ej. pagos por disponibilidad).
 - Y estén contruidos según criterios de mercado.
- Se excluyen pagos regulares de carácter abstracto (que vengan a cubrir déficits recurrentes).
- El criterio del 50% se debe aplicar considerando una serie de años (concepto de recurrencia).

Es posible financiación privada/no consolidación de deuda en esquemas de PFI y/o pagos por disponibilidad (sujeto a cumplimiento del criterio del riesgo).

2.8.5. Análisis de riesgo

El criterio del riesgo: la "parte sustancial" –o "la mayoría"- del riesgo (del contrato) debe estar en la sociedad gestora (asumido por esta y por sus financiadores) y en ningún caso estar garantizado por completo por la Administración.

Leasing financiero versus leasing operativo. La SEC 95, para proyectos en los cuales una parte sustancial (o el total) de los ingresos/retribución de la sociedad provenga de la Administración Pública (del presupuesto), en esquemas de pago no relacionados con volumen / demanda, propone establecer un paralelismo con un leasing operativo, para determinar los casos en los que el activo no computa en el sector público (en contraposición a leasing financiero, que denotaría una decisión de compra del bien en lugar de pago por un derecho de uso).

Se debe analizar la asignación (entre parte pública y privada) del:

- Riesgo de construcción (sobre coste y retraso terminación/puesta en marcha).

- Riesgo durante explotación (riesgo de ingresos menores y riesgo de sobre costes de explotación).

La configuración de la deuda como fuera del balance de las Administraciones Públicas es compatible con:

- Asunción de una parte del riesgo por parte de la Administración/sector público.
- Siendo incluso compatible con la existencia de Garantías por parte del Gobierno.
 - Que no se prevea sean ejecutables de manera sistemática, que no eliminen el riesgo sino que estén configuradas como atenuante del mismo (sólo en casos excepcionales).

2.8.6. La decisión 18/2004.

La Decisión de EUROSTAT (de 11 de febrero de 2004) sobre tratamiento contable en proyectos APP, establece la posibilidad de desconsolidar del sector de las Administraciones Públicas activos y deudas, en proyectos/esquemas APP.

Esto puede ser así, aún en el caso de esquemas en los que la Administración asuma todo o la mayor parte del pago/retribución a la sociedad gestora (parte privada de la APP), siempre que la sociedad gestora:

- Asuma "la mayor parte" del riesgo de construcción.
- Asuma "la mayor parte" del riesgo de demanda (los pagos de la Administración no son independientes el nivel de demanda), o de disponibilidad (los pagos de la Administración pueden ser reducidos por incumplimientos en las especificaciones de servicio, calidad y seguridad, con alternación significativa de los ingresos –no simbólica-).

Esta decisión está refrendada por OPINION del Comité de asuntos monetarios y financieros (CMFB)

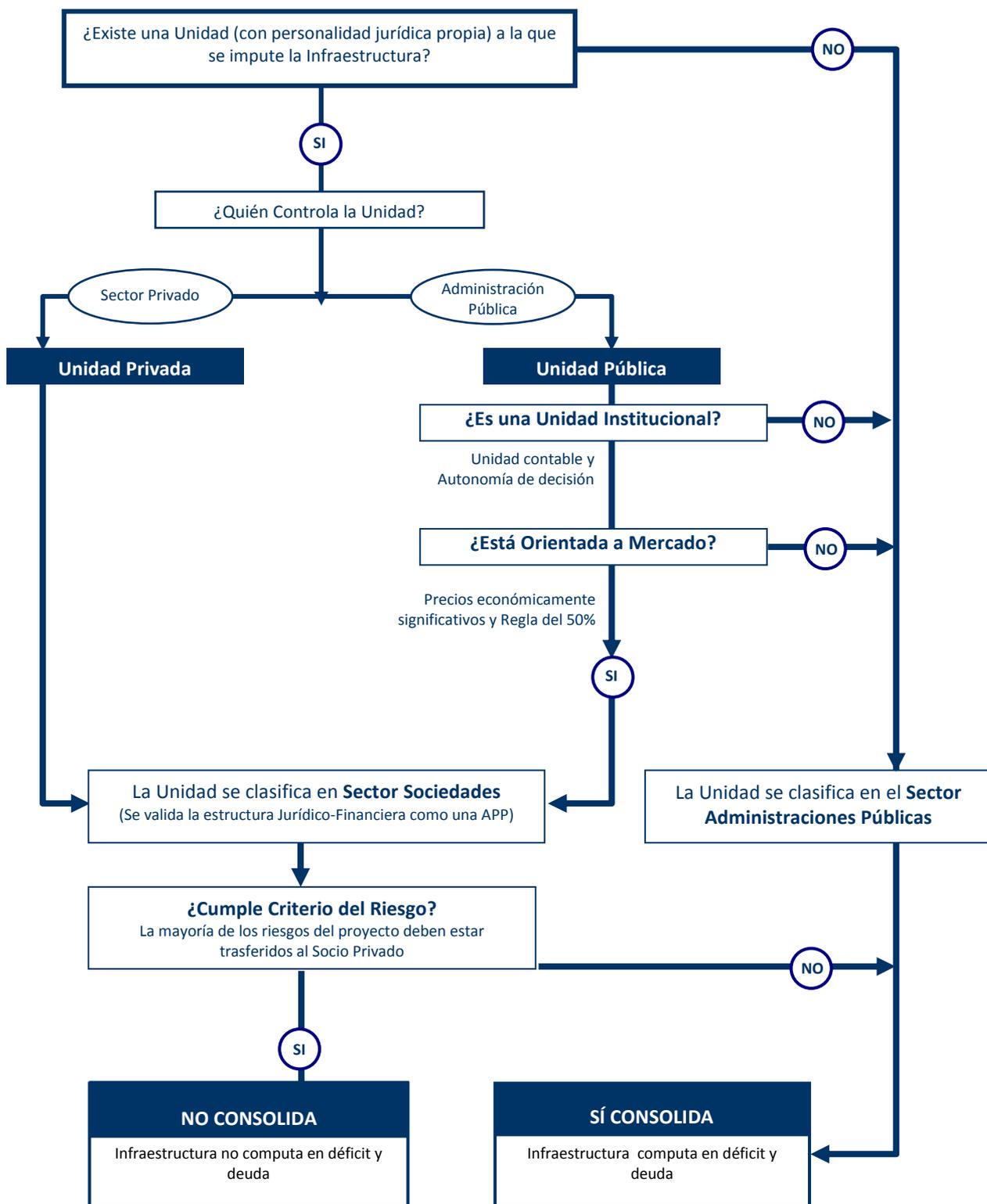
2.8.7. Recapitulación.

- Es factible desconsolidar los activos y configurar como financiación privada la financiación suscrita por sociedades gestoras, aún cuando la totalidad de sus ingresos sean de carácter presupuestario.
- Es factible desconsolidar los activos y configurar como financiación privada la financiación suscrita por sociedades gestoras de Infraestructuras que sean de mayoría pública o incluso 100% de capital público.
- Si bien en este último caso parece resultar más probable la configuración de la operación como dentro del balance de la Administración.
- Sobre la base de las directrices recomendadas por EUROSTAT, a la luz de la SEC 95, el análisis de riesgos es la clave para la configuración de esquemas de promoción de Infraestructuras con financiación privada.
- Este análisis debe ser realizado según EUROSTAT por las oficinas nacionales de estadística de cada país (Instituto Nacional de Estadística –en particular el IGAE-) en España).

Finalmente, a continuación, se resume de manera gráfica el análisis contable a fin de determinar la calificación de la financiación como pública o privada, según los criterios establecidos en el SEC 95.

2.8.8. Resumen gráfico del proceso de análisis contable público de una infraestructura

Figura 2. Proceso de análisis contable público de una infraestructura



2.9. Procedimientos de contratación/licitación en España

2.9.1. Introducción y principios generales (publicidad)

Existen de acuerdo con la ley diversos procedimientos de adjudicación "tipificados", además de los procedimientos que Entidades Públicas (que no califican como Administraciones Públicas *stricto sensu*), pueden desarrollar, siempre que cumplan con determinados principios básicos establecidos por la LCSP.

Según la LCSP, y las Directivas de la Unión Europea en la materia, todo el proceso de preparación y adjudicación de los contratos debe estar regido por cinco pilares básicos, o principios. Estos son: i) Publicidad, ii) Igualdad, iii) Concurrencia, iv) Transparencia y v) Confidencialidad.

Estos principios son los que imperan en materia de contratación pública, incluso a nivel internacional y resultaría ocioso explicarlos en este trabajo. Sin embargo, por su trascendencia práctica, el principio de publicidad merece una breve referencia.

Este principio se materializa por diferentes vías. Como es natural, es obligatoria la publicación del concurso, si bien las formas de dicha publicación pueden variar. Sobre esta cuestión es necesario señalar que dependerá de las características de la entidad contratante y del propio contrato (básicamente de su cuantía).

La novedad en esta materia, es la introducción de la obligación de contar con un "perfil del contratante" para todas aquellas entidades de derecho público, sean o no Administraciones Públicas, que tengan la condición de Poder Adjudicador.

En términos simplificados, el "perfil de contratante" es un sitio en Internet (*Website*), en el que queda registrado el momento en que se producen las publicaciones, y dónde debe por accederse a la documentación del procedimiento de selección (en el caso en que no esté publicada en el propio sitio de Internet).

En principio, todo el Sector Público español (nótese que se omite la noción -más restringida- de Administración Pública) debiera contar, a la fecha de emisión de este informe, con un Perfil de Contratante en funcionamiento, ya sea individual o compartido con otras entidades. En la práctica, si bien no todos los entes que tiene obligación de contar con un perfil de contratante han creado el suyo, la mayoría cumple con este requisito, por lo que la información sobre los contratos convocados y en vigor, es accesible desde Internet.

La principal distinción que debe hacerse a la hora de considerar los posibles procedimientos de adjudicación está basada en el tipo de entidad contratante. Desde este punto de vista a grandes rasgos cabe la siguiente clasificación:

- Administraciones Públicas (*stricto sensu*):
 - De uso general.
 - **Procedimiento Abierto.**
 - **Procedimiento Restringido.**
 - De uso restringido.
 - **Procedimiento negociado.**
 - **Diálogo Competitivo.**

- Concurso de Proyectos con Jurado.
- Procedimientos racionalizadores de la contratación.
 - Acuerdos Marco.
 - Sistemas Dinámicos (contratación electrónica).
 - Sistema Centralizado.
- Contratos menores.
- Otros Poderes Adjudicadores (entes descentralizados, entes autónomos, empresas públicas, etc.).
 - Sujetos a regulación armonizada.
 - No sujetos a regulación armonizada.
- Resto de entidades del sector público.
 - Obligados a respetar los principios en materia de contratación, sin que se prevean formalidades al respecto.

Teniendo en cuenta las modalidades usuales de contratación aplicadas a proyectos de promoción de infraestructuras, y de gestión de servicios públicos, las principales modalidades de contratación que interesan a los efectos de este trabajo, son: i) el Procedimiento Abierto (indudablemente el más extendido), ii) el Procedimiento Restringido, iii) el Diálogo Competitivo.

Se explicarán a continuación los tres primeros, dejando el diálogo competitivo para el apartado 2.14, a fin de estudiarlo junto al Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado, porque la LCSP lo ha dispuesto como procedimiento de selección obligatorio para este tipo contractual.

2.9.2. Otras generalidades

La preparación de los contratos requiere, como primer paso, la justificación de la necesidad e idoneidad (para cubrir dicha necesidad) del contrato que pretende celebrarse.

No procede en este apartado profundizar en los diferentes pasos para la preparación de los contratos, que son objeto de análisis en el apartado 1.9 de este documento. Simplemente cabe enunciar que el expediente de contratación, después de la justificación de la necesidad e idoneidad del contrato debe establecer:

- El procedimiento a aplicar.
- La financiación disponible.
- Los criterios de solvencia exigible a los participantes.
- Los criterios de adjudicación del contrato.
- El "precio" del contrato.
- La posibilidad (y procedimientos) de modificación del contrato.
- Las características técnicas.
- Las penalidades.

- La posibilidad o no (y reglas de cálculo) de revisión de precios.

Determinadas estas variables, se redactan los pliegos de licitación, y se procede a publicar el anuncio del procedimiento, que varía según el tipo de procedimiento a aplicar y se explica en el apartado destinado a cada uno de ellos.

2.9.3. Procedimiento abierto

Es un procedimiento de uso general en el que todo empresario interesado podrá presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores.

Publicación

En el procedimiento abierto el plazo de presentación de proposiciones es de contratos sujetos a regulación armonizada es como mínimo de 52 días naturales³⁹ a contar desde la fecha del envío del anuncio del contrato para su publicación (según sea el caso, en el Boletín oficial del estado, o Comunidad Autónoma, o en el Diario Oficial de la Unión Europea).

Esta reducción podrá adicionarse, en su caso, a la de cinco días prevista en el primer apartado.

En los contratos de las Administraciones Públicas que no estén sujetos a regulación armonizada, el plazo de presentación de proposiciones no será inferior a veintiséis días.

En el caso de tramitación urgente el artículo 96.2.b de la LCSP impone que se observen los plazos del artículo 143 de dicha Ley, por lo que no podrá ser inferior en tales casos a 22 días.

Adjudicación

Se tratará aquí la adjudicación de los contratos por medio de "varios criterios de valoración" (que responde a la noción de la "oferta económicamente más ventajosa") ya que es la más común para el tipo de contratos que interesan a los efectos de este documento; siendo aquella que tiene un solo criterio de valoración (en este caso necesariamente el "precio") similar, sólo que simplificada en virtud de que la valoración se hace mediante la mera aplicación de fórmulas matemáticas, una vez abiertas públicamente las propuestas.

Vencido el plazo para presentar propuestas y recibidas las proposiciones, se realiza por parte de la Mesa de Contratación (órgano específico para estos procedimientos, que puede o no estar integrada por personal de la entidad contratante, y que cobra un

³⁹ Este plazo puede tener las siguientes reducciones: A) De cinco días cuando se ofrezca acceso por medios electrónicos a los pliegos y documentación complementaria. B) El plazo se reduce a 36 días, como norma general, o, en casos excepcionales debidamente justificados hasta 22 días, si se hubiera enviado el anuncio previo al que se refiere el art. 125 de la LCSP comentado anteriormente. Esta reducción del plazo sólo será admisible cuando el anuncio de información previa se hubiese enviado para su publicación antes de los 52 días y dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de envío del anuncio de licitación, siempre que en él se hubiese incluido, de estar disponible, toda la información disponible para éste (art. 143.1 de la LCSP). Los plazos señalados en los dos apartados anteriores podrán reducirse en siete días cuando los anuncios se preparen y envíen por medios electrónicos, informáticos o telemáticos.

carácter cada vez más relevante) un primer análisis, destinado a establecer cuáles son las propuestas que cumplen con los requisitos establecidos por los pliegos (Pliego de Cláusulas Económico-Administrativas Particulares y Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares).

Seguidamente se hace público cuáles de las propuestas han sido admitidas al procedimiento y cuáles no. Esta decisión puede ser objeto de recurso administrativo (recurso especial en materia de contratación, novedad introducida por la LCSP), que puede tener efectos suspensivos⁴⁰.

Una vez determinadas las propuestas admitidas al procedimiento, se deben valorar en primer lugar aquellos criterios de adjudicación que, según los pliegos, se “puntúan” subjetivamente (criterios subjetivos). La LCSP dispone que, si dichos criterios tiene un peso relativo superior al peso de aquellos criterios que se valoran mediante la aplicación de meras fórmulas matemáticas (criterios objetivos), entonces su valoración debe hacerla un comité de expertos independientes.

Hecha y publicada, la valoración de los criterios “subjetivos”, se procede a la apertura pública de la parte de las propuestas en la que se incluyen aquellos criterios a valorar objetivamente (mediante la aplicación de fórmulas matemáticas).

La Mesa de Contratación produce, una vez terminada la valoración, una relación de las propuestas admitidas, ordenadas de acuerdo a la puntuación obtenida por cada una de ellas (lo que facilita la adjudicación al siguiente postor, en caso de no cumplirse todos los requisitos por el que ha quedado en primer lugar). Este documento constituye la recomendación de adjudicación, para que el Órgano de Contratación adjudique provisionalmente el contrato⁴¹.

Notificada la Adjudicación provisional a todos los interesados (y sustanciados los posibles recursos) existe un plazo para que el adjudicatario cumpla con determinados requisitos formales para contratar con la Administración (si no lo hubiera hecho durante el procedimiento) y, en su caso, constituya la sociedad de propósito específico que será la que formalice el contrato adjudicado. Cumplidos estos requisitos, la adjudicación provisional es transformada en definitiva por el Órgano de Contratación (momento en el que se produce el “perfeccionamiento” del contrato) y se fija un plazo para la firma del mismo (momento en que se produce su “formalización”).

El procedimiento abierto es el procedimiento de licitación empleado en España casi exclusivamente en el ámbito de concesiones y otras APP hasta la fecha, a salvo de la reciente implantación de la figura del contrato CPP, que obliga a emplear diálogo competitivo.

⁴⁰ Sobre este punto existe en estos momentos una controversia entre las autoridades de la Unión Europea y el Reino de España, ya que la Comisión Europea considera que la regulación de este recurso, no protege adecuadamente a los interesados.

⁴¹ Debe tenerse presente que, normalmente, en este tipo de contratos, con posterioridad a la adjudicación suele constituirse una sociedad de propósito específico, integrada por las empresas que acuden conjuntamente al procedimiento. De hecho, la concurrencia de grupos de empresas en lugar de licitadores individuales también es práctica habitual, pero aún los empresarios individuales, suelen recurrir a esta técnica (si bien excede el objeto de este apartado, debe tenerse presente que la creación de una sociedad de propósito específico, forma parte de la estructuración de la financiación a riesgo proyecto, por necesidades propias del esquema).

Una característica esencial de la tradición española de APPs es pues la ausencia de una calificación previa. La solicitud de calificación se presenta con el mismo acto de presentación de ofertas.

2.9.4. Procedimiento restringido

Procedimiento de uso general en el que sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación (mínimo 5). Estará prohibida la negociación del contrato.

Publicación

En este procedimiento existen dos fases. Se engloban ambas en “publicación”, sólo a efectos de producir una exposición clara, ya que no es hasta el final de la segunda fase que los interesados presentan su propuesta. Teniendo este criterio en cuenta, las fases a las que se hacía referencia, son:

Primera Fase – Los contratistas solicitan participar y la Administración los selecciona.

Resulta relevante que esta primera fase puede comenzar una vez justificada la necesidad e idoneidad del contrato, pudiéndose terminar el resto de actuaciones preparatorias, comentadas anteriormente, durante la recepción de candidaturas, y selección de candidatos.

El plazo de recepción de solicitudes de participación en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada es de un mínimo de 37 días, a contar desde la fecha del envío del anuncio al BOE/DOUE⁴².

Segunda Fase - Las empresas invitadas pueden presentar proposiciones.

Una vez seleccionados los candidatos, y terminadas las restantes actuaciones preparatorias se envía la invitación (que debe incluir la documentación pertinente) a los candidatos seleccionados a participar del procedimiento.

El plazo de presentación de proposiciones en los procedimientos relativos a contratos sujetos a regulación armonizada (como se explicaba en apartados anteriores, aquellos que superan determinados umbrales, en cuanto al monto) es de 40 días⁴³, también como mínimo, a contar desde la fecha de envío de la invitación escrita a participar. Este plazo podrá reducirse en cinco días cuando se ofrezca acceso por medios electrónicos, informáticos y/o telemáticos a los pliegos y a la documentación complementaria.

⁴² Este plazo podrá reducirse en siete días cuando los anuncios se envíen por medios electrónicos, informáticos y telemáticos (art. 148.1 de la LCSP). En los casos de urgencia puede reducirse a 15 días [art. 96.2 b) de la LCSP]. Si se trata de contratos no sujetos a regulación armonizada, el plazo para la presentación de solicitudes de participación será, como mínimo, de diez días, contados desde la publicación del anuncio.

⁴³ El plazo podrá –en determinados casos- reducirse, como norma general, hasta treinta y seis días o, en casos excepcionales debidamente justificados, hasta veintidós días. Esta reducción del plazo sólo será admisible cuando el anuncio de información previa se hubiese enviado para su publicación antes de los cincuenta y dos días y después de los doce meses anteriores a la fecha de envío del anuncio de licitación, siempre que en él se hubiese incluido, de estar disponible, toda la información exigida para éste (art. 151.1 de la LCSP).

En los procedimientos relativos a contratos no sujetos a regulación armonizada, el plazo para la presentación de proposiciones no será inferior a quince días, contados desde la fecha de envío de la invitación.

Adjudicación

Una vez recibidas las proposiciones, la adjudicación se rige por las mismas reglas explicadas para el Procedimiento Abierto.

2.9.5. La iniciativa privada

La intervención de los particulares en el ámbito de las Asociaciones Público-Privadas no sólo se ciñe a lo que resulta habitual en un contrato de concesión de obras públicas como es la construcción, explotación y financiación de las obras públicas sino que se extiende a la propia iniciativa, concepción y diseño de las mismas, apuesta que consagraba ya la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas y que se mantiene sin grandes variaciones en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP, art. 112).

Sin bien no se trata estrictamente de un procedimiento de contratación, tratándose de una alternativa para la gestación de los contratos, cabe incluir en este apartado unas breves notas acerca de esta posibilidad.

Resulta necesario afirmar que la Administración en el marco de sus competencias, debe definir el marco institucional de planificación y coordinación, precisando qué actuaciones y bajo qué principios pueden ser susceptibles de acometerse mediante la iniciativa privada de modo que aquellas que no cumplan unos principios mínimos deben entenderse reservadas a la Administración.

2.9.5.1. Contexto jurídico vigente

La iniciativa privada está regulada por el artículo 112 de la LCSP. En efecto, la Ley en su apartado 5, admite *“la iniciativa privada en la presentación de estudios de viabilidad de eventuales concesiones. Presentado el estudio será elevado al órgano competente para que en el plazo de tres meses comunique al particular la decisión de tramitar o no tramitar el mismo o fije un plazo mayor para su estudio, que en ningún caso será superior a seis meses. El silencio de la Administración o de la entidad que corresponda equivaldrá a la no aceptación del estudio”*.

En el caso de que el estudio de viabilidad culminara en que la concesión finalmente se licite y adjudique *“...su autor tendrá derecho, siempre que no haya resultado adjudicatario y salvo que el estudio hubiera resultado insuficiente de acuerdo con su propia finalidad, al resarcimiento de los gastos efectuados para su elaboración, incrementados en un 5% como compensación, gastos que podrán imponerse al concesionario como condición contractual en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares. El importe de los gastos será determinado por la Administración concedente en función de los que resulten acreditados por quien haya presentado el estudio, conformes con la naturaleza y contenido de éste y de acuerdo con los precios de mercado”*.

Es decir, en España, a diferencia de otros países (siendo el ejemplo europeo más notable el de Italia), sólo se otorga como premio la compensación de los gastos más un pequeño margen (del 5%) Sin embargo, en Italia y en algunos países del continente sudamericano como Chile, los pliegos otorgan generosos premios, que van desde un porcentaje o puntaje adicional en la oferta económica del oferente autor de la iniciativa, hasta un derecho de tanteo.

2.9.5.2. Contenido de la iniciativa privada

El proponente, debe presentar junto con la propuesta, el estudio de viabilidad preceptivo, salvo que en uso de una excepción prevista por la propia ley, se recurra a un Estudio de Viabilidad Económico financiera abreviado, junto con el correspondiente anteproyecto).

Así, el artículo 112.2 establece que “el estudio de viabilidad deberá contener, al menos, los datos, análisis, informes o estudios que procedan sobre los puntos siguientes:

- A. Finalidad y justificación de la obra, así como definición de sus características esenciales.
- B. Previsiones sobre la demanda de uso e incidencia económica y social de la obra en su área de influencia y sobre la rentabilidad de la concesión [si bien no parece muy apropiado que el análisis de rentabilidad de la concesión se describa en el mismo apartado que el de previsiones de demanda y utilidad socio-económica de la concesión, ni que lo que debiese ser un completo análisis de factibilidad, más en concreto de “bancabilidad” o aceptabilidad bancaria del esquema, se reduzca a un análisis de rentabilidades].
- C. Valoración de los datos e informes existentes que hagan referencia al planteamiento sectorial, territorial y urbanístico.
- D. Estudio de impacto medioambiental cuando este sea preceptivo de acuerdo con la legislación vigente. En los restantes casos, un análisis ambiental de las alternativas y las correspondientes medidas correctoras y protectoras necesarias.
- E. Justificación de la solución elegida, indicando, entre las alternativas consideradas, si se tratara de infraestructuras viales o lineales, las características de su trazado.
- F. Riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de la obra.
- G. Coste de la inversión a realizar, así como sistema de financiación propuesto para la construcción de la obra con la justificación, así mismo, de la procedencia de esta”. [entrando claramente en redundancia esto último con lo solicitado en el apartado (a)]

Finalmente, cabe señalar que (posiblemente por la escasez del 5% establecido⁴⁴ legalmente como “premio” al iniciador, cuando no resulte adjudicatario) esta institución no es utilizada con frecuencia por los promotores privados. En el ámbito estatal y en el ámbito de las comunidades autónomas prácticamente no se verifican

⁴⁴ Producto de la última reforma legislativa, ya que anteriormente, este porcentaje máximo llegaba hasta el 10%.

precedentes, siendo las pocas experiencias que existen en esta materia, de ámbito casi exclusivamente local (esto es, a nivel de municipios). Cabe destacar, a pesar de lo expuesto precedentemente, el caso de Aeropuerto de Murcia, en el que el adjudicatario del proyecto fue el “proponente iniciador” (denominación generalmente aceptada para quien presenta una iniciativa privada ante la Administración).

2.10. Descripción del proceso de licitación pública de un proyecto en régimen de concesión de obra pública (sector carreteras a modo de ejemplo):

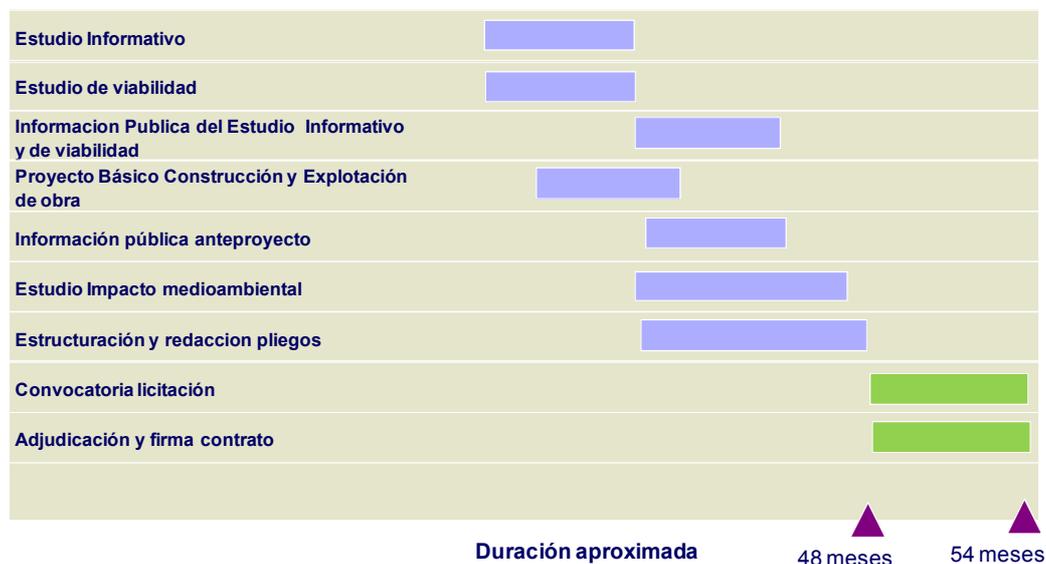
Según Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la puesta en marcha del proceso administrativo contemplaría los siguientes pasos:

1. Estudio de Viabilidad (cuyo contenido resulta asimilable al descrito en el apartado anterior, para la presentación de iniciativas privadas) donde se analizan las características técnicas de las soluciones contempladas, los costes estimados y las demandas generadas. Este es sustituible en determinadas circunstancias por un estudio de alcance más modesto, **Estudio de Viabilidad Económica Financiera** (alternativa legalmente dispuesta, con un contenido más limitado, pero necesariamente acompañado de un Anteproyecto).
2. **Información Pública** del Estudio Informativo y del Estudio de Viabilidad Económica Financiera.
3. **Proyecto básico** de Construcción y Explotación de la Obra (este paso depende de la complejidad de la misma y del grado de definición de sus características técnicas, pudiendo bastar con el estudio informativo).
4. **Información Pública del Anteproyecto y del Estudio de Impacto Ambiental.**
5. **Estructuración y redacción de los PCAP y PTP (equivalente a las Bases de licitación en México)**⁴⁵.
6. **Convocatoria de la Licitación.**
7. **Adjudicación y firma del contrato de concesión.**

La evolución de este proceso administrativo, siempre teniendo en cuenta que depende de cada proyecto, se podría representar aproximadamente como sigue:

⁴⁵ Culmina con la fiscalización del gasto el informe favorable de Intervención y de los servicios jurídicos. Se define entre otros el "tipo de licitación" o precio máximo del mecanismo de pagos o tope de otras variables económicas.

Figura 3. Fases del proceso de una licitación pública



Fuente: Elaboración propia

2.10.1. Estudio informativo donde se analizan las características técnicas de las soluciones contempladas, los costes estimados y las demandas generadas

Una vez que se ha detectado la necesidad y oportunidad de ejecutar una infraestructura se debiera proceder a realizar un estudio informativo (análisis coste-beneficio) que incluya los siguientes puntos⁴⁶:

- a) Posibles alternativas técnicas para ejecutar el proyecto y sus posibles demandas y costes globales.
- b) Análisis de coste-beneficio de cada alternativa técnica (de trazado).

Para realizar el análisis comparativo de la rentabilidad económica social de cada una de las alternativas técnicas presentadas en el estudio informativo se suelen utilizar los siguientes indicadores económicos:

- Valor Actual Neto (VAN).
- Relación Beneficio-Coste (B/C).
- Periodo de Recuperación de la Inversión (PRI).
- Tasa Interna de Retorno (TIR).

Los costes que se consideran para el cálculo de estos indicadores es el siguiente:

(i) - Costes del proyecto: costes de inversión y costes de conservación y explotación.

(ii)- Costes generalizados de transporte:

⁴⁶ Metodología basada en las "Recomendaciones para la evaluación económica, coste -beneficio de estudios y proyectos de carreteras" desarrollado por el Ministerio de Fomento.

- Costes de funcionamiento que incluyen los costes de amortización, conservación del vehículo, lubricantes y neumáticos.
- Costes de accidentes.
- Costes del tiempo recorrido.

Los beneficios se calcularían como la diferencia entre los costes generalizados del transporte de la red viaria actual con respecto a las alternativas planteadas en el estudio. Por lo que sería el ahorro o beneficio que el proyecto generaría a los usuarios del área de estudio y a la colectividad en general (tiempo, accidente, etc.).

A partir de los costes y beneficios se construyen los indicadores económicos que se comentan anteriormente y que se explican más detenidamente a continuación:

- **Valor Actual Neto (VAN)**, se define como la diferencia entre el beneficio actual neto y el coste actual neto.

Un VAN>0, es decir, un valor presente neto positivo será indicador de la conveniencia de llevar a cabo el proyecto. Si se está tratando de decidir entre distintos proyectos se elegiría aquel con mayor valor presente.

- **Relación Beneficio Coste**, se define como el ratio entre el beneficio actualizado neto y el coste actualizado neto.
- **Periodo de recuperación de la Inversión**, obtiene el año donde los beneficios actualizados netos igualan o superan a los costes actualizados netos.
- **Tasa Interna de Retorno (TIR)**, obtiene la tasa de descuento para la cual el beneficio neto actualizado es igual al coste neto actualizado (VAN=0).

Una vez obtenidos estos indicadores para cada una de las alternativas técnicas presentadas, se procederá a su comparación para seleccionar aquella alternativa cuya rentabilidad económica social sea más positiva.

c) Selección de la forma de financiación más adecuada para el proyecto.

A la hora de determinar las fuentes de financiación de un proyecto, en el modelo Español, no es preceptivo realizar un análisis comparativo de eficiencias, como se realiza en el modelo británico, de "Value for Money" (VfM), basándose la decisión de procurar a través de APPs esencialmente en aspectos de disponibilidad presupuestaria, para lo cual si se realiza un análisis de cómputo en deuda (SEC 95). Si bien ya hemos visto que el VfM se debe hacer ya obligatoriamente para el caso de procuración a través del contrato CPP y en todo caso cada vez más administraciones lo están haciendo en todo caso (pero no como filtro de "pasa o no pasa").

"Value for Money" (VFM) consiste en comparar el desarrollo de un proyecto por diferentes vías, analizándose como mínimo las dos siguientes:

- Directamente con financiación pública, esto es contra el Presupuesto de la Administración.
- Con financiación privada, a través de un esquema PFI (Private Finance Initiative).

Análogo al análisis exigido tanto en el modelo británico y Mexicano⁴⁷ (caso PPS), para decidir realizar el proyecto mediante financiación privada justificando que ésta es más eficaz que otras alternativas de financiación por medio de un análisis comparativo (VfM).

2.10.2. Estudio de Viabilidad Económica - Financiera

Con carácter previo a la decisión de construir y explotar en régimen de concesión una obra pública, el órgano que corresponda de la Administración concedente debe realizar un estudio de viabilidad de la misma.

El estudio de viabilidad determina la factibilidad financiera del proyecto para ser receptor de inversión privada. Los principales objetivos del estudio de viabilidad son:

- Analizar el nivel de defecto de factibilidad financiera del proyecto (nivel de insuficiencia de recursos o de ingresos extrapresupuestarios).
- Analizar el coste aproximado que para la Administración puede suponer este proyecto bajo distintos escenarios de apoyo.
- Recomendar la mejor opción/opciones de apoyo público entre todas las existentes y la estructura de recurso presupuestario más conveniente o que mejor se acomode a las disponibilidades presupuestarias actuales y futuras de la Administración desde el punto de vista de impacto en el déficit y de la disponibilidad de recursos financieros.

Como mínimo el estudio de viabilidad deberá contener y se deberá realizar lo siguiente:

- a) Finalidad y justificación de la obra, así como definición general.
- b) Realizar previsiones sobre la demanda de uso e incidencia económica y social de la obra en su área de influencia y sobre la rentabilidad de la concesión.
- c) Valorar los datos e informes existentes que hagan referencia al planeamiento sectorial, territorial o urbanístico.
- d) Estudio de impacto ambiental cuando así lo exija la legislación vigente. En los restantes casos, un análisis ambiental de las alternativas y las correspondientes medidas correctoras y protectoras necesarias, en el caso de que sea necesario.
- e) Justificación de la solución elegida y en el caso de que se tratara de infraestructuras viarias o lineales, las características de su trazado.
- f) Riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de la obra.
- g) Coste de la inversión a realizar, así como el sistema de financiación propuesto para la construcción de la obra.
- h) Estudio de básico de seguridad y salud en obras de construcción.

Por último comentar que los datos contenidos en el estudio de Viabilidad no son vinculantes en el proceso de licitar pero permiten justificar las variables de contratación.

⁴⁷ Al igual que en el caso británico, y a diferencia según entendemos del caso Mexicano, no es preceptivo que el resultado sea positivo para proseguir con el procuramiento.

2.10.3. Redacción de pliegos

Según la regulación del artículo 115 de la LCSP, El PCAP debe hacer referencia a los siguientes aspectos:

- a) Definición del objeto con referencia al anteproyecto o proyecto de que se trate mencionando aquellos documentos que tengan carácter contractual. Se deben especificar las zonas complementarias de explotación comercial.
- b) Requisitos de capacidad y solvencia financiera, económica y técnica que sean exigibles a los licitadores.
- c) Contenido de las proposiciones que deberán contener como mínimo lo siguiente:
 - o Relación de promotores de la futura sociedad concesionaria.
 - o Plan de realización de las obras.
 - o Plazo de duración de la concesión.
 - o Plan económico-financiero de la concesión.
 - o En los casos de financiación mixta de la obra, propuesta del porcentaje de financiación con cargo a recursos públicos.
 - o Compromiso de que la sociedad concesionaria adoptará el modelo de contabilidad que establezca el pliego, de conformidad con la normativa aplicable.
 - o Mejoras propuestas por los licitantes.
- d) Sistema de retribución del concesionario en el que se incluirán las opciones posibles sobre las que deberá versar la oferta (mecanismos de pago) y las fórmulas de actualización de costes durante la explotación de la obra.
- e) Umbral de beneficios de la explotación de la zona comercial, en el caso de que exista.
- f) Cuantía y forma de las garantías.
- g) Plazos:
 - o Proyecto.
 - o Ejecución de obras.
 - o Explotación.
- h) Derechos y obligaciones de las partes implicadas durante la fase de ejecución de las obras y durante su explotación.
- i) Régimen de penalidades y secuestro de la concesión.
- j) Lugar, fecha y plazo para la presentación de ofertas.

2.10.4. Fiscalización

Fiscalizar la contratación es verificar el ajuste de la actividad contractual de las entidades integrantes del sector público a los principios de legalidad, eficacia,

eficiencia y economía, a los que debe ajustarse la actividad económica de las Administraciones Públicas.

La función fiscalizadora en España la ejerce el Tribunal de Cuentas tiene carácter externo, permanente y consultivo y se referirá al sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia y economía en relación con la ejecución de los programas de ingresos y gastos públicos.

Por el artículo 29 de la LEY 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público se ordena la remisión por el órgano de contratación al órgano de fiscalización correspondiente, dentro de los tres meses siguientes a la formalización del contrato, de del expediente del que se derive.

A continuación se define el proceso de tramitación de expedientes:

a) Inicio de los expedientes

En todos los caso el órgano de contratación deberá incluir en el expediente el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas particulares.

Siempre que el contrato origine gastos para el Organismo, al expediente se deberá incorporar:

- El certificado de existencia de crédito o documento que legalmente lo sustituya.
- La fiscalización de la Intervención.
- La aprobación del gasto.

Un contrato no podrá fraccionarse un contrato con objeto de disminuir su cuantía y eludir así los requisitos de publicidad.

b) Aprobación del expediente.

Completado el expediente de contratación, el órgano de contratación dicta resolución motivada de aprobación del mismo y se dispone la apertura del procedimiento de adjudicación. Dicha resolución debe comprender también la aprobación del gasto.

Para tramitar el expediente de contratación es necesario que clasifiquemos los expedientes en tres tipos:

i. Expediente ordinario.

Se tramita bajo los principios de economía, celeridad y eficacia y deben contener como mínimo:

- Pliegos particulares (cláusulas y prescripciones técnicas).
- Plazo duración.
- Certificado de existencia de crédito (expedido por la oficina de contabilidad).
- Control de legalidad, lo que supone la fiscalización efectuada por la Intervención, que emitirá su informe en el plazo de 10 días desde el siguiente a la recepción; y aprobación del gasto.

ii. Expediente de urgencia.

Seguirá el mismo procedimiento que el ordinario pero con una serie de particularidades.

iii. Expedientes de emergencia.

Podrán ser empleado sólo en los casos en los que la Administración tenga que actuar de forma inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, situaciones que supongan grave peligro o necesidades que afecten directamente a la defensa nacional.

2.10.5. Proceso de Valoración/Selección

Según la nueva ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público para la valoración de las distintas proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa se deberá atender a criterios directamente vinculados al objeto del contrato como puede ser la calidad, el precio, la fórmula para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la obra, el coste de utilización, las características medioambientales, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad, coste las reposiciones, el mantenimiento, la asistencia técnica y el servicio postventa u otros semejantes.

Cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación debe ser el de precio más bajo.

Cuando se utilicen varios criterios se pueden diferenciar entre criterios de valoración objetiva (evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas) o subjetivas. Cuando en una licitación que se siga un procedimiento abierto o restringido en la que se atribuirá a los criterios objetivos una ponderación o importancia inferior que a los criterios de juicio de valor, se deberá constituir un comité que cuente con un mínimo de tres miembros (a fin de que dicha valoración "subjetiva" sea independiente). Otra opción para realizar esta evaluación subjetiva será la de encargárselo a un organismo técnico especializado.

La evaluación de las ofertas conforme a los criterios objetivos se realizará tras efectuar (y hacer pública) previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello.

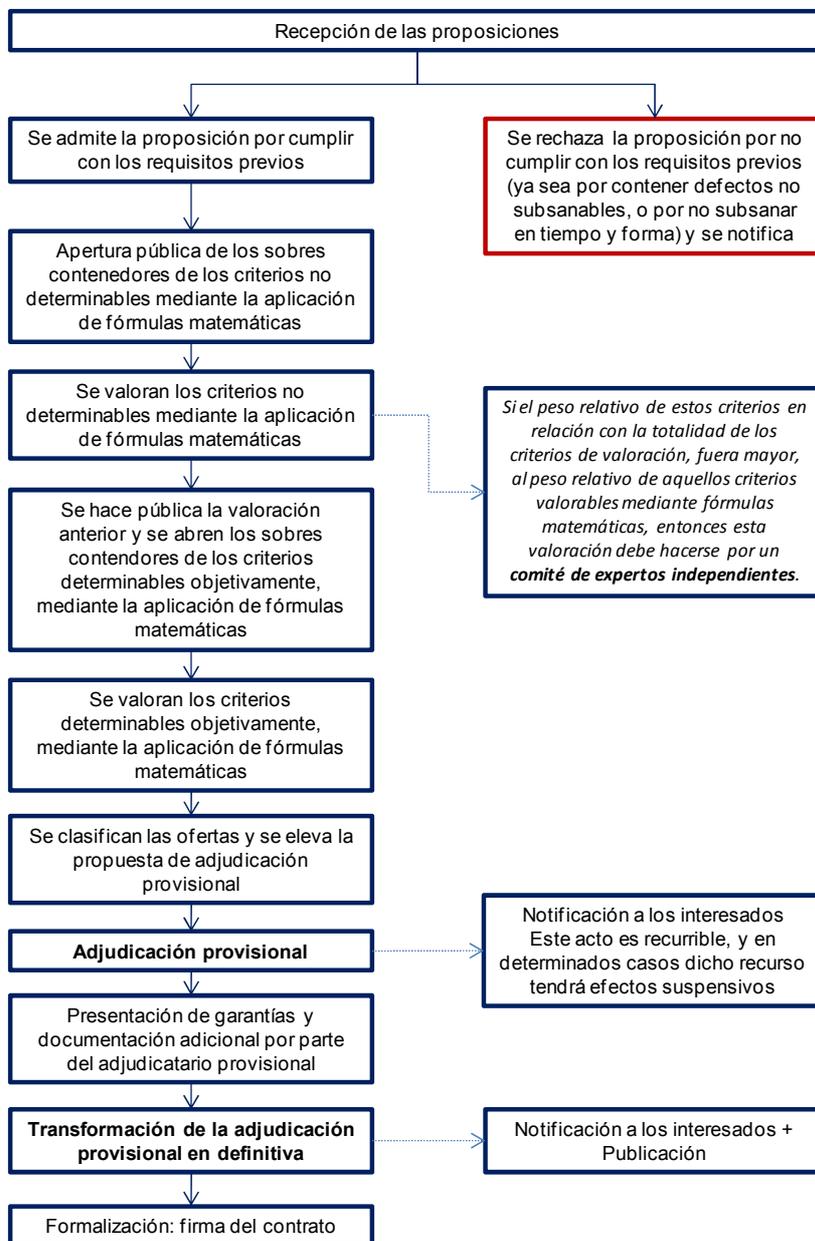
Otro aspecto importante de esta fase es la transparencia del proceso. La apertura de las propuestas debe ser pública y se debe de comunicar la puntuación a los interesados.

Posteriormente los interesados tendrán un máximo de 10 hábiles para presentar las reclamaciones oportunas. Una vez pasado este plazo se procederá a:

- Designar un adjudicatario provisional.
- Constituir la sociedad Concesionaria.
- Constituir la garantía definitiva y la documentación acreditativa correspondiente.
- Firma del contrato y adjudicación definitiva.

A continuación se describe gráficamente el procedimiento genérico para la valoración de las ofertas y la adjudicación de los contratos:

Figura 4. Procedimiento de valoración de ofertas y selección.



2.11. Aproximación típica a la asignación de algunos riesgos⁴⁸

En el marco de las Asociaciones Público-Privadas, el concepto de riesgo, se refiere a la probabilidad de que se produzca un evento (por ejemplo la no terminación en plazo de la construcción de la infraestructura a operar), que trae como consecuencia una pérdida o quebranto, en relación con el importe esperado de su impacto cuantitativo.

Al inicio de este trabajo se mencionaba que en las APPs, el objetivo fundamental –que no el único– es un contrato que, en cuanto tal, consiste precisamente en ser un mecanismo de reparto de riesgos. Y lo que el contrato hace en su indispensable tarea de atribución de riesgos viene condicionado, tanto por el marco legislativo, como por la cultura de gestión que domina entre las partes; lo demás dependerá de las particularidades del objeto del contrato.

En consonancia con la afirmación de que la defensa de la identidad de las APPs comporta la asignación efectiva de riesgos al socio privado, lo primero que se debe tener presente es que tal cosa no se consigue por el mero hecho de se empleen en el proyecto recursos procedentes del mercado de capitales, ya que se trata de algo que sucede en cualquier contrato de obra pública de cierta envergadura y duración.

Sin embargo, queda claro que cuando se habla de APPs nos estamos refiriendo a algo distinto del clásico contrato administrativo de obra, el problema radica en explicar dónde está la distinción.

La diferencia radica, como se apuntó con anterioridad, en las *ganancias de eficiencia*, esto es, en la reducción de costes que los esquemas APP permiten conseguir (a pesar del teórico mayor coste financiero derivado de la naturaleza privada de la financiación) y esas ganancias sólo son posibles mediante una verdadera transferencia de riesgos al sector privado. Ello no implica necesariamente una transferencia absoluta del riesgo, sino la atribución de los distintos riesgos a aquella parte que se encuentre en mejores condiciones para gestionarlo.

La transferencia es muchas veces matizada, incluyendo elementos de mitigación (o compartición). Por ejemplo, es usual que se establezcan límites a la responsabilidad de una u otra parte, se obligue al socio privado a contratar seguros (que mitigan la asunción de riesgos asociados a eventos de fuerza mayor), o se establezcan límites a los ingresos máximos o mínimos del negocio.

Cabe mencionar también que es práctica usual en el mercado que el socio privado transfiera, a su vez, el riesgo que ha asumido contractualmente frente a la Administración a un tercero (por ejemplo, mediante un contrato espejo, que replique los derechos y obligaciones relativos a la construcción de la infraestructura, a un subcontratista).

También debe puntualizarse aquí, que los financiadores de la Sociedad Vehículo, asumen parte del riesgo del proyecto (dada la ausencia de garantía de la Administración), pero cuentan también con diversos mecanismos para mitigar este riesgo (mecanismos recogidos expresamente por la legislación española), como los

⁴⁸ Este apartado ha sido redactado usando como base una sección de un informe previo realizado por el autor del presente informe en conjunto con el profesor Alberto Ruiz Ojeda, titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Málaga, para la Sociedad Estatal de Infraestructuras de Transporte Terrestre (SEITSA): “La SEIT y el desarrollo de infraestructuras de transporte terrestre bajo esquemas de APP en España”

privilegios crediticios, la prenda de las acciones de la sociedad vehículo, y la propia hipoteca de la concesión, llegando incluso a la posibilidad de intervenir en la gestión de la Sociedad Vehículo y reemplazar sus gestores.

Se puede ilustrar cómo puede hacerse dicha transferencia mediante la enunciación de la tipología de riesgos que, en principio, parecen más significativos.

- i) En primer término, los *riesgos de construcción*. Son éstos los que de manera más intuitiva se transferirían a las empresas constructoras ya que son ellas, en principio, las que, por la actividad industrial que realizan, se encuentran en mejores condiciones de controlar. En este tipo de riesgos, los esquemas APP añadirían eficiencia en la medida en que dotaran a la adjudicación del contrato de un carácter preclusivo, fundamentalmente en lo que se refiere a la correcta elaboración del proyecto, a la estricta limitación de la inversión que se reconoce y a la fiscalización de la calidad en la obra ejecutada.
- ii) En segundo lugar, los *riesgos financieros*. Estos riesgos hacen relación a un conjunto de costes ligados a la obtención de recursos monetarios para su inmovilización en la obra. Retribuir a quién financia es, por definición, algo irremediable en el mercado de capitales. En las modalidades contractuales de APP, quienes aportan la masa monetaria dejan de ser unos desconocidos para desempeñar un papel relevante en el montaje de la operación y en el desarrollo del proyecto, y esto conlleva la explicitación del precio de los capitales aportados y, con él, de los costes asociados a las deficiencias en la atención del servicio del endeudamiento. Las ganancias de eficiencia que aporta la financiación privada no radican, pues, en la supuesta eliminación del coste de retribuir a quién financia –algo imposible en cualquier mercado de capitales que merezca ese nombre–, sino en el esmero en su cuantificación y en la asignación de los riesgos de incumplimiento, total o parcial, provisional o definitivo, de las obligaciones de pago a los acreedores.
- iii) En tercer lugar, habría que hacer referencia a los *riesgos comerciales*. El riesgo comercial está, sencillamente, fuera de toda consideración en los contratos ordinarios de obra pública: el contratista es ajeno, como regla general, a cualquier relación con los usuarios del producto final de su operación. Cuando se habla de *riesgos comerciales en sentido amplio* se está considerando los riesgos de mantenimiento, operación-explotación y flujos de unidades de uso así como los costes asociados a su materialización. Las técnicas de APP, en definitiva, obligan a que quien construyó las obras se cuide de la calidad del proceso constructivo y se preocupe de modo efectivo por el estado de las instalaciones una vez abiertas a los usos que le son propios (es esperable que, ante una mejor calidad en el proceso constructivo, existan menores costes de operación y mantenimiento).
- iv) Habría que hablar, en último término, de los *riesgos no comerciales*. En los proyectos APP esta denominación negativa suele emplearse de manera deliberada para indicar, entre otras cosas, las siguientes. La primera, que se trata de riesgos ajenos a la diligencia normalmente

exigible a cualquier empresario y que se sitúan, por tanto, fuera del alcance del correcto conocimiento de su propio negocio. La segunda, que estamos en el ámbito de eventos que no son razonablemente previsibles. La tercera, que escapan de lo que un gestor diligente puede hacer por controlar⁴⁹. Esta consideración negativa tiene, entre otras, una consecuencia: darle a los riesgos no comerciales un carácter estrictamente residual e impedir su correcta identificación. En definitiva, los riesgos no comerciales suelen ser asignados a la Administración Pública, y con tal finalidad se han acuñado expresiones exitosas, en concreto la *doctrina de la imprevisión* y el *Factum Principis*, bajo las que se recogen eso que podríamos denominar como el *riesgo propio de la Administración*.

Con esta somera descripción de los tipos de riesgos más significativos, aceptada por otra parte por la literatura al uso y por la práctica misma de los proyectos APP para infraestructuras, no se debe perder de vista que se trata de fotos estáticas de realidades mutuamente imbricadas, es decir, de proporcionar herramientas analíticas y terminológicas para identificar *a priori* las causas de las incidencias negativas con relevancia económica en el curso de la relación contractual.

Los riesgos son, en suma, las causas de sobrecostes, en tanto que previamente identificadas. Y es propio de las causas su intervención concurrente y la producción de efectos concatenados. Así, un hecho constitutivo de fuerza mayor puede alterar seriamente la fase de construcción de las obras, exigir inversiones suplementarias y obligar a una refinanciación del proyecto.

Con todo esto se pretende decir que, en realidad, no hay una pluralidad de visiones en lo que se refiere a la catalogación de riesgos, sino que las divergencias se sitúan en los criterios y en las técnicas de asignación –y mitigación– de esos riesgos a las diferentes partes que intervienen en los proyectos de financiación privada de infraestructuras. Aquí reside el verdadero problema.

Sin perjuicio de las matizaciones desarrolladas en los párrafos precedentes, incluimos aquí una matriz de riesgo “estandarizada” con una descripción de la asignación de riesgos “típica” (basada en el contenido de la LCSP española, y los clausulados que pueden encontrarse en los diversos contratos APP, en especial los de tipo concesional en España) para un proyecto bajo esquema APP, sin perjuicio de insistir que dicha asignación de riesgo debe estar siempre ajustada a las necesidades de cada proyecto en particular.

⁴⁹ Somos conscientes de que lo aquí decimos que es matizable, ya que hacemos una simplificación voluntaria de la rica variedad de instrumentos de financiación de infraestructuras y de la teoría de riesgos de las APPs, aunque pensamos que es válido con carácter general. En efecto, el hecho de que ciertos riesgos estén fuera del conocimiento del socio o gestor privado, y/o los eventos no sean razonablemente previsibles, no debe impedir que algunos de estos riesgos, en concreto, los “imprevisibles”, sí resulte eficiente transferirlos, en mayor o menor medida, al socio privado, pues muchas veces, si bien éste no puede controlar la probabilidad de ocurrencia, sí puede controlar sus efectos y gestionar mejor o peor sus consecuencias. El ejemplo perfecto son los riesgos de fuerza mayor de carácter natural, en los cuales, lo habitual en otras jurisdicciones, no es compensar plenamente al socio privado de sus consecuencias, y restaurar por entero el “equilibrio económico-financiero”, sino mantenerle en una posición de neutralidad (ni ganar ni perder), y desde luego, obligar al gestor privado a suscribir los seguros correspondientes.

Matriz de asignación “tipo” de riesgos (basado en concesiones de infraestructuras viarias):

Tabla 1. Matriz de asignación “tipo” de riesgos en proyectos APP

Riesgo	Socio Público	Socio Privado	Observaciones
A) FASE DE CONSTRUCCIÓN			
Diseño		X	Aún en caso de existir un proyecto desarrollado por la Administración (regla general en la contratación española de concesiones), el socio privado, usualmente, debe hacerlo suyo. De hecho la LCSP contempla expresamente la posibilidad de encomendar la redacción del proyecto al concesionario de obras públicas (y con dicho encargo, evidentemente se asigna el riesgo asociado).
Construcción		X	La plena transferencia de este riesgo es esencial (con las excepciones establecidas por Ley, básicamente fuerza mayor). Tanto por la ley de contratos (art. 7.2 LCSP) como por la normativa en materia de contabilidad (SEC 95).
Sobrecoste de construcción		X	Este riesgo viene asociado al anteriormente explicado, asociado a la noción de “riesgo y ventura”, principio consagrado por la LCSP.
Servicios afectados		X	La práctica habitual en España es la transferencia al socio privado (si bien existe cierta tendencia a compartirlo en ciertos sectores y en función de la mayor o menor disponibilidad de información adecuada/actualizada).

Riesgo	Socio Público	Socio Privado	Observaciones
Arqueológico	X	X	En principio quedaría asignado a la Administración, en la medida en que se considere imprevisible. Influye en este riesgo la legislación que impere en la región respectiva en materia de patrimonio cultural. Normalmente eran determinadas obligaciones para el Concesionario, que suele estar obligado a tolerar ciertas demoras (y el sobre coste asociado) que los hallazgos arqueológicos conlleven. En algunos casos se está incluyendo en pliego un posible mapa de hallazgos u otra información arqueológica a modo de "línea base" objetiva para poder determinar el carácter imprevisible. Nos parece recomendado este enfoque cuando sea conocido estar en una zona de riesgo elevado, y compartir los sobre costes.
Geológico y geotécnico		X	Suele estar asociado al concepto de "riesgo y ventura", sin embargo, esta transferencia de riesgo no es absoluta ni tiene la misma intensidad en todos los casos. Es claro que no resulta recomendable su plena transferencia en el caso de túneles y así es reconocido en algunos contratos ⁵⁰ .
Expropiatorio	X		Depende mucho del sector en cuestión: este riesgo no es significativo a nivel urbano/metropolitano, en el entendido de que el viario está disponible. Lo relevante en relación a este riesgo se produce en el ámbito interurbano. Es habitual que las expropiaciones las ejecute el concesionario durante la construcción de las obras, pero que el riesgo de sobre coste lo asuma el la Administración Sin embargo esto este tratamiento de riesgo (retención por la parte pública), no ha sido así en el caso de los contratos procurados por la Administración central lo cual ha tenido recientemente (en los procesos adjudicados durante 2008) consecuencias altamente negativas ⁵¹ .

⁵⁰ Aquí se echa en falta en la mayoría de los casos un sistema en contrato más regulado, para determinar de manera objetiva si las condiciones geotécnicas son o no distintas a las que se previeron, y definir así el carácter de extraordinarias. Así mismo el acceso a compensaciones debería estar limitado de manera que se compartan los sobre costes, si acaso de manera gradualmente creciente.

⁵¹ Sobre este particular, ha sido particularmente dañina para el negocio concesional la transferencia absoluta del riesgo expropiatorio, dada la indeterminación del valor de las mismas. Una vez finalizados los procesos judiciales a los que dichas expropiaciones fueron sometidas, su coste sufrió una desviación tal que a la fecha de redacción del presente documento podría poner en peligro la viabilidad del negocio concesional. Esta circunstancia se ha producido en varias concesiones de infraestructuras viarias licitadas en 2008 y con graves problemas de sobre costes que se han manifestado durante este año. Las concesionarias

Riesgo	Socio Público	Socio Privado	Observaciones
Medioambiental		X	Si bien la Administración realiza los trámites previos de aprobación, el Concesionario implementa los requerimientos y es responsable por su cumplimiento.
Fuerza Mayor	X	X	Retenido por la Administración por la LSCP (art. 214 LCSP), pero matizable por la exigencia de la contratación de seguros con un nivel mínimo de coberturas. En todo caso se puede decir que es compartido, pues el privado tiene un coste de oportunidad: el estándar habitual de cálculo de las compensaciones por terminación en base a fuerza mayor es más restrictivo, y en principio no otorga reconocimiento de rentabilidad (Tasa Interna de Retorno = 0%).
Insuficiencia de los seguros	X		Consecuentemente con lo explicado <i>supra</i> , este riesgo suele estar en cabeza de la Administración siempre que las pólizas estén debidamente en vigor y solo a partir de la cifra de coste/riesgo establecida como límite de la indemnización en la póliza respectiva.
Licencias y Permisos		X	Aún con compromiso de la Administración de facilitar la tramitación, este riesgo suele estar asignado al sector privado.
Financiero / Tipo de interés		X	Siempre transferido.
Inflación	X	X	En ocasiones el % del IPC que se aplicará a las tarifas es variable de oferta, por lo que este riesgo, muchas veces, se encuentra compartido.
B) FASE DE EXPLOTACIÓN			
Demanda y/o disponibilidad		X	Asociado al riesgo y ventura de la operación.

están reclamando re-equilibrios en base a la naturaleza de "extraordinario" de la desviación, y parece que el estándar que en relación a este riesgo aplicaba la Administración central va a variar hacia retención o compartición.

Riesgo	Socio Público	Socio Privado	Observaciones
Sobrecoste de explotación		X	Regla general es la plena transferencia. Al margen de la excepción de fuerza mayor, en ciertos sectores el estándar sí incluye la compartición del riesgo por un mecanismo de <i>benchmark</i> (p.e. hospitales), donde se revisan los costes medios de mercado de ciertos servicios (p.e. limpieza) y se revisa el pago unitario en consonancia para compensar una parte de la posible pérdida. Del mismo modo, un componente de los costes de explotación, los seguros, está viendo variar su estándar siendo más frecuente ya ver la compartición en las desviaciones del coste real con respecto al previsto.
Financiero / Tipo de interés		X	Ídem construcción.
Inflación	X	X	Ídem construcción.
Fuerza Mayor	X		Ídem construcción.
Insuficiencia de los seguros	X		Ídem construcción.
Puesta en Marcha		X	Asociado al riesgo y ventura de la operación, sin perjuicio, además, de la aplicación de penalidades.
Progreso y cambio regulatorio		X	Se pueden establecer excepciones y casos en el que este riesgo se compartirá, aunque la previsión legal determina la transferencia de este riesgo (art. 230.4 LCSP). Es necesaria una determinación expresa de lo que se entenderá por "regulación discriminatoria", ya que ésta, puede invertir la asignación del riesgo.
Ingresos Comerciales		X	Aunque la Administración puede, en determinados casos, participar de <i>up-sides</i> .

Riesgo	Socio Público	Socio Privado	Observaciones
Terminación anticipada del Contrato		X	Nos referimos al riesgo de insuficiencia de la liquidación /compensación a la posible terminación anticipada del contrato, que responde normalmente a tres supuestos distintos con tres cálculos diferentes: terminación unilateral, por incumplimiento o por fuerza mayor. Lo usual es que se describa de manera objetiva como se va a calcular dicha cifra aunque hay algunas excepciones. Dicha cifra es usual que no cubra el 100% de las deudas en cada momento, y en tales casos los bancos suelen solicitar (no siempre) garantía corporativa por la parte remanente de deuda que pueda estar desprotegida.

2.12. Otros aspectos y características relevantes en el “modelo español tradicional” de concesiones de obra pública:

2.12.1. Algunas características generales del modelo de licitación/selección

Es de destacar que, al igual que, en ausencia de contrato CPP, siempre se usa el concurso abierto, con una única fase documental (oferta y calificación coinciden), es propio del modelo Español, tradicionalmente, que el proyecto sea facilitado por la Administración sustancialmente desarrollado, con mayor grado de detalle que un anteproyecto, y no mucha flexibilidad para la presentación de enfoques de diseño diferentes (al igual por cierto que en el caso de México con las autopistas de cuota⁵²).

Ello abarata los costes de oferta muy sustancialmente, lo que conlleva entre otros un número más elevado de oferentes (que como hemos dicho, normalmente no van a pasar por un proceso de calificación previa).

Siendo evidente que esto puede conllevar cierto coste de oportunidad en términos de optimización técnica o mayores calidades, este enfoque español, administración tradicionalmente “prescriptiva” ha proporcionado un beneficio indudable: la economía en costes de los oferentes en relación a costes de proyecto de licitación, alimentada por los plazos razonablemente cortos de licitación (entre dos y tres meses desde convocatoria hasta presentación de ofertas), lo cual ha traído consigo tiempos medios de procesos de licitación (desde diseño de pliegos) de no más de 5 ó 6 meses, y un número medio de oferentes (en el caso de carreteras de peaje en la sombra) de entre 12 y 16 empresas.

En todo caso ya resulta evidente un cambio cultural en este sentido, con las Administraciones considerando, aunque más como excepción, el facilitar proyectos funcionales o a lo sumo ante proyectos, cuando consideren que el proyecto es sumamente complejo o que exista claro valor en costes en virtud de un alto grado de flexibilidad en las prescripciones de diseño.

2.12.2. Plazos máximos y plazos típicos de contratos

La determinación del plazo es una de las variables fundamentales en la Estructuración del APP.

En general el Plazo de Concesión se define desde el día de firma del contrato, aunque en algún caso se ha definido desde la puesta en servicio de la infraestructura.

Si bien el plazo es una de las premisas en la estructuración, existen plazos máximos por Ley para según qué modalidades de contratación. Lo más frecuente por otro lado (y hartamente conveniente en nuestra opinión) es que quede definido en el pliego (si bien excepcionalmente hemos visto casos en los que se convierte en variable económica de oferta). La LCSP, establece unos máximos por tipo de contrato que no pueden superarse en licitación:

⁵² Si bien en el caso mexicano, a fecha de hoy nuestro conocimiento es que este enfoque (facilitar el proyecto constructivo) no se aplicaba en los PPS cuando en España sí se aplica a cualquier modalidad de contrato, exista peaje o cuota o no exista. Otra diferencia radica en que en España sí se otorga valoración/puntos a las ofertas técnicas, si bien suele ser una parte menor al 50%.

- Contrato de Concesión de Obra Pública: hasta 40 años (salvo sector “aguas”).
- Contrato de Gestión de Servicios Públicos hasta: 50 / 25 / 10 años dependiendo de su objeto.
- Contrato de Colaboración Público Privada (CPP): 20 años. Excepción: objeto análogo a la concesión de obra pública: se aplicarán los plazos máximos previstos para este contrato, i.e., 40 años.

En caso de prórroga del plazo del contrato la LCSP establece unos máximos absolutos de duración:

- Contrato de Concesión de Obra Pública. hasta un 15% de su duración original años (en caso de prórroga).
- Contrato de Gestión de Servicios Públicos: 50 / 25 / 10 años dependiendo de su objeto (esto significa, que no son prorrogables más allá del límite legalmente establecido para su duración).
- Contrato de Colaboración Público Privada (CPP): hasta 46 años (si aplica régimen de concesión de obra pública explicado *ut supra*).

El Plazo del Contrato suele ser una de las variables que se modifican en caso de reequilibrio Económico. Muy condicionado al mecanismo de pago para su eficiencia.

Resulta difícil establecer un plazo típico para los contratos APP, debido a que dependiendo del tipo de proyecto, y de la importancia de la inversión, se verifican distintos tipos de plazos.

En todo caso, al menos en las concesiones de obra pública para proyectos de carreteras, metros y tranvías, puede establecerse el plazo medio entre los 30 y los 35 años. Los 30 años, son también el umbral temporal más usual para los grandes proyectos de infraestructura sanitaria (hospitales) y prisiones.

2.12.3. Concepto de re-equilibrio económico-financiero

La obligación, para ambas partes, de mantener el equilibrio económico financiero del contrato tiene su origen en el artículo 248 del TRLCAP (según la modificación introducida por la ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública). Hoy, se encuentra recogido en el art. 241 de la LCSP, que establece:

“1. El contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

- *Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las condiciones de explotación de la obra.*
- *Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 214.*

- Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en el apartado 4º de la letra c), y en la letra d) del artículo 115.1.

3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la reducción del plazo concesional, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en el apartado 2.b), y siempre que la retribución del concesionario proviniera en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios, podrá prorrogarse el plazo de la concesión por un periodo que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial. En el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b), la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación."

El restablecimiento del equilibrio económico-financiero a favor del concesionario o de la Administración, cuando este proceda, podrá consistir total o parcialmente en el ajuste del plazo vigente de la concesión y la revisión de las tarifas/precios, sin perjuicio de otras medidas compensatorias a las que habilita la Ley que en su momento se puedan considerar más convenientes.

Para fijar la extensión del plazo, la modificación de las tarifas/precios, u otro tipo de compensación a juicio de la Administración, se utilizará el modelo económico-financiero que debió preparar el Concesionario al presentar su oferta e incluirlo en la misma.

El criterio para fijar la modificación del plazo, u otro tipo de compensación a juicio de la Administración, será normalmente, la conservación para el Concesionario del Valor Actualizado Neto (VAN) de la suma de los flujos libres de caja (Free cash flow) previstos a lo largo de toda la concesión, descontados a una tasa del 5%. Dicho VAN no deberá verse alterado por las modificaciones u obras complementarias introducidas al proyecto de construcción propuesto en la oferta del Concesionario.

Alternativamente, y en las mismas condiciones expresadas en el apartado anterior, la variable a tomar como referencia puede ser la conservación de la Tasa Interna de Retorno del proyecto/accionista.

Finalmente, cabe insistir en que la mera ruptura de la economía del contrato no habilita el reequilibrio, para ello debe estudiarse el contrato, el régimen legal, y los supuestos de hecho, atribuyendo a la parte que corresponda según la relación causal que la originado el perjuicio, y valorar sobre cuál de ellas, y en qué medida, recaía el riesgo de que se trate.

2.12.4. Marco típico de penalizaciones

Las penalidades por incumplimiento se encuentran reguladas en el artículo 235 de la LCSP. El régimen legal puede ser alterado por la regulación que se establezca en los pliegos.

Antes de hacer una breve descripción del marco de penalidades, conviene distinguir en que se habla aquí de penalidades por incumplimiento contractual más allá de las

deducciones que, en su caso, pudieran aplicarse a los pagos públicos en virtud de parámetros de calidad o disponibilidad de la infraestructura o servicio del que se trate (que en cierto modo no son sino penalizaciones implícitas).

Los **supuestos** que podrían dar lugar a la imposición de penalidades son tantos y tan variados, como las obligaciones que puede incluir el contrato. En resumen, se podría hablar genéricamente de los indicados en el Pliego, que deben contemplar dichas penalizaciones expresamente de forma obligatoria: prohibiciones, incumplimientos, negligencia, etc.

Los **efectos** de dichas penalidades son eminentemente, de carácter económico (proporcionales al tipo de incumplimiento y a la importancia económica de la explotación), por ejemplo: 10 % del presupuesto obra o 20% de los ingresos obtenidos de la explotación, según la fase en que se encuentre el contrato: en ejecución de obra (aplica el régimen del art. 196 LCSP).

Por supuesto que, además de lo expuesto en el párrafo anterior, los pliegos expresamente deben determinar aquellos incumplimientos que tengan como consecuencia la facultad del Órgano de Contratación de optar por la resolución del contrato o el secuestro de la concesión.

El órgano de contratación cuenta con la posibilidad de imposición, en caso de persistencia de incumplimientos, penalizaciones diarias (3.000 euros/diarios a falta de regulación específica), según el marco que hayan dispuesto los pliegos.

Antes de la LCSP, las penalidades se clasificaban en leves, graves y muy graves, con una consideración separada a las demoras en el plan de trabajo, de esta manera (la graduación de las penalidades podría ejemplificarse de la siguiente manera (sólo a modo de ejemplo, basado en pliegos recientes de infraestructuras de carreteras, con una inversión aproximada de 200 millones de euros):

- Las **demoras** en la construcción del proyecto pueden dar lugar a la resolución del mismo por incumplimiento del contratista, o bien a la imposición de penalidades diarias de 1€ por cada 15.000 € del presupuesto estimado de la obra.
- Si las multas alcanzaran el 2% del presupuesto total de la obra, el Órgano de Contratación contará con la facultad de continuar imponiendo penalidades, o resolver el contrato por culpa del contratista.
- Las **faltas leves** se sancionarán con una multa entre 6.000€ y 150.000 €,
- Las **faltas graves** se sancionarán con una multa entre 150.001 € y 300.000 €,
- Las **faltas muy graves**, se sancionarán con una multa de entre 300.001€ and 900.000€, o bien determinarán la resolución anticipada del contrato.

En la actual LCSP, ha desaparecido la calificación de "Falta muy grave", y se incluye la posibilidad de calificar como "esencial" expresamente determinadas obligaciones del contrato, cuyo incumplimiento facultará a la Administración a resolver anticipadamente el contrato.

2.12.5. Aproximación a la rescisión anticipada y sus consecuencias (cálculos/obligaciones de compensación)

Todos los proyectos de infraestructura pública cuentan con un mitigante de primer nivel consistente en la garantía real que presta la Administración en forma de Responsabilidad Patrimonial (RP o RPA), como compromiso de pago liquidatorio en caso de extinción/rescisión de contrato por cualquier causa. Dicha cobertura proviene del principio de enriquecimiento injusto y se concretaba ya en el TRLCAP, actualmente se encuentra recogido en el art. 247 de la LCSP.

Las principales incertidumbres asociadas a la RP han venido siendo:

- la indeterminación de su cuantía, en los casos de extinción/rescisión asociada a incumplimiento contractual y/o quiebra, escenarios en los que se procedería a sustraer de la cifra de liquidación (cuantía de la inversión en obra pendiente de amortizar), una cifra en concepto de daños y perjuicios sufridos por la Administración.
- La indeterminación de su calendario de determinación y pago.

Estas incertidumbres han sido mitigadas en algunas modificaciones legislativas que han regulado con más en detalle la Responsabilidad Patrimonial de la Administración, y los derechos de terceros acreedores (en especial con los tenedores de títulos de crédito y los acreedores hipotecarios).

Subsisten, evidentemente, algunas incertidumbres, en la actualidad casi exclusivamente circunscriptas a la forma de realizar los cálculos para su determinación, por lo que en muchas ocasiones se recurra a la muy sana práctica de detallar los conceptos y operaciones matemáticas aplicables para su determinación en los propios pliegos de concesión.

Finalmente, se transcribe a continuación, la regulación contenida en la LCSP, para esta cuestión:

“Artículo 247. Efectos de la resolución.

1. En los supuestos de resolución, la Administración abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión. Al efecto, se tendrá en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que restara para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico- financiero. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

2. En el supuesto del párrafo f) del artículo 245, el concesionario podrá optar por la resolución del contrato, con los efectos establecidos en el apartado siguiente, o por exigir el abono del interés legal de las cantidades debidas o los valores económicos convenidos, a partir del vencimiento del plazo previsto para el cumplimiento de la contraprestación o entrega de los bienes pactados.

3. En los supuestos de los párrafos g), h), e i) del artículo 245, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, la Administración concedente indemnizará al concesionario por los daños y perjuicios que se le irroguen. Para determinar la cuantía de la indemnización se tendrán en cuenta los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir, atendiendo a los resultados de explotación en el último quinquenio cuando resulte posible,

y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a aquélla, considerando su grado de amortización.

4. Cuando el contrato se resuelva por causa imputable al concesionario, le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada.

5. El órgano de contratación podrá acordar también la resolución de los contratos otorgados por el concesionario para el aprovechamiento de las zonas complementarias.

El órgano de contratación podrá acordar también, como consecuencia de la resolución de la concesión, la resolución de los contratos otorgados de explotación comercial, abonando la indemnización que en su caso correspondiera. Esta indemnización será abonada con cargo al concesionario cuando la resolución se produjera como consecuencia de causa imputable a éste. Cuando no se acuerde la resolución de los citados contratos, los titulares de los derechos de aprovechamiento seguirán ejerciéndolos, quedando obligados frente al órgano de contratación en los mismos términos en que lo estuvieran frente al concesionario, salvo que se llegara, de mutuo acuerdo, a la revisión del correspondiente contrato.

6. Cuando el contrato se resuelva por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado entre ellas."

2.12.6. Garantías típicas exigidas

En cuanto a las garantías normalmente exigidas en los contratos de concesión de obra pública (el ejemplo paradigmático de APP en el mercado español), se establecen en función de la inversión total estimada para cada proyecto.

Hasta la aprobación de la LCSP, normalmente se verificaba la exigencia de una garantía del 3% del valor antes mencionado, como "**garantía provisional**". Esto es, la garantía de seriedad y mantenimiento de la propuesta presentada en un proceso de selección, y cuya devolución se encontraba sujeta a que: i) la propuesta se ajustara a lo que en cada caso exigían los pliegos, ii) la propuesta fuera mantenida en el tiempo hasta la adjudicación, iii) que, en caso de resultar adjudicatario, el proponente aportase la **garantía definitiva** (la que garantiza el cumplimiento de las obligaciones contractuales), y el resto de la documentación exigible para la formalización del contrato.

Producida la adjudicación del contrato, se obligaba al concesionario a aportar una garantía que oscilaba entre el 3 y el 6 por ciento (siendo el 4% la más usual). Ésta garantía se exigía durante toda la fase de construcción, existiendo la posibilidad de minorarla hasta el 2% una vez comenzada la fase de explotación.

Además de ellas, existía la posibilidad de exigir garantías adicionales, siempre que estuviese debidamente justificado.

Con la LCSP, el régimen de garantías ha cambiado. En primer lugar, es destacable que la exigencia de garantía provisional (fijada como máximo en la ley, en un 3%) resulta facultativa para el órgano de Contratación.

En cuanto a la garantía definitiva, ésta ha sido fijada por la ley en un 5% (sin que parezca haber margen para su modificación). La exigencia de garantías mayores a las expuestas, debe quedar debidamente justificada en el expediente de contratación.

Según el artículo 84 de la LCSP: Las garantías exigidas en los contratos celebrados con las Administraciones Públicas podrán prestarse en alguna de las siguientes formas:

- a) En efectivo o en valores de Deuda Pública.
- b) Mediante aval.
- c) Mediante contrato de seguro de caución.

Excepcionalmente, si bien en principio no en los contratos APP, podrá constituirse mediante retención en el precio.

Finalmente cabe señalar que cuando así se prevea en el pliego, la acreditación de la constitución de la garantía podrá hacerse mediante medios electrónicos, informáticos o telemáticos.

2.12.7. Perfil del concesionario oferente y su organización

Los promotores españoles ocupan un lugar relevante en el mercado de APPs. Según el ranking anual que elabora la revista Public Works Financing, 6 de los principales inversores/promotores del mundo son españoles.

De hecho, las empresas españolas copan el 40% del total de activos adjudicados, en construcción o en operación en el mundo, bajo esquemas de APP.

Aproximadamente el 50% de los licitantes en cada proyecto son de origen español. Las empresas españolas tienen una cuota de mercado significativa en el continente americano, resulta notable que sólo en los últimos 10 años, los promotores españoles han ganado 28 concesiones / contratos APP en el continente, fundamentalmente en USA, México, Brasil, Chile y Costa Rica, a modo de ejemplo, solo en México, las empresas españolas han ganado 11 proyectos APP en los últimos 6 años.

En España, los promotores privados suelen asociarse con el fin de presentar propuestas a los grandes proyectos de infraestructuras.

La presentación de la propuesta suele hacerse mediante una mera "Asociación", acompañando un compromiso expreso de constituir una UTE, o una Sociedad Mercantil (de hecho, los pliegos suelen exigir la constitución de una sociedad anónima), que será la que finalmente, formalice el contrato con la Administración.

Dependiendo del tipo de proyecto, la Asociación/UTE/Sociedad, suele estar integrada por un gran promotor de infraestructuras, junto a una empresa mediana, con presencia en la región en la que se desarrollará el proyecto.

En la práctica, se establece la posibilidad de que los licitadores dejen constancia formal de su compromiso para constituir una sociedad que será la titular de la concesión. La constitución y, en su caso, la forma de la sociedad deberá ajustarse a lo que concrete la legislación específica (art. 46.2 LCSP –normas especiales capacidad–).

El otorgamiento de la concesión puede vincularse a la exigencia de que el licitador seleccionado como concesionario adopte la forma de una sociedad que reúna determinadas características, fijadas en los Pliegos.

El artículo 233 del TRLCAP establecía los extremos sobre los que deberán versar las proposiciones de los licitadores. Relación de carácter mínimo y ampliable por los Pliegos. Entre tales extremos (además de otros relacionados con la ejecución -fechas clave del proyecto- plazo de duración y ejecución, económicos -plan económico

financiero, etc.): la especificación de la relación de promotores de la futura sociedad concesionaria, cuando estuviera prevista su constitución, y características de dicha sociedad, tanto jurídicas como financieras.

La participación de entidades financieras no debe excluirse, si bien normalmente no forman parte del grupo de empresas que participan directamente en el proyecto.

Por supuesto, en sectores específicos (por ejemplo en la sanidad), puede participar una empresa con *background* específico en el objeto de contrato (las grandes empresas dedicadas a la salud, han participado en la mayor parte de las licitaciones de hospitales que incluían los servicios médicos, en los últimos años), junto a promotores, y entidades financieras.

2.13. Introducción a una figura alternativa a la concesión típica en España: las sociedades de economía mixta

Se catalogan aquí las Sociedades de Economía Mixta dentro de las APPs institucionales, si bien podría entenderse que no son APPs institucionales puras pues tienen un marcado y claro carácter contractual. Su nexo en común –y que motiva su inclusión dentro de la categoría de APP institucional- es el control público y, como se ha explicado, la razón de su naturaleza mixta no es la mera presencia en el capital de un inversor público, sino el control de la sociedad por el socio público (la Administración).

Al margen de que se pueda ver como una derivación de las Sociedades públicas, no es menos cierto que como se señalaba en apartados anteriores, sobre todo en el ámbito de las Corporaciones locales, las Sociedades Mixtas han sido también una derivación degenerativa de empresas concesionarias en situación precaria o de liquidación.

Sobre todo en los casos más patológicos, las Empresas Mixtas podrían ser consideradas como una zona de aluvión, donde se recogían los restos de instrumentos poco exitosos de gestión de infraestructuras y servicios públicos.

La Empresa Mixta requiere, como forma de APP, un contrato específico que instrumente los derechos y obligaciones del socio privado que, precisamente, recibe la denominación legal de contrato de Empresa Mixta (art. 104 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local y art. 104 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales).

La Sociedad Mixta, como esquema de APP, consiste en que ella misma es el socio privado de la Administración y, en cuanto tal, acometerá la construcción, financiación (parcial al menos, y por importe significativo), operación y mantenimiento de la infraestructura. Es importante reseñar aquí las limitaciones legales establecidas en materia de subcontratación por parte de Empresas Mixtas ya que la subcontratación sólo está permitida para “prestaciones accesorias”.

La diferencia principal con las APPs institucionales estriba en que en el capital de las Sociedades Mixtas participan sujetos de Derecho privado en sentido estricto (el socio inversor privado), esto es, no integrados dentro del conglomerado del sector público, y de los que habitualmente se espera que aporten conocimientos y experiencia en el ámbito sectorial de que se trate, además de capitales.

La articulación de este esquema se puede hacer de una vez (creación de la Empresa Mixta como tal en el mismo acto en el que se seleccione al partícipe privado en el capital), o en dos fases (creación en un primer momento de una empresa 100% pública, y conversión a mixta en un segundo momento, tras la selección del partícipe accionarial privado o socio privado en sentido estricto).

Las empresas mixtas, como veremos en el resto de capítulos sectoriales, son utilizadas en alguna ocasión: existe un precedente de carreteras (Madrid Calle 30), uno de tranvías (Metro de Tenerife), y algún caso de infraestructura social (sin éxito en relación al objetivo de desconsolidar deuda).

2.14. Las empresas públicas gestoras de obra pública en España

2.14.1. Introducción

En el presente apartado se describe someramente una modalidad de gestión de infraestructuras, usual en el desarrollo y ejecución de proyectos de inversión, especialmente en el sector del transporte cuya peculiaridad reside, no tanto en el procedimiento de contratación de los contratistas para llevar a cabo los mismos, sino en la forma de hacerlo, que consiste en interponer entre la Administración y el contratista una entidad instrumental constituida *ad hoc*, ya sea de carácter público o privado.

Por tanto, se trata de describir algunos aspectos respecto de la utilización de entidades instrumentales para la provisión de infraestructuras por parte de algunas Comunidades Autónomas sin que esto implique desconocer ejemplos notables que existen en el ámbito estatal.

En aras a sistematizar la tipología existente en cuanto a estas entidades distinguiremos entre entes públicos de gestión y realización de obras públicas constituidos bajo formas de personificación jurídica inexistentes en el derecho privado y entidades privadas constituidas bajo la forma de sociedad mercantil.

Estas entidades se crearán, en el ámbito de la gestión de proyectos, bien para realizar un proyecto en concreto (como es el caso de Madrid calle 30), bien para una generalidad de proyectos (como es el caso de la mayoría de las Sociedades Públicas) siempre dentro de una determinada área geográfica. Aunque su dependencia es pública, actúan en régimen de derecho privado, con una determinada capacidad de endeudamiento asumiendo responsabilidades de inversión, de gestión y en ocasiones, de ordenación de los mecanismos de regulación y control dentro del marco de los cometidos asignados.

En definitiva se trata de crear una entidad a la que se le encarga la construcción, financiación, y en ocasiones la explotación y rehabilitación de una determinada infraestructura, habilitándose posteriormente la participación del sector privado a través de alguna de las formas contractuales.

Entre los motivos que se suelen aducir para utilizar este tipo de entidades instrumentales ya sean configuradas como entes públicos o sociedades por parte de las Administraciones Públicas a la hora de acometer la construcción y financiación de infraestructuras, cabe señalar los siguientes:

- a) posibilidad de segregar los riesgos e ingresos futuros de aquellos propios de las entidades públicas promotoras, con el fin de atender a los requerimientos impuestos por los proveedores de la financiación;
- b) mayor flexibilidad que se predica de las entidades que someten su actividad al derecho privado permitiendo una mayor agilidad en la toma de decisiones y desarrollo de las infraestructuras en comparación con la capacidad de la que disfruta en este sentido la Administración, que está sometida de forma plena al derecho administrativo ;
- c) la existencia de una pluralidad de promotores públicos que necesitan acometer un proyecto (i.e.: la realización de obras hidráulicas tienen su origen en consorcios formados por la Administración General del Estado

y las Comunidades Autónomas) aconseja, en ocasiones, que se creen vehículos de propósito especial con el fin de sincronizar la toma de decisiones;

- d) aunque puede ser discutible, la utilización de entes instrumentales facilita el "desempaquetado" al permitir que puedan ser seleccionados diversos contratistas en función de sus características para realizar aquellos trabajos para los que sean especialmente competentes en lugar de acudir a sistemas en los que se confíe la realización de todas las tareas de diseño, construcción y operación a un mismo grupo económico (i.e. así mediante procedimientos de licitación distintos e independientes puede contratarse a un proyectista que realice el proyecto, a un constructor que ejecute las obras de construcción y finalmente a un operador privado que realice las tareas de operación y mantenimiento).

Las Comunidades Autónomas no han sido ajenas a este fenómeno de creación de personificaciones de carácter público y de sociedades mercantiles financiadas mediante recursos presupuestarios y recursos captados mediante el endeudamiento ajeno destinadas a licitar y adjudicar contratos de obra. En el ámbito de los entes públicos cabe señalar el caso de MINTRA en Madrid, IFERCAT en Cataluña o el Ente Público de Gestión de Ferrocarriles Andaluces en Andalucía.

Como ejemplo de Sociedades cabe citar a GIASA en Andalucía, GICALSA en Castilla-León, GISA en Cataluña, ARPEGIO o Madrid Calle 30 (ésta última creada por el Municipio) en Madrid por citar alguna de las más conocidas.

Estos entes reciben el apelativo de instrumentales en la medida en que su fin es instrumental ya que los objetivos del mismo son diseñados por la Administración de creación que se concretan en una serie de actividades respecto a infraestructuras públicas determinadas por aquélla que conformarán su objeto social o la finalidad para la que han sido creados.

El esquema funcional es muy similar en todos ellos: (i) un instrumento de creación (por Ley, Decreto o autorización del Consejo de Gobierno), (ii) unos Estatutos, (iii) un Convenio o instrumento similar en el que se define el marco global de las relaciones entre la Administración y el Ente y se explicita una relación de mandato o encargo sin perjuicio de suscribir otros convenios específicos cuando un proyecto concreto así lo requiera y (iv) el Plan Económico Financiero en el que se concretan los costes y compromisos económicos.

Su régimen de actuación se rige por el derecho privado. Esto no significa que se excluya la aplicación de determinadas prescripciones de derecho público.

En primer término, esa normativa pública se refiere a las materias económica, presupuestaria y contable que responde a la exigencia de cada Comunidad Autónoma por razones de ordenación y control de su sector público.

En segundo lugar, existe un bloque de normas en los ámbitos de personal y contratación que inciden en los entes y Sociedades públicas y cuyo fundamento hay que buscarlo en el principio de objetividad que no sólo alcanza a la Administración sino a sus entes públicos y sociedades mercantiles. En este sentido tales exigencias se han plasmado en la LCSP.

El objeto social y finalidad de estas entidades abarca actuaciones sobre diferentes tipos de infraestructuras y servicios.

Se explicará a continuación con más detalle el régimen de algunas de ellas partiendo de la distinción ya adelantada entre entidades públicas de gestión y sociedades mercantiles.

2.14.2. Entes públicos de gestión de infraestructuras

En sede autonómica, al margen de las denominaciones concretas que puedan recibir, normalmente se trata de entidades de derecho público con personalidad jurídica propia sometidas al Gobierno, que ajustan su actividad al ordenamiento jurídico privado.

Estas entidades se crean por Ley que regula sus funciones, los recursos económicos que se le asignan y las bases de su organización y régimen jurídico. La regulación se completa por sus Estatutos.

Es la Ley de creación, la que define las funciones generales que pueden desarrollar si bien cabe indicar que rige siempre el principio de especialización en contraposición al de generalidad, exclusivo de la Administración territorial de la que depende.

En cuanto a su régimen de organización, de ordinario se configuran tres órganos: uno colegiado (con denominaciones varias, junta de gobierno, consejo rector, consejo de administración) y dos unipersonales (el presidente y el gerente o director).

En los Estatutos deberá consignarse el régimen de actos o resoluciones que agoten la vía administrativa y el de los recursos que caben contra ellos, así como las potestades administrativas que pueden ejercitar y el régimen de funcionamiento de los órganos, en especial de los colegiados.

Dado su perfil empresarial, normalmente todos ellos están facultados para crear o participar en sociedades mercantiles.

2.14.3. Sociedades mercantiles

En el caso de las sociedades mercantiles, el acuerdo de creación como fórmula de manifestación del consentimiento del contrato de sociedad, se adopta mediante una diversidad de procedimientos y rangos de decisión a la hora de constituir una Sociedad mercantil. Si bien lo habitual es requerir un acuerdo, expresado mediante decreto aprobado por el correspondiente Consejo de Gobierno, existen Comunidades que exigen que la creación sea por ley (i.e.: Extremadura).

El carácter instrumental de las sociedades se traduce en que carecen de un fin de carácter subjetivo en el sentido mercantil de satisfacción económica del socio o "ánimo de lucro", si bien esto no significa que la Sociedad carezca de un fin ni menos aún que la forma mercantil sea inadecuada para alcanzar el mismo, sino que la consecución del interés público supone una "objetivación" del fin que se establece en el acuerdo de creación.

Aunque actúan en nombre propio, siempre lo hacen en virtud de un mandato de la Administración correspondiente. La necesidad de que las sociedades actúen en nombre propio responde a la necesidad de excluir la aplicación de los arts. 1.725 y 1.727 del Código Civil de modo que la Administración no resulte obligada como

consecuencia de los actos llevados a cabo por la Sociedad. En este sentido, cuando la sociedad obra en nombre propio, ni la Administración tiene acciones contra las personas con quienes la sociedad ha contratado, ni estas contra la Administración de modo que es la sociedad la que se obliga directamente a favor de la persona con quien ha contratado (art. 1717 del Código Civil).

Sus estatutos siguen las prescripciones de la legislación mercantil respectiva (normalmente Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

Normalmente estas sociedades no disponen por sí mismas de facultades que impliquen el ejercicio de potestades públicas, ni mucho menos es habitual que estas entidades tengan facultad concesional.

2.15. Comentarios sobre las nuevas figuras de contratación / licitación de APPs en España: el contrato de CPP y el diálogo competitivo

2.15.1. Introducción

La última modificación a la regulación de la contratación pública en España, explicada en capítulos anteriores, ha introducido nuevas instituciones jurídicas, algunas novedosas, como el Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (o CPP), y otras existentes en ordenamientos jurídicos distintos del español, como el análisis de valor por dinero (Value for Money) o el diálogo competitivo.

2.15.2. El contrato de Colaboración entre el sector público y el sector privado.

El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, si bien no existe como tal en la normativa de la Unión Europea que motivó la última modificación legislativa, deriva de la doctrina que las principales instituciones comunitarias han desarrollado sobre la materia.

Es considerado un contrato especialmente complejo ya que implica la participación del sector privado en la financiación y distribuye los riesgos de la operación entre el socio privado y el socio público⁵³.

En el ámbito de la Unión Europea, la noción de “colaboración público privada” en general se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio⁵⁴.

Esta definición, en extremo amplia, hace referencia a la noción genérica de “Asociación Público Privada”, que engloba distintos tipos contractuales, pero no arroja luz, sobre el contrato típico de Colaboración entre el sector público y el sector privado que regula la LSCP.

Teniendo en cuenta que se trata de una institución jurídica relativamente novedosa, es difícil encontrar una definición doctrinal que esté “generalmente aceptada”. Por esta razón, recurriremos directamente a la fuente, es decir, al art. 11 de la LCSP que hace una poco feliz combinación entre definición y descripción de este contrato el disponer que: “...son aquellos en lo que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones...”. Las prestaciones a las que hace referencia pueden sintetizarse de la siguiente manera:

⁵³ Cf. José Vallés Ferrer y Ana María Callazo Antúnez, Los contratos de colaboración público-privado, en Reflexiones, revista de obras públicas, transportes y ordenación territorial, núm. 8 IV/2008. Sevilla. 2008.

⁵⁴ Libro Verde de la Comisión Europea sobre la colaboración público privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública, COM (2004) 327.

- Obras:
 - Proyección, construcción, mantenimiento y servicios accesorios.
 - Gestión integral de instalaciones complejas.
- Suministros:
 - De fabricación (suministros *ad hoc*).
 - Construcción y mantenimiento.
- Servicios:
 - Naturaleza supletoria.

Cabe señalar que, como se indica más adelante, este contrato sólo puede ser celebrado por una Administración Pública *stricto sensu*, que su régimen jurídico variará en función de cuál sea la prestación principal (siendo de aplicación aquella regulación propia del objeto principal del contrato: obra, concesión de obra, gestión de servicios, etc.) y que el plazo legalmente dispuesto para este contrato es de 20 años, si bien, existen excepciones. La más significativa de estas, es que cuando el objeto del contrato sea asimilable al de una concesión de obra pública, el plazo del contrato puede extenderse como máximo hasta 40 años.

A fin de delimitar mejor su definición, recurriremos a la enumeración de sus elementos esenciales según la definición de P. García Capdepón⁵⁵, que identifica cuatro elementos a la hora de definir este contrato, advirtiendo sin embargo que la doctrina española no es pacífica a este respecto, y que cada uno de los cuatro elementos puede ser objeto de matizaciones, e incluso de refutación, pero que en todo caso pueden resultar útiles para una primera aproximación.

Así, el autor define los elementos del contrato de la siguiente manera:

- a) Los contratos de colaboración público privada se caracterizan por ser complejos, tanto en las prestaciones que incorporan como en los sujetos participantes, tanto públicos como privados, que excede en mucho la mera relación bilateral entre Administración y contratista de, por ejemplo, el contrato de obras.
- b) El contrato de colaboración público privada exige un adecuado reparto de riesgo⁵⁶ entre el contratista y la Administración, en función de cuál sea el que esté en mejor condición para afrontarlo.
- c) El contrato de colaboración público privada, en principio (se insiste, en principio, ya que a diferencia de los restantes elementos, la ausencia de éste no niega la posibilidad de que exista contrato de colaboración público privada) no cuenta con financiación pública. En primer lugar, este no es un requisito esencial, ya que puede haberla, y además, es preciso recalcar que se habla aquí de financiación pública en los términos explicados en apartados anteriores respecto de la reglamentación SEC 95, lo que no quiere decir que la

⁵⁵ P. García Capdepón, El contrato de colaboración público privada, en Revista de la función consultiva, núm. 3, enero-junio. 2005.

⁵⁶ La escasa regulación legal de este contrato, sí se detiene en el reparto de riesgo, exigiendo que el mismo sea explícito y detallado.

financiación no sea presupuestaria. Estos contratos tienen por objeto involucrar a la financiación privada, lo que no exime de la posibilidad de que los pagos provengan de los presupuestos del Estado.

- d) Finalmente, el contrato de colaboración público privada se caracteriza porque los pagos no se producen como contraprestación por la construcción de una determinada infraestructura, sino por la utilización de la misma o por la explotación del servicio de mantenimiento, incluso en aquellos supuestos en los que es la propia Administración la que abona la cuantía debida al socio privado (por ejemplo, los peajes en la sombra o los denominados pagos por disponibilidad).

A fin de estar en condiciones de lanzar un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, la Administración debe demostrar mediante un análisis previo que la fórmula de colaboración público privada reporta beneficios financieros y de disponibilidad al mismo tiempo que mayor eficiencia respecto del resultado que obtendría desarrollando directamente el proyecto. Éste mecanismo es el análisis de *Value for Money* que se explica más adelante.

Ésta es la primera de las actuaciones preparatorias (prescriptivamente dispuesta por el legislador español) para el Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. A dicho análisis se sigue la elaboración de un documento descriptivo del contrato (que incluirá las premisas básicas para la contratación –justificación de la necesidad a cubrir, idoneidad del contrato para hacerlo, etc.-, las instrucciones para los proponentes, las características básicas del contrato y finalmente el programa funcional), y luego la redacción del propio clausulado del CPP.

En síntesis, el uso del CPP está triplemente condicionado por la LCSP, ya que debe verificarse:

- Insuficiencia jurídica: Ningún otro tipo contractual es apto para satisfacer las finalidades perseguidas (art. 11.2).
- Insuficiencia financiera: Para contratos que exijan la financiación del socio privado (art.11.1).
- Insuficiencia técnica: para contratos de objeto complejo, prestaciones integradas, incapacidad de definir medios técnicos necesarios, etc. (Art. 11.2 y 118.1).

Por su especialidad, son precisas determinadas actuaciones preparatorias conducentes a determinar:

- La concurrencia de los condicionantes legales que habilitan para la licitación del CPP.
- El contenido mínimo de los documentos contractuales y las posibles ofertas de los licitadores.
- El régimen jurídico sustantivo de la ejecución del contrato.

2.15.3. Análisis Value for Money (Valor por Dinero / Valor por Precio)

Al principio de este trabajo, se señalaba como motivación para el recurso a las fórmulas de Asociación Público Privada (entre otros), la búsqueda de eficiencia al

involucrar al sector privado en la promoción, financiación y/o gestión de infraestructuras. La verificación de este extremo, sin embargo, no era preceptiva en España (como sí lo es en países como México, EEUU o Gran Bretaña) y sigue sin serlo, salvo para el recurso al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

La LCSP exige expresamente un ejercicio destinado a acreditar la obtención de dicha eficiencia en los siguientes términos: *“Un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación”*.

Con este análisis se intenta ganar efectividad, eficiencia y economía en la gestión del gasto público (entiéndase aquí la mención hecha genéricamente a gasto público, independientemente de su calificación contable en los términos del SEC 95). Éste análisis, unido a la previsión legal de la existencia de “objetivos de rendimiento asignados al contratista, particularmente en lo que concierne a la calidad de las prestaciones de los servicios, la calidad de las obras y suministros y las condiciones en que son puestas a disposición de la Administración”, está claramente orientado a la obtención de lo que por sus denominación estandarizada en el mundo anglosajón se denomina “Value for Money” (valor por dinero o valor por precio).

Así, como elemento preparatorio para poder recurrir a un CPP la ley exige una evaluación hipotética de los costes que se pudieran deducir durante la vida del CPP, teniendo en cuenta que dicho proyecto fuera desarrollado por la Administración y ajustado por la valoración de riesgos. Este análisis es conocido también por su nombre en el mundo anglosajón, como PSC o Public Sector Comparator, que no es otra cosa que el análisis comparativo de las distintas alternativas de contratación en términos cualitativos y cuantitativos, que permita a la Administración contratante valorar si en efecto, al recurrir a un CPP existe o no Value for Money.

De manera resumida, En el análisis VfM, se compara en valor presente (descontando a una tasa que se aproxime o refleje el coste de oportunidad del sector público), los pagos proyectados a realizar por la Administración en los dos escenarios objeto de comparación, durante un horizonte temporal igual al del contrato de APP: por un lado, el escenario de contratación tradicional, donde los pagos de la construcción (Capital Expenditure o CapEx) se realizan durante construcción, y posteriormente se realizan pagos para sufragar los costes de operación y mantenimiento (O&M), incluyendo el mantenimiento extraordinario y por otro, los pagos del esquema APP, en el que en el propio pago se mezcla la retribución a la inversión en la obra, con la compensación de los gastos de O&M, pagos que sólo se comienzan a efectuar una vez puesta en operación o en servicio la infraestructura.

Los pagos del esquema tradicional, previamente son ajustados por riesgo (mayorándolos según la estimación de los sobrecostes que se prevé van a ser repercutidos a la Administración). Por su parte, los pagos del esquema APP, están incrementados por incluir los costes financieros y una cierta prima por mayor riesgo de coste que se está transfiriendo al agente privado. Se dice que existe VfM cuando el valor presente de los pagos previstos a realizar por la Administración en el caso de contratación tradicional, es mayor que el proyectado para el esquema APP (habitualmente un DBFOM).

La argumentación teórica del VfM requeriría de un capítulo completo, pero se pueden esbozar brevemente algunos de los elementos que explican la posible existencia de valor para la Administración (como mayor eficiencia presupuestaria de estos esquemas):

- El concesionario está invirtiendo su propio dinero, y lo recuperará con más o menos rentabilidad o lo recuperará sólo en parte o de ninguna manera dependiendo de cómo desempeñe o cumpla con sus obligaciones⁵⁷. Tiene por lo tanto un poderoso incentivo para cumplir escrupulosamente con sus obligaciones.
- Al existir una única contraparte contractual encargada de la construcción, puesta en marcha, y posterior explotación, un único agente encargado de toda la secuencia de obligaciones contractuales, estos esquemas habilitan a la optimización tecnológica y/o de costes en el largo plazo. En su faceta de constructor estará pendiente de que la construcción se efectúe con unos medios y modos que permitan la optimización de los costes de mantenimiento ordinario y extraordinario en el largo plazo, con la consiguiente generación de valor. El concesionario "tiene que vivir" con la infraestructura tal y como la haya construido (él mismo o un tercero, bajo su control supervisión y responsabilidad), pues en gran medida sus ingresos (los recursos que le permitirán recuperar los capitales invertidos) dependerán de la funcionalidad de la misma durante la fase de explotación. Si la construcción no fue óptima, deberá gastar más en mantenimiento, sin poder repercutir ese exceso al "socio público".
- Del mismo modo, el interés del banco está completamente en línea con el de la Administración, pues al ser financiación a riesgo proyecto, la probabilidad de recuperación de la deuda dependerá (al depender de la capacidad de generación de ingresos de la sociedad gestora) del desempeño o cumplimiento de sus obligaciones por parte del concesionario⁵⁸.

En España se debería aplicar el análisis VfM: Seguramente, el análisis VfM debería realizarse en todos los casos de APP, con independencia del tipo de procedimiento de licitación que se siga, o de la tipología contractual de la APP. No es necesario que el VfM resulte obligatorio por Ley (como se ha explicado, lo es sólo para los Contratos de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado), pero debería convertirse en práctica habitual, en una figura de autorregulación del respectivo poder adjudicador.

No es necesario que el VfM resulte positivo para poder proseguir con la licitación del proyecto respectivo en esquema APP, pues el VfM mide aspectos cuantitativos, y además de estos, se debe tener en cuenta los aspectos cualitativos, como posibles ventajas (o desventajas) relacionadas con la seguridad, medio ambiente, etc.), que el proyecto puede presentar de procurarse en esquema de APP en lugar de bajo modo tradicional. Pero en los casos en los que el valor resulte negativo (desfavorable para la

⁵⁷Para que esto sea cierto, deberán existir unos mecanismos adecuados de monitorización de los cumplimientos, y un mecanismo de pago adecuado a los objetivos perseguidos: suficientemente incentivador al tiempo que penalizador de los incumplimientos en una medida adecuada. Algo de lo que quizá se adolece o desde luego no abunda en los contratos españoles de tipo concesional.

⁵⁸ Se llama aquí la atención a lo perverso de esquemas de APP en los cuales las entidades financieras ven la deuda garantizada en última instancia por la Administración en el escenario de terminación anticipada del contrato APP por motivo de incumplimiento contractual.

forma APP analizada), debería justificarse debidamente la decisión de proseguir mediante esta técnica⁵⁹.

2.15.4. El diálogo competitivo

Este procedimiento de selección es, también, una novedad introducida por la última modificación legislativa. Ésta institución legal sí está expresamente recogido en las Directivas de la Unión Europea que regulan la materia.

El Diálogo Competitivo es un procedimiento importado de la Directiva 2004/18/CE específicamente diseñado para la adjudicación de contratos de especial complejidad, caracterizado por el dialogo con varios candidatos previamente seleccionados, a fin de desarrollar una o varias soluciones que servirán de base para que los candidatos presenten sus ofertas.

Es preciso, antes de comenzar su descripción, señalar que abordamos su tratamiento en esta sección ya que es de aplicación obligatoria para la selección de un socio privado para el Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, si bien puede aplicarse (cumpliendo determinados requisitos) al resto de los contratos celebrados por las Administraciones públicas.

El diálogo competitivo es un procedimiento mediante el cual el órgano de contratación mantiene un "diálogo" con los candidatos (previamente seleccionados) previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten su oferta.

A los fines de proporcionar una explicación clara, se divide en cinco fases:

Fase I: preparatoria

Hemos explicado ya los requisitos procedimentales que deben cumplirse antes de convocar un diálogo competitivo. Se trata aquí de cumplir con las actuaciones preparatorias de cualquier contrato de la Administración Pública: justificar la necesidad del proyecto, la idoneidad del mismo para cubrir la necesidad detectada, la existencia de crédito suficiente en términos presupuestarios, etc. Además, específicamente la ley exige la realización del (anteriormente explicado) análisis de Value for Money y la preparación de los documentos que fijarán los requisitos para participar, la forma de presentación de las propuestas y los márgenes que servirán de límite al contenido del diálogo competitivo.

Teniendo en cuenta que la participación en un procedimiento de este tipo puede resultar onerosa para los participantes, estos documentos pueden prever también una

⁵⁹ En el Reino Unido –como en México o en EEUU– sí es obligatorio realizar un análisis VfM antes de desarrollar un proyecto en esquema APP. Es en este país donde surgió esta metodología, crecientemente adoptada por otros países de nuestro entorno y de otras regiones (como Sudeste Asiático o Latinoamérica), y donde se ha desarrollado un exhaustivo catálogo de procedimientos y recomendaciones. En este sentido, visítase la Página Web del Departamento del Tesoro del Gobierno británico, sección sobre Asociaciones Público-Privadas:

http://www.hm-treasury.gov.uk/documents/public_private_partnerships/ppp_index.cfm.

compensación a los participantes, que entre otras cosas, proteja debidamente sus derechos de propiedad intelectual durante el desarrollo del procedimiento.

Fase II: de apertura del procedimiento

Esta fase comienza con la publicación del anuncio de la convocatoria al procedimiento. En él además de indicarse como acceder a los documentos producidos en la fase anterior, de indicará la cantidad de particulares que serán admitidos al procedimiento de diálogo competitivo a fin de preservar la libre competencia.

Es importante señalar que en función de las características del contrato, en especial, a su cuantía, dicha publicación debe realizarse no sólo en el diario oficial del Estado / Comunidad Autónoma de que se trate, también debe ser objeto de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Fase III: de presentación de solicitudes y selección de los participantes

En esta fase los interesados presentarán sus solicitudes, que serán admitidas o rechazadas en función a criterios claramente estipulados en la documentación descriptiva del contrato a la que se hizo referencia en la primera fase.

La documentación que deberán aportar los solicitantes es la típica de contratos de este tipo (acreditación de la personalidad, solvencia, aptitud para contratar, etc.) más aquella que en cada caso exija la documentación descriptiva del contrato. La selección de los interesados, que podrán participar del procedimiento, deberá ser objeto de publicidad, en los mismos términos que la convocatoria al concurso.

Fase IV: de Diálogo

En esta fase se discutirán con los participantes seleccionados, los medios adecuados para satisfacer las necesidades de la Administración. La ley es muy amplia en cuanto a la materia sobre la que podrá versar este diálogo.

El legislador ha sido bastante generoso a este respecto, estableciendo en el apartado 1º de la LCSP, que "...En el transcurso de este diálogo, podrán debatirse todos los aspectos del contrato con los candidatos seleccionados".

Evidentemente el ejercicio de Value for Money, y la propia documentación descriptiva del contrato habrán acotado los límites para este diálogo, pero es preciso señalar que el mismo puede versar tanto sobre los aspectos jurídicos y técnicos como económicos del futuro contrato.

La Ley no regula expresamente la forma en que este diálogo deberá llevarse a cabo, a salvo de la escueta referencia a que el mismo debe "*garantizar la libre competencia y los derechos de propiedad intelectual de los participantes*". Este diálogo podrá realizarse en una o varias rondas de consultas con los licitadores.

Esta fase terminará cuando la Administración esté en condiciones de seleccionar la solución (o las soluciones) que mejor se ajustan a sus necesidades, y basándose en

esta decisión, emita un documento mediante el cual invite a los participantes a presentar sus ofertas definitivas.

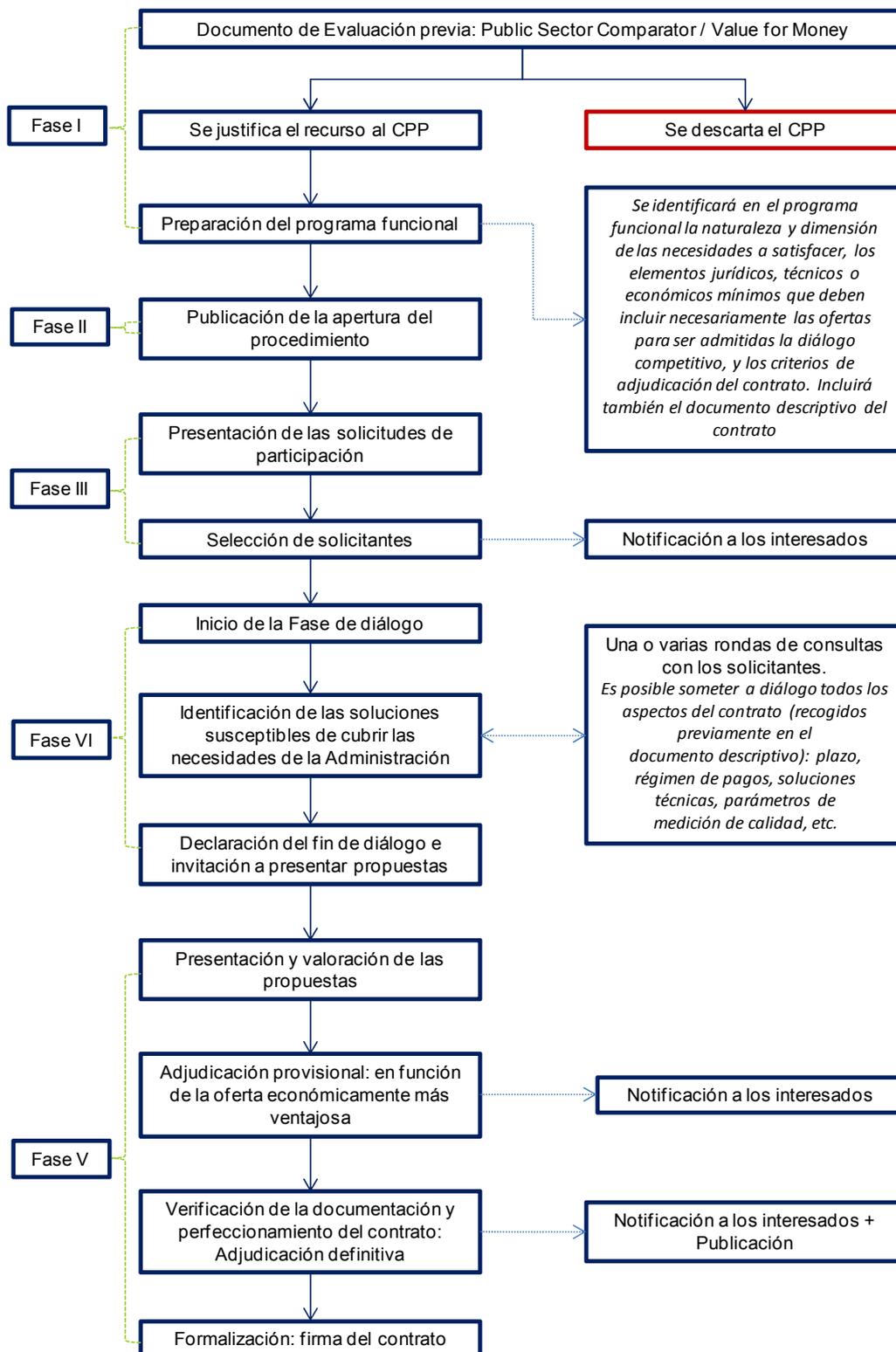
Fase V: de presentación de ofertas, análisis y adjudicación

Esta fase dista poco de la fase de adjudicación de cualquier contrato del sector público. Las ofertas serán presentadas en la forma que disponga el órgano de contratación, que determinará si dicha documentación puede presentarse en otros idiomas además del castellano (disposición que parece tener en miras, más que a la diversidad lingüística propia de España, a los actores internacionales).

Cabe señalar como particularidad que diferencia al diálogo competitivo de un procedimiento parecido a nivel internacional, conocido como BAFO (Best And Final Offer –cuya utilización uso parece disminuir con el paso del tiempo-), y es que la adjudicación en ningún caso se producirá atendiendo solamente al precio ofertado, sino a la "oferta económicamente más ventajosa", que debe tener en cuenta otros factores además del precio.

En términos gráficos, el Diálogo competitivo se desarrollaría de la siguiente manera (siempre teniendo en cuenta que la ley permite distintas modalidades para su desarrollo):

Figura 3. Síntesis Gráfica del procedimiento de Diálogo Competitivo



2.16. Fuentes y estructuras típicas de financiación privada⁶⁰

2.16.1. Introducción a las Estructuras de Financiación ajena en Project Finance y APPs

Introducción

La financiación privada es un aspecto clave y fundamental en todo esquema de APP. Uno de las primeras actividades que se deben realizar en la estructuración de una APP es asegurar la financiación de la inversión necesaria. Esto requiere que tanto la Administración en fase de Planeamiento como el sector privado sean profundos conocedores de las estructuras y el mercado financiero.

Existen varias fuentes de financiación privada, pero básicamente se pueden dividir en tres en función de la proveniencia de los fondos; privadas, públicas y financiera.

En cuanto a estructuras, la práctica exclusiva es el uso del *Project Finance*, según la concepción del mismo, que se caracteriza por:

- Recursos a largo plazo, ajustado a la duración de los contratos y a que se trata de negocios muy intensivos en capital los primeros años.
- Sin recurso a los accionistas, o que es lo mismo,
- Con garantía de devolución exclusivamente sobre los cash-flows de cada Sociedad.
- Con una estructuración a medida para cada proyecto que esculpe los calendarios de amortización en función de la previsión de cash-flow.

Con estas características hay dos estructuras diferenciadas; la Deuda Sénior y la Emisión de Bonos, aunque si bien menos habitual también se ha utilizado en España la Titulización de Activos Financieros o lo que es lo mismo la venta/cesión de derechos de crédito.

Estas tres formas de financiación se realizan con los mismos criterios de *Project Finance*. Básicamente sin recurso a los accionistas y siendo la garantía de cobro principal los *cash-flow* del proyecto y otros derechos económicos del contrato APP (p.e. compensaciones por terminación).

Deuda Sénior

Como ya se ha comentado, el *Project Finance* es una metodología de obtención de recursos a largo plazo en el cual los fondos están garantizados por el *cash flow* del proyecto, sin posibilidad de recurrir a los accionistas. La financiación depende, de una evaluación detallada de la inversión del proyecto, del riesgo operativo, de la generación de ingresos y de la asignación de riesgos entre las partes involucradas.

Cabe aclarar que *Project Finance* no es equivalente a financiación de proyectos, dado que un proyecto se puede financiar de varias maneras, entre ellas la

⁶⁰ Este apartado pretende introducir características generales de los APP válidas a nivel internacional, en referencia a estructuras y fuentes típicas de financiación, sin perjuicio de ofrecer algunos matices relativos a la experiencia práctica española. En varias de sus secciones nos hemos basado en la referencia bibliográfica siguiente: E.R. YECOMBE (2007), *Public- Private Partnerships*

financiación pública.

Si como ya se ha visto en España la estructuración de esquemas en APP es muy complicada, la utilización del *Project Finance* aporta mayor complejidad y coste al proceso.

Estos mecanismos de financiación además, restringe, a los accionistas e incluso a la Administración, la libertad de los gestores de manejar el proyecto libremente. Sin embargo, hay buenas razones por el que se utilizan esquemas de *Project Finance* en APPs dado que beneficia tanto al sector privado como a las Administraciones públicas.

Beneficios para los Inversores

Las principales ventajas y beneficios para los inversores privados en las estructuras de *Project Finance* son:

- Apalancamiento.

En rasgos generales los inversores privados le exigen a los proyectos unas tasas de retorno mínimas que dependen más del riesgo del proyecto en sí, que de su estructura financiera. Evidentemente a mayor nivel de apalancamiento, menores recursos privados en riesgo, y por tanto más alta es la tasa de retorno de los accionistas. Teniendo en cuenta que el costo de la deuda es menor que el *equity*.

Si bien el costo de la deuda se va incrementando con el nivel de endeudamiento, también es cierto que no lo hace de una forma proporcional.

Otro factor que propicia el elevado nivel de endeudamiento en los *Project Finance* es que suele ser más difícil reunir *equity* que deuda y que el hecho de involucrar a más inversores (*equity*) implicaría compartir el control del proyecto entre los inversores originales.

- Dispersión y limitación del riesgo.

El *Project Finance* permite además, que varias partes interesadas puedan trabajar juntos, permitiendo así que se pueda dividir el riesgo entre ellas.

De forma conjunta y para todos los participantes, el principal riesgo que se limita es el repago de la deuda por parte de los inversores. Este riesgo queda limitado al capital social de los inversores al momento de constituir la sociedad del proyecto sin la posibilidad de poner en excesivo riesgo a los propios inversores a nivel individual ante el mal desarrollo de un proyecto en particular.

- Combinación de capacidades.

Un alto grado de apalancamiento y por consiguiente un reducido monto de *equity* en los proyectos con *Project Finance*, permite que entidades de muy diferentes capacidades financieras puedan trabajar juntas y aportar sus capacidades. Por ejemplo, los inversores de un edificio público estructurado mediante un *Project Finance* se pueden componer de una empresa constructora, una institución financiera, y una empresa especializada en el mantenimiento de edificios. Incluso se lleva al extremo de empresas de economía mixta en las que las Administraciones Públicas forman parte de un

consorcio de APP.

- Financiación a largo plazo.

Comparada con la financiación típica a empresas, los *Project Finance* suelen tener plazos más largos, especialmente si tienen que financiar proyectos que requieren grandes inversiones en activos fijos que no podrían ser recuperadas en el corto plazo. Los plazos para financiación de APPs suelen rondar los 20 a 30 años de duración, mientras que un préstamo corporativo no suele superar los 5 a 7 años de plazo. Paradójicamente, una financiación a largo plazo en un *Project Finance* suele reducir el riesgo de default en los primeros años de operación, al reducir el monto del servicio de la deuda.

- Capacidad de endeudamiento (*Firepower*).

La financiación sin recurso obtenida por la compañía del proyecto, no suelen afectar las líneas de crédito corporativas de los inversores. De esta manera, puede incrementarse la capacidad de endeudamiento de los inversores, permitiéndoles participar en más proyectos simultáneamente. De forma similar, es menos probable que las calificadoras de riesgo rebajen el rating de las compañías que tienen limitado su riesgo debido la estructuración de proyectos mediante *Project Finance*.

- Fuera de Balance.

Si el inversor tuviera que conseguir deuda corporativa para inyectársela a un proyecto, ésta claramente figuraría dentro de su balance. La estructura de *Project Finance*, les permite a los inversores que la deuda que se reúna para estos proyectos, permanezca en esos proyectos y no afecte a su balance. Esto es en todo caso para inversores minoritarios, para inversores mayoritarios, según normativa española, consolidan el balance de la sociedad vehículo en su totalidad, si bien la deuda se caracteriza como sin recurso al accionista.

La capacidad de mantener la deuda fuera de balance suele ser beneficioso para la posición de la compañía en los mercados, pero siempre debería ser tenido en cuenta por los prestamistas y accionistas.

Beneficios para la Administración Pública.

Las Administraciones Públicas también cuentan con ventajas a la hora de participar en proyectos que utilizan estructuras de *Project Finance*.

- Adelantar inversión.

El hecho de que los proyectos de APP tengan un alto nivel de apalancamiento, le permite a las Administraciones en el largo plazo reducir el costo total de los proyectos. Esto se explica debido a que una gran parte del proyecto se financia con deuda que tiene un costo menor que los fondos propios.

Evidentemente el coste de la Deuda de la Administración es menor que cualquiera de las anteriores, sin embargo y como se ha reiterado al computar en el balance de la Administración, y estar éste sujeto al lastre de las obligaciones de Estabilidad Presupuestaria, en España y en Europa en general las administraciones encuentran esta fórmula idónea para adelantar la

inversión pública.

- Aumento de la Competencia.

Por las razones mencionadas anteriormente, el uso del *Project Finance* permite a los inversores llevar a cabo más proyectos de forma simultánea al incrementar su capacidad financiera. De esta manera, se crea un mercado más competitivo para los proyectos, que resulta en beneficio de las Administraciones Públicas.

- Rol de los Prestamistas.

Las Administraciones también se pueden beneficiar del Due Diligence y control que realizan los prestamistas sobre los proyectos para garantizar la viabilidad de los mismos, y que se cumplan todas las obligaciones a las Administraciones. Las técnicas de *Project Finance* se basan en la correcta asignación de riesgos entre los participantes; y el hecho de que los prestamistas estén involucrados desde el inicio del proyecto garantiza que los riesgos y debilidades del mismo se han analizado de manera exhaustiva. Sin embargo, no hay que perder de vista que los prestamistas no tienen los mismos incentivos que las Administraciones.

- Transparencia.

Dado que los *Project Finance* son entidades por sí mismas, con sus estados financieros independientes, esto facilita la transparencia mediante el monitoreo y control de los costos reales del proyecto.

Características

La estructuración financiera en un *Project Finance* es un proceso complejo que requiere tiempo y dedicación de todas las partes interesadas. A continuación se listan y explican las características básicas del proceso y las partes interesadas más comunes en España:

- Mandatario o estructurador (Lead Arranger).

El enfoque normal para la estructuración de financiación en *Project Finance* es la de asignar a un banco u entidad como Mandatario o estructurado (Lead Arranger), quien se encargara de suscribir el préstamo y colocarlo en el mercado. El momento ideal para involucrar a un Lead Arranger en el proyecto es una vez finalizado el proceso de definición y firma de los contratos, dado que se lograría mayor competencia entre las instituciones financieras, lográndose mejores términos de financiación.

- Cartas de Compromiso y Cartas de Intención.

Durante la fase de licitación, hay casos en los que la Administración solicita un compromiso firme de financiación de los proyectos mediante una Carta de Compromiso. Este compromiso implica que no puedan modificarse los términos acordados y no suele requerirse frecuentemente el incrementar considerablemente el costo de oferta. Lo que se suele solicitar a los bancos es una Carta de Intención, que es más un compromiso moral que legal, en donde se resumen las características de financiación que el banco está dispuesto a

otorgarle, sujeto a un futuro Due Diligence por parte del banco.

Esta metodología, debido a la crisis está ocasionando bastantes problemas en España por el rápido empeoramiento de las condiciones financieras desde que se presenta la oferta hasta que se produce el cierre financiero. Habiendo ocasionado en algunos casos sea imposible mantener el plan de negocio previsto por los sponsors en oferta.

- Due Diligente del Prestamista.

Al depender únicamente del cash-flow del proyecto, los bancos deben un análisis exhaustivo de los riesgos y certeza de las predicciones de los ingresos y gastos del proyecto. Para ello, se analizan los aspectos legales, técnicos, de seguros, de riesgos y financieros, entre otros.

- Term Sheet, suscripción de deuda y documentación

A medida que el proceso avanza, se prepara un Term Sheet en el que se recoge un resumen de los términos de financiación acordados. Este Term Sheet lo usa el Lead Arranger para las aprobaciones crediticias internas de cara a la suscripción de la deuda. Una vez obtenida esta aprobación, la deuda es suscrita mediante la firma del Term Sheet final.

- Sindicación

Proceso por el cual una vez cerrado el contrato de financiación los bancos Mandatados y que cierran la operación acuden a otras entidades para compartir el riesgo y los márgenes.

Se utiliza fundamentalmente cuando los importes son muy elevados. En España ha sido muy habitual su empleo condicionando los contratos de financiación.

- Operación de Agencia.

Una vez que la operación de financiación se ha concluido una de las entidades financieras actúa como agente y canal entre la Sociedad Concesionaria (y la Administración Pública si es necesario) y los bancos.

Los cometidos del agente son entre otros: recopilar los fondos, calcular los intereses, recibir los pagos de la Sociedad de Proyecto, solicitar y gestionar información del progreso del proyecto, monitorizar el cumplimiento de las obligaciones financieras, organizar discusiones y gestionar votos del sindicato de bancos en caso de solicitud de solicitud del financiado.

Particularidades de la Emisión de Bonos

La emisión de bonos por una Compañía de Proyecto es similar a la financiación vía deuda desde el punto de vista de la Sociedad. Para el financiado acepta pagar a los bonistas la cantidad de los bonos más unos intereses en unas fechas determinadas.

Los bonistas son "inversores" que requieren un buen retorno a largo plazo de su inversión sin tomar riesgo a nivel del capital social. Los bonistas más usuales son compañías de seguros y fondos de pensiones. La diferencia fundamental es que los bonos son comercializables y por tanto se pueden hacer líquidos teóricamente. Si bien es cierto que muchas operaciones de bonos son vendidas en base a compradores

que no intentan negociar con los bonos en el mercado.

Por ello la Administración y la sociedad de proyecto tendrán menos conocimiento de a quién pertenecen los bonos y por tanto quién es el financiador.

En la estructuración de una emisión de bonos la Sociedad Concesionaria contrata a un banco de inversión, generalmente, que asesora y estructura la operación realizando el folleto de venta y suscripción. Las condiciones de los bonos (cupón, intereses, plazo, amortización, etc.) son definidas en función de condiciones de mercado. El banco de inversión coloca los bonos en los inversores y además mantiene un mercado de liquidez para la negociación de los mismos.

El precio de los bonos en *Project-Finance* se basa en un margen sobre el coste de los bonos estatales realizando un estudio compartido del riesgo de cobro. Esto es combinación de dos elementos independientes, un margen específico basado en su rating, y una prima de mercado que refleja la demanda de los bonos corporativos.

Además de los bancos de inversión en la emisión de bonos intervienen:

- Agencias de Rating.

Empresas que se dedican a estudiar el nivel de riesgo de cobro que tienen los bonos realizando un estudio detallado de la operación y muy especialmente de los contratos que implica. Estas compañías definen en función de su propia escala un nivel de riesgo determinado que debe llevar asociado un precio para los bonos correspondientes. Esto permite comparar todos los bonos independientemente de la naturaleza de los mismos (corporativa, estatal, en *Project Finance*) y permite seleccionar el producto a los compradores son necesidad de realizar un estudio detallado de la operación.

- Monoline.

Compañías de seguros que aportan garantías a la operación en los aspectos que las agencias de rating consideran con más riesgo. La intervención de estas compañías permite subir el rating de los bonos y por tanto bajar el precio de los mismos.

El mercado de financiación vía bonos en España es escasamente activo en el ámbito de las APPs. La razón fundamental es que se ha podido tener acceso a grandes cantidades de financiación, en condiciones muy beneficiosas, debido a la gran liquidez de los mercados financieros en los últimos años.

Los compradores de bonos más activos son los que son los mercados tradicionalmente ahorradores (Japón, China, Oriente medio, Alemania).

Hasta la fecha sólo hay una experiencia de financiación vía bonos en España. Se trata de la Autovía de los Viñedos que se explica en el capítulo correspondiente a Carreteras (sin perjuicio de algunas refinanciaciones de autopistas más antiguas).

Efecto en el mercado debidas a la Crisis Financiera

Las principales características de la crisis financiera y su impacto en el mercado del Project-Finance en España tienen las siguientes consecuencias:

- Falta de Liquidez.

Como característica básica de la crisis debido fundamentalmente a la falta de confianza entre las entidades financieras y por tanto en el colapso o peor funcionamiento del mercado financiero entre bancos.

Esto origina que haya muchas menos operaciones y de tamaño muy inferior.

- Inexistencia de Sindicación, *Club Deals*.

Cuando una operación cerrada entre un promotor y un conjunto de entidades financieras no puede ser sindicada porque el mercado financiero no está interesado, los bancos suelen exigir que los precios de la operación aumenten de forma que sea más atractiva al mercado secundario. Esto ocasiona un riesgo muy elevado a los sponsor dado que ni aun cerrando la financiación tienen certeza del precio final de la misma. Esta característica no se da en una coyuntura de gran liquidez, sin embargo en el entorno de crisis es mucho más común.

La alternativa es que los bancos mandatados aseguren la operación completamente sin necesidad de ir a la sindicación. En tal caso la operación es más cara y a los bancos se les conoce como *Club Deal*.

- Mercado de Bonos, saturado.

Las compras de acciones o activos de bancos por parte de los gobiernos se financiarán con emisiones masivas de deuda pública. Esto en principio causó cierta inquietud por la posibilidad de que los países ahorradores pudieran ser remisos a financiar esta deuda ¿A qué precio? Un informe muy significativo de Goldman Sachs prevé, totalmente a contra-corriente, que los tipos (la rentabilidad) de la deuda pública no subirán, sino que bajarán, dada la recesión global y la previsible falta de apetito por el riesgo en esta nueva época en la que entramos. La idea es que la deuda pública puede parecer poco apetecible, pero es mejor que la deuda corporativa de empresas que van a sufrir mucho, dada la cantidad de recursos que se están destinando no a inversión productiva, sino a recapitalizar los bancos.

Por todo ello parece que el mercado internacional de bonos va a estar saturado un largo periodo de tiempo, produciendo un rechazo a otro tipo de bonos con más riesgo.

- Nuevos participantes, Fondos de Inversión.

Con todo, queda un entrono en el que hay menos financiación bancaria y menos vía bonos. Si además le añadimos que las condiciones en términos de apalancamiento son más exigentes en equity, son necesarios nuevos socios, que tengan capacidad de invertir.

Los Fondos de Inversión en Infraestructuras han resultado prácticamente inexistentes en España, fundamentalmente por dos razones:

- por la baja rentabilidad de las operaciones.

- por predominancia de operaciones tipo green-field, con un perfil de riesgo que no se ajusta a los requerimientos de inversión.
- Nuevas características de la Deuda Sénior.

Como, posteriormente en este documento, se detallará con ejemplos cuando se desarrollen cada uno de los sectores, se ha producido un importante recrudescimiento en términos de condiciones financieras.

En España además del incremento de precios se ha producido una apetito de las entidades financieras por proyectos que consideran con menor riesgo, fundamentalmente aquellos estructurados bajo esquemas de mecanismos de pago sujetos a la disponibilidad y no a la demanda o volumen.

- Oportunidades.

Como consecuencia de la crisis en España, las empresas constructoras se han visto muy afectadas por tener una componente de inversión muy ligada al sector inmobiliario.

Debido a la necesidad de amortizar anticipadamente deuda, estas compañías están intentando desinvertir. Casi todas las constructoras grandes y medianas tienen una cartera más o menos importante de participaciones en concesionarias que previsiblemente vayan saliendo al mercado.

- Refinanciaciones.

Por último y como consecuencia de lo anterior, se están produciendo aperturas de procesos de refinanciación de activos que, o bien no están cumpliendo el plan de negocio (fundamentalmente por la caída de la demanda) y por bien cumpliendo el plan de negocio, por la necesidad de los accionistas de hacer caja para poder a sus necesidades de deuda.

2.16.2. Fuentes de Financiación habituales en los APP en España

Se analizan en este apartado las peculiaridades de las fuentes de financiación que tradicionalmente se han empleado en España.

Tipos

o Deuda Sénior:

Si bien ya se han descrito en el apartado anterior las principales estructuras, las fuentes de financiación ajena vía deuda en España han sido:

- Bancos Comerciales.
- Multilaterales, en España casi en exclusiva el BEI.

Habitualmente se trata de deuda a largo plazo si bien a veces se opta por articular lo que se denomina "miniperms", deuda a más corto plazo (p.e. 7 años), normalmente construcción más 2 ó 3 años, con vocación de ser re-estructurada antes o al vencimiento.

o Deuda Subordinada.

- Accionistas, como una alternativa menos restrictiva que el capital social y con menos requerimientos para recuperar la inversión. Según la normativa española el servicio de la deuda subordinada únicamente está condicionado a que la sociedad tenga caja y pueda amortizar por criterios de prelación. Es decir, se recupera la inversión antes ya que se evita la obligación de tener beneficio para poder repartir dividendos. El resultado positivo en las sociedades concesionarias no es inmediato debido a las importantes amortizaciones a que tiene que hacer frente. Tiene cierta eficiencia impositiva sobre la inversión en equity. Puede venir limitado su uso indirectamente por pliego⁶¹.
- Administraciones, fundamentalmente en lugar de aportar Subvenciones a fondo perdido, en el caso de proyectos generadores de caja, es decir financiación no presupuestaria, las administraciones emplean esta vía para hacer viable los proyectos y recuperar su inversión. También se ha empleado como recurso financiero en algunos procesos de reequilibrio.
- Multilaterales.

o Emisión y colocación de bonos.

- Bonistas, como se ha comentado en el apartado anterior apenas se ha empleado esta fuente en financiación de infraestructuras en España.

o Préstamo Participativo.

- Accionistas, con el mismo perfil que la deuda subordinada pero estando condicionado la amortización del préstamo a algún criterio de resultado de la sociedad. En general se emplea como criterio el resultado positivo.
- Administraciones. Esta fórmula ha tenido gran aplicación por parte del Ministerio de Fomento, Gobierno Central, en las licitaciones de las Autopistas de Peaje. Con esta fórmula una de las variables de valoración

⁶¹ Es de hecho esta una cuestión sujeta tradicionalmente a protesta de los actores privados: la rigidez en relación a requisitos mínimos de capitalización (que en teoría hace que el mix de fondos resulte más elevado y por tanto se entiende que encarece el precio de la APP para la administración). Sin embargo, es relativo que la imposición de índices mínimos de capitalización en los APP españoles no haya sido positiva habida cuenta de la situación por la que corren algunos concesionarios

de las ofertas era la mayor o menor solicitud de esta fuente por parte de los licitantes. Los criterios de amortización están fijados en la oferta.

- Subcontratistas. En algunos contratos que por su naturaleza requieran involucrar en el proyecto a terceros que juegan un papel importante a corto plazo pero que sin embargo por su actividad fundamental no están vinculados a la operación de infraestructuras. Esta estructura se ha empleado para evitar socios minoritarios que aportan material rodante en el caso de ferrocarriles y equipamiento médico de alta tecnología en el caso de hospitales. Con ello se consigue una solución para conformar un consorcio solvente y resuelve la obligación de permanencia en el capital social de un socio que no está interesado a largo plazo.
- Capital ("Equity").
- Accionistas, en el siguiente apartado se definen los principales contratistas de concesiones en España, casi todos ellos vinculados a un grupo constructor. Las características en la aportación de fondos se definen para sector en los siguientes capítulos ya que depende en mayor medida del tipo de activo.
 - Fondos de Inversión, como ya se ha comentado en el apartado anterior no han estado muy activos dentro del mercado español. Si bien es cierto que se han creado unos cuantos con las siguientes características y no condicionados a la inversión en España.

Tabla 2. Fondos más activos en España

	Fecha	Capital (mill EUR)	Vida de la inversión	Preferencia Geográfica	Sector
Santander Infraestructuras II	Desde 2007	1500 (objetivo)	N/A	N/A	N/A
Santander Infraestructuras I	2004	180	10 años	España, Portugal y UK	Infraestructuras
Ahorro Corporación	2006	169	4 Años	EU	Infraestructuras
SEIEF Fondo Dexia y BEI	2006	150	N/A	Sur de Europa	Equipamiento Público y Tte.

Fuente: Elaboración Propia

- Otras.
- Subvenciones. Como principal forma de viabilizar proyectos que no generan ingresos suficientes por parte de la Administración o bien que

cuentan con apoyos gubernamentales (tranvías) o ingresos extraordinarios iniciales como resultado en general de liberar suelo y su venta como activo inmobiliario.

- Titulización de activos financieros. Consiste en la venta de los derechos de cobro con terceros. Esta operación que está contemplada en la LCSP, no ha sido de aplicación ya que requiere que el importe de los pagos sea fácilmente descontable, es decir que la garantía de cobro sea total. Sin embargo, a no ser que haya un importe del pago mínimo garantizado en general el importe a cobrar por el concesionario es variable en función de la demanda o de la disponibilidad. Además la estructuración de este tipo de operaciones es muy costosa y sólo es rentable cuando el importe es muy elevado.

2.17. El mercado de APPs en España (lado de oferta)

2.17.1. Introducción

Se analizan, para concluir la visión de la experiencia española en Concesiones y Asociaciones Público-Privadas, los principales agentes que intervienen y han venido interviniendo en el mercado español durante los últimos años, así como las características intrínsecas de cada uno, clasificándolos por su rol en la aportación de recursos en las sociedades concesionarias.

Desde el punto de los participantes se va a mostrar el mercado en una doble vertiente, por una parte promotores, y por la otra financiadores. En ambos mercados las empresas españolas son líderes mundiales, como ya se ha adelantado (2.11.6).

2.17.2. Promotores

Según la publicación Public Works Financing el ranking mundial en 2008 por número de proyectos de transporte gestionados es el siguiente:

Company	Concessions/PPP Projects	
	Const./Operating*	Active Proposals
ACS/Iridium (Spain)	57	27
Macquarie group (Australia)	44	18
Sacyr/Itinere (Spain)	40	22
Ferrovial-Cintra (Spain)	38	30
Global Via (FCC-Caja Madrid) (Spain)	33	17
Abertis (Spain)	32	7
OHL (Spain)	28	33
NWS Holdings (China)	24	2
Hochtief (Germany)	23	11
Vinci/Cofiroute (France)	22	23
Road King (China)	22	0
Acciona/Necso (Spain)	19	22
Bouygues (France)	17	16
EGIS Projects (France)	16	18
Alstom (France)	15	11
Cheung Kong Infrastructure (China)	15	9
Bilfinger Berger (Germany)	13	9
BRISA (Portugal)	9	7
John Laing (UK)	9	4
Transurban (Australia)	9	4

Como se puede observar 6 de las 10 primeras empresas son españolas. El éxito de las empresas españolas se debe fundamentalmente al nivel profesional y a la fuerte competencia entre ellas en el mercado local que les ha hecho aglutinar una gran experiencia en el mercado nacional que han sabido exportar.

Casi todas las empresas españolas que invierten en infraestructuras son participadas de grupos constructores. Con esta característica se ha realizado una presentación resumida del mercado español en función del tipo de ofertante:

- Empresas operadoras.

Aquellas empresas volcadas a la operación de infraestructuras de todo tipo pero fundamentalmente de transporte. Se caracterizan por tener un accionariado variado y no controlado por empresas constructoras o controladas en menor medida.

Es el caso fundamentalmente de Abertis, y en menor medida de Cintra e Itínere. Estas empresas invierten tanto en activos maduros (*brownfields*) como en activos que incluyen construcción (a excepción de Abertis). Su vocación es de permanencia a largo plazo y en obtener valor mediando la optimización de la gestión.

Más recientemente se creó Globalvía, como resultado de la unión de parte de las carteras de activos de otras dos empresas españolas, FCC y Caja Madrid.

- Empresas promotoras.

En referencia a aquellas empresas participadas en su totalidad por grupos constructores. Estas empresas se caracterizan por promover infraestructuras nuevas, es decir, y participar en todo el ciclo de vida del activo mediante diferentes empresas vinculadas. Se trata de grandes grupos que cuentan con una empresa constructora otra concesionaria y en ocasiones otra de servicios que se encarga de la operación.

En general estas empresas han venido teniendo capacidad en España de acometer cualquier inversión en solitario por contar con una amplia experiencia técnica y capacidad financiera suficiente.

Las participaciones en las diferentes sociedades de proyecto suele ser mayoritaria y característico también que los sponsors gustan de tener control en la operación.

Dentro de estas empresas se pueden encuadrar: Irídium (filial de Dragados), Acciona Infraestructuras y OHL Concesiones. Además FCC construcción tiene un departamento de concesiones que también cumple con todo lo anterior.

- Empresas constructoras medianas.

Salvo alguna excepción en esta categoría se incluyen todas las empresas constructoras medianas (casi todas ellas no cotizadas en La Bolsa de Madrid) que no tiene una filial de concesiones propiamente sino que es la propia constructora la que participa en las licitaciones de concesión.

Es característico que estas empresas participen individualmente en los concursos si se trata de una inversión pequeña (inferior a 50 millones de euros) y que se agrupen para otros contratos de mayor importe. Esto origina que su cartera de concesiones esté formada por participaciones minoritarias o proyectos más pequeños como aparcamientos.

Estas empresas están haciendo en los últimos años un esfuerzo importante por internacionalizar su inversión, focalizándose en países sudamericanos.

A modo de síntesis la siguiente tabla muestra de forma comparativa los grupos matriz de las principales concesionarias españolas en 2008 y en miles de euros:

Tabla 3. Algunos fundamentales de las empresas españolas

Nombre	Concesionaria del Grupo.	Empresa Constructora.	Ingresos EBITDA Activos		
ACS	Iridium	Dragados	21,312	3,491	49,593
Grupo Ferrovial	Cintra	Ferrovial	14,657	3,044	51,587
FCC	Globalvía / FCC Concesiones	FCC	13,881	2,042	23,713
ACCIONA	Acciona Concesiones	Acciona Infraestructuras	7,953	1,407	36,276
SyV	Itínere	Sacyr	6,018	1,238	29,777
OHL	OHL Concesiones	OHL Construcción	3,764	543	7,084
MEDIUM					
ICC (Isolux)		Corsa-Corvian	2,360	186	3,294
San José		San José	1,559	156	3,140
Aldesa		Aldesa	1,172	80	1,242
Comsa		Comsa	1,070	39	952
Sando		Sando	1,036	134	2,740
Constructora Hispánica		Constructora Hispánica	543	27	620
Grupo Azvi	Cointer	Azvi	344	22	380

De las principales concesionarias, la cartera de activos según fuente de las propias compañías:

Tabla 4. Cartera de concesiones de algunos de los principales promotores

	Autopistas (Km)	Ferrocarril	Parking (plazas)	Puertos y Aeropuertos	Otros
Abertis	3.735	-	104.103	16 Aeropuertos	Parques Logísticos Telecomunicaciones
Cintra	2.800	-	300.000	-	-
Itínere	3.373	1 Metro	-	1 Aeropuertos	Hospitales, Intercambiadores de Transporte
OHL Concesiones	4.400	1 Metro 1 Tren	-	1 Aeropuertos 1 P. Logístico 4 P. Deportivos	-
Acciona Infraestructuras	N/D	1 Metro 4 Tranvías	-	1 P. Deportivo	Regadío, Universidad,
Globalvía	720	4 Metro 3 Tranvías	-	2 Aeropuertos 3 P. Logístico 4 P. Deportivos	Hospitales
Íridium	2.620	2 Metro 2 Tren	13.000 plazas	-	Comisarias, Cárceles, Hospitales, Centros Deportivos, Intercambiadores

2.17.3. Financiadores

España ha sido los últimos años un imán para la de financiación en esquema Project Finance. Según Project Finance Magazine, en 2008 España fue el tercer país a nivel internacional por volumen de deuda y el primero por número de operaciones. Si bien la tabla adjunta representa todo tipo de transacciones en esquema PF, no sólo infraestructuras.

El éxito del modelo español también ha residido en la fortaleza de las entidades financieras españolas que han sabido estudiar y participar en el análisis de los proyectos.

Las siguientes tablas de la misma publicación muestran a nivel global el ranking de entidades financieras por número de operaciones en las que han participado para cualquier proyecto y para PPP/PFI a nivel mundial en los primeros 4 meses de 2009. Se muestra este dato porque los acumulados de 2008 no son representativos por no existir algunas entidades o bien haber cesado la línea de PF durante este mismo año.

Se observa que de los 10 primeros 2 son españoles y que en APPs el tercero y el cuarto.

Global Project Finance Loans			
	Mandated Lead Arranger	Value \$m	No. of Deals
1	State Bank of India	3,365	8
2	Santander	1,540	16
3	Unibanco Holdings	1,234	4
4	Calyon	1,196	11
5	Caixa – Banco de Investimento	928	6
6	BBVA	894	13
7	Banco do Brasil	861	4
8	IDBI Bank	751	1
9	Lloyds Banking Group	661	2
10	Banco Bradesco	634	2

Global PFI/PPP Project Finance Loans			
	Mandated Lead Arranger	Value \$m	No. of Deals
1	Caixa – Banco de Investimento	871	5
2	State Bank of India	690	2
3	Santander	655	6
4	BBVA	503	5
5	Axis Bank	490	2
6	Banco BPI	435	2
7	Calyon	373	3
8	Nedbank	367	1
9	Espirito Santo Financial Group	238	2
10	Sumitomo Mitsui Banking Corp	203	2

Rank	Nationality	(US \$m)	Deals	-2007
1	United States	32,002	85	-15%
2	Saudi Arabia	23,381	7	72%
3	Spain	22,356	140	83%
4	Australia	20,911	62	48%
5	Russia	20,167	2	783%
6	China	18,824	6	83%
7	India	18,697	25	118%
8	United Kingdom	15,002	59	-19%
9	Portugal	12,439	23	422%
10	Italy	8,488	23	51%
11	France	6,970	26	18%
12	Singapore	6,922	6	817%
13	Qatar	6,726	4	-59%
14	Panama	5,807	3	695%
15	South Korea	5,536	30	-25%
	Total	314,985	703	13%

3. Tabla resumen multisector

	Nº proyectos en construcción / explotación	Nº proyectos a futuro ⁶²	Plazo típico ⁶³	Importe Medio ⁶⁴	Importe Global estimado ⁶⁵	Modalidades Contratación más habituales
Carreteras	92	23	Habitualmente 30 años, potencialmente hasta 50 años por Ley	240-250 millones de euros	30.000 millones euros	Concesión DBFOM
Ferrocarril Interurbano, regional y metropolitano / urbano	22	11	Habitualmente 30-35 años, salvo mixtos (40 o 50 años)	300 millones de euros	9.000 millones de euros	Concesión DBFOM / SEM / EPG
Puertos y Aeropuertos	15	3	30 años	200 millones de euros	3.000 – 4.000 millones de euros	Concesión DBFOM
Hospitales y otros equipamientos públicos	77	4 ⁶⁶	15 –30 años	200 millones de euros	7.000 – 8.000 millones de euros	Concesión DBFOM
	206	41	N/A	N/A	Aprox. 50.000 – 55.000	N/A

⁶² Debido a que son proyectos en **TOTAL** estudio/planificación es difícil de determinar con certeza la elección final que la Administración tomará en relación al esquema contractual (contrato de obra pública tradicional, concesión de obra pública, sociedad de economía mixta, etc.).

⁶³ A salvo de concesiones privas a la ley, de peaje, que alcanzan los 50 años o excepcionalmente pueden llegar a los 75 años.

⁶⁴ Importe medio aproximado de los proyectos recogidos en las tablas analíticas que se adjuntan a lo largo del informe.

⁶⁵ Importe global estimado de los proyectos en las tablas analíticas que se adjuntan a lo largo del informe.

⁶⁶ Hace referencia a posibles proyectos de hospitales, ya que resulta difícil de determinar con exactitud el resto de equipamientos públicos (aparcamientos, escuelas, etc.) que llevarán a cabo los diferentes Gobiernos Regionales y Locales de España, así como la elección que se haga en relación a la estructuración de los mismos.