LA GOBERNANZA DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

José María Gimeno Feliu, Joaquín Tornos, Ramon Camp, Francisco Longo, Mónica Reig
Ángel Saz-Carranza, Carlos Losada, Manuel Férez, Marc Esteve, Jordi Rosell

ESADE
UNIVERSIDAD RAMON LLULL
ESADEgov-CENTRO DE GOBERNANZA PÚBLICA

Cambra de Comerç de Barcelona

LA GOBERNANZA DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

José María Gimeno Feliu
Catedrático de derecho administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Director del Observatorio de Contratación Pública.

Joaquín Tornos
Catedrático de derecho administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Titular de Tornos abogados.

Ramon Camp
Abogado. Miembro del Consulado de Mar de la Cámara de Comercio de Barcelona. Socio del despacho Roca Junyent, Departamento de Derecho Público.

Francisco Longo
Profesor titular del Departamento de Dirección de Personas y Organización de ESADE. Director de ESADEgov, Centro de Gobernanza Pública de ESADE.

Mónica Reig
Directora del Programa PARTNERS de ESADEgov, Centro de Gobernanza Pública de ESADE. Directora del Programa en Dirección Estratégica de la Colaboración Público-Privada de ESADE.

Ángel Saz-Carranza
Profesor titular del Departamento de Dirección General y Estrategia de ESADE. Director de ESADEgeo, Center for Geoeconomics and Geopolitics de ESADE.

Carlos Losada
Profesor titular del Departamento de Dirección General y Estrategia de ESADE y exdirector general de ESADE.

Manuel Férez
Profesor titular del Departamento de Derecho de ESADE. Director del Máster en Dirección Pública de ESADE.

Marc Esteve
Profesor titular de Gestión Pública Internacional en la School of Public Policy del University College London (UCL) y director del MPA in Public Administration and Management del UCL. Profesor visitante del Departamento de Dirección General y Estrategia de ESADE.

Jordi Rosell
Investigador postdoctoral de ESADEgov, Centro de Gobernanza Pública de ESADE.

ESADE
UNIVERSIDAD RAMON LLULL
ESADEgov-CENTRO DE GOBERNANZA PÚBLICA

Cambra de Comerç de Barcelona

LA GOBERNANZA DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Diciembre de 2018

Autores
José María Gimeno Feliu
Joaquín Tornos
Ramon Camp
Francisco Longo
Mónica Reig
Ángel Saz-Carranza
Carlos Losada
Manuel Férez
Marc Esteve
Jordi Rosell

Diseño gráfico y maquetación
Toni Fresno
Cambra Oficial de Comerç, Indústria, Serveis i Navegació de Barcelona

Impresión
Vanguard Gràfic

Depósito legal: B 3809-2019

Sumario

Introducción

Cambra de Comerç de Barcelona

Los retos de las administraciones públicas en un siglo XXI caracterizado por la globalización de la economía, la exigencia de rendición de cuentas a la sociedad y la necesidad de satisfacer nuevas necesidades, con un estándar de calidad óptimo para los ciudadanos, obligan a repensar el modelo de colaboración público-privada (CPP) y su funcionamiento, superando apriorismos o visiones estrictamente ideológicas. Hoy, el derecho a una buena administración es el paradigma sobre el cual cimentar la función y la justificación de los poderes públicos, que asumen un rol de garante de la calidad y la equidad en la prestación de los "servicios públicos" a la ciudadanía.

La publicación que el lector tiene en sus manos analiza con rigor y amplitud, y desde un enfoque multidisciplinario, las cuestiones relativas a la gobernanza de las CPP en España. Se trata de una aportación general sobre el diagnóstico y los retos de la gobernanza de la CPP en nuestro país, que pretende ser útil no solo para los juristas, sino también para los directivos y los gestores públicos y privados, con el objetivo de mejorar la calidad de las políticas públicas que se implementan a través de la contratación pública.

En cualquier caso, no debe olvidarse que, como señala el estudio *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica* (que este libro pretende complementar), la finalidad de las fórmulas de colaboración público-privada y su función en la consecución del interés público, más allá de las posiciones ideológicas de cada parte, exige una respuesta que concilie adecuadamente los distintos principios e intereses en juego y que preserve, en su decisión final, la esencia del derecho a una buena administración. El interés público se satisface tanto por los poderes públicos como por la iniciativa privada, siendo determinante la función de dirección y tutela del poder público. Así pues, las decisiones jurídicos-políticas deben procurar mantener los equilibrios necesarios y, sobre todo, desde la seguridad jurídica, facilitar un modelo de actuación complementaria entre el sector público y el sector privado basado en una nueva cultura de la gobernanza, orientada especialmente al cumplimiento adecuado del interés público y que, al mismo tiempo, asegure la transparencia y la comunicación de los objetivos perseguidos y de los resultados obtenidos. La calidad y la continuidad del servicio, así como el acceso al mismo a un precio asequible –a estos efectos, resulta indiferente quién lo preste– deben ser, pues, los elementos irrenunciables tanto en la planificación contractual como en la gestión de la colaboración público-privada, en aras de satisfacer la eficiencia social de forma óptima.

En este trabajo, se exploran los fundamentos del impulso de las instituciones comunitarias a favor de la colaboración público-privada, que pueden resumirse en los siguientes: *a)* una mayor eficiencia social; *b)* la implicación más directa

del sector privado en la resolución de las necesidades colectivas; *c)* una mejor calidad de los servicios públicos, y *d)* la posibilidad de soslayar las restricciones presupuestarias derivadas del modelo de estabilidad diseñado en Europa.

Partiendo de este contexto, este nuevo estudio, basado en la experiencia teórica y práctica de sus autores, analiza los retos que deben desarrollarse para asegurar una buena gobernanza de la colaboración público-privada en los próximos años, con la convicción de que las nuevas exigencias de calidad y equidad en la prestación de los servicios públicos aconsejan una nueva estrategia, basada en la complementariedad entre los esfuerzos públicos y los privados, desde la óptica del principio *win-win* (todos ganan). En concreto, señala los principales problemas de la CPP en España, comparada con lo que ocurre especialmente en los demás países de la Unión Europea. El papel de la legislación contractual en España –con la aprobación de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público– es un punto de inflexión para el desarrollo de la CPP. Esta regulación contractual pone de relieve la importancia de la fase de ejecución o gestión (frente a la fase de adjudicación) y la necesidad de tener en cuenta los aspectos de la calidad en la prestación del servicio, incorporando criterios sociales y ambientales, y aspectos favorables a la pequeña y mediana empresa y a la innovación.

En el primer capítulo, se presenta el contexto actual de la CPP en España. Tras la aprobación de las directivas de contratación pública en 2014 y de la Ley 9/2017, la visión estratégica de la contratación pública aparece de forma clara a ojos del legislador. A través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país. Se entra de lleno en la fase de ejecución del contrato –la gran olvidada históricamente en la contratación pública española–, para asegurar el control de la calidad y la satisfacción correcta del interés público. La gobernanza pública en el diseño de la colaboración público-privada exige, en primer lugar, identificar correctamente las necesidades y las soluciones que se pretenden cubrir con la contratación, los riesgos y su reparto adecuado entre las partes implicadas. Es necesario superar las inercias formales para prestar atención a la redacción de un pliego de licitación planificado y estratégico, que regule con precisión las posibles incidencias de su ejecución y que, sobre todo, "incentive" su cumplimiento, preservando los derechos sociales. Por último, es indispensable ejercer correctamente las facultades de supervisión y vigilancia propias del poder adjudicador, pues la Administración no puede abstraerse en modo alguno del ejercicio de estas facultades y dejar el cumplimiento exclusivamente en manos del contratista, porque con ello pondría en riesgo el interés público. Todo ello explica también la necesidad de avanzar hacia una mejor profesionalización en la contratación, tanto en la vertiente pública como en la privada.

El segundo capítulo se centra en la toma de la decisión sobre el modo de prestación del servicio público. Esta decisión debe basarse en criterios de eficacia y eficiencia, y evitar optar apriorísticamente por la supremacía del mercado o por la supremacía de la prestación pública. A la hora de tomar la decisión sobre el modo de prestar el servicio, se nos plantean una serie de cuestiones de orden jurídico (marco de referencia, procedimiento que hay seguir y reglas que hay que respetar, como las relativas al personal afectado por la decisión) y otra serie de cuestiones de orden material, vinculadas a la realidad de cada caso concreto. El capítulo desarrolla el marco conceptual de la colaboración público-privada y expone los criterios que deben tenerse en cuenta para tomar la mejor decisión posible. Se hace una referencia concreta al servicio municipal de suministro de agua.

El capítulo tercero se centra en la función de la comunicación en la colaboración público-privada y profundiza en las resistencias que esta colaboración puede suscitar como consecuencia de las preferencias y las creencias de los diferentes agentes implicados. A partir de una comparativa entre diversos países de la Unión Europea utilizando datos del Eurobarómetro, se desgranan los principales problemas de la contratación pública en España y se muestra la distancia en la percepción, los valores y las expectativas de los actores que participan en ella. De ahí surge el concepto de distancia cognitiva, cuya existencia puede dificultar el éxito de estas colaboraciones. El capítulo destaca que, en los procesos de política pública de gran complejidad y polarización como las CPPs, la dimensión de la retórica adquiere mayor importancia. La comunicación aparece como un elemento determinante para acercar las posiciones entre la Administración, las empresas y la ciudadanía, alinear sus valores e incrementar su coordinación y legitimación social.

El cuarto capítulo trata de las capacidades institucionales necesarias para mejorar la gobernanza de la CPP. El papel de las instituciones en la gobernanza de las colaboraciones público-privadas es reivindicado hoy por los propios investigadores y profesionales. A partir de una revisión de la literatura, se detectan tres elementos esenciales de las capacidades institucionales transversales que determinarán el éxito de las iniciativas de CPP: la seguridad jurídica, la transparencia y la rendición de cuentas (*accountability*). Por otra parte, se analiza otro factor esencial de la capacidad institucional, eso es, la profesionalización de los recursos humanos que van a gobernar la CPP: elaborar estrategias de profesionalización a largo plazo, más allá de los ciclos electorales ordinarios, con profesionales orientados a la resolución de los problemas, a la colaboración en red y a la flexibilidad es una exigencia para todas las partes que intervienen en la CPP. A modo ilustrativo de las capacidades institucionales necesarias para el éxito de la CPP, se describe el caso de las entidades de base asociativa (EBA) en la atención primaria de la sanidad.

El quinto capítulo trata del liderazgo y la dirección de las CPPs. Primero, se señala la importancia del perfil directivo que lidera una CPP, tanto para la decisión de realizar una CPP como para su desarrollo. Seguidamente, se presentan algunas recomendaciones sobre cómo gestionar con éxito las colaboraciones entre organizaciones. Se expone la importancia del liderazgo facilitador, aquel liderazgo que crea liderazgos poniéndose al servicio del proyecto, y ayudando a los trabajadores y trabajadoras a alcanzar sus objetivos. Así mismo, puesto que cada CPP tiene un contexto específico, el capítulo expone las variables contingentes que pueden explicar los distintos entornos en que se desarrollan las CPPs. Finalmente, el capítulo ofrece una recopilación de los principales riesgos de gestión que los directivos y directivas de CPP deben tomar en consideración a la hora de liderar sus proyectos.

En el sexto capítulo, se ofrece una visión global de cuáles son los factores que determinan el desarrollo de las políticas a favor de las colaboraciones público-privadas de un país. Utilizando la base de datos *Procuring Infrastructure PPPs 2018* del Banco Mundial, que contiene datos de 135 países, se analiza la influencia de determinados factores, como el impacto de las distintas tradiciones jurídicas, la pertenencia a la Unión Europea, la transparencia y los indicadores macroeconómicos, en la adopción, la contratación y la gestión de las CPPs. Este capítulo confirma que la transparencia actúa como el aceite de transmisión de las políticas en materia de CPP.

Y, por último, la publicación incluye unas consideraciones finales que pretenden recoger las principales líneas de este estudio.

Capítulo I

El control de la ejecución de los contratos de colaboración público-privada como elemento determinante de una nueva gobernanza

Cambra de Comerç de Barcelona

Resumen

Tras la aprobación de las directivas de contratación pública de 2014, y la Ley de Contratos del Sector Público, 9/2017, se habla ya de la visión estratégica de la contratación pública. A través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, pudiendo orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes. Las colaboraciones público-privadas son un instrumento más, ideológicamente neutro, para poder desarrollar de la forma más óptima determinadas políticas públicas bajo el principio de eficiencia. Este principio tiene en cuenta la calidad de la prestación, factor determinante para decidir la intensidad de esta colaboración. La fase de cumplimiento o ejecución ha sido la gran olvidada históricamente en la contratación pública española y, la redacción de pliegos de licitación más concretos, debe ayudar a liderar una nueva cultura de gobernanza en esta fase de las colaboraciones público-privadas. Son el control de la calidad y la correcta satisfacción del interés que conformará la nueva gobernanza, marcadas por integrar lo social, ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico.

PALABRAS CLAVE

Fase cumplimiento o ejecución
Cumplimiento o vigilancia
Calidad
Riesgo operacional
Ley 9/2017

I.
Introducción. Contexto de la colaboración pública desde la óptica de gobernanza

La teoría U de Otto Scharmer (*Teoría U: Liderar desde el futuro a medida que emerge, 2017*), claramente vinculada al liderazgo institucional de transformaciones relevantes pone en valor la idea de la calidad de los resultados como algo inherente al modelo de transformación social y que ha de servir para reforzar el talento. Los principios de esta teoría pueden servir para reflexionar sobre la gestión de la contratación pública y la necesidad de una estrategia de liderazgo institucional a través de esta. Y ello porque son claves de esta teoría los principios de descargar (ser conscientes y superar viejos patrones de conducta, pensar y actuar), presenciar (percibir o estar en el momento presente, ser conscientes de las diferencias entre los viejos patrones de conductas y las exigencias el momento presente), ejecutar (ensanchar el círculo de atención para tener una mayor comprensión de lo que nos rodea) para poder transformar.

En un momento de cambio normativo, de superación de una larga crisis económica, nos encontramos ante una ventana de oportunidad para reflexionar sobre el porqué y los cómo de la práctica de la contratación pública en España (es especial de los sistemas de colaboración público-privada), para poder discernir que escenarios, dado por correctos bajo el principio de "siempre se ha hecho así", exigen una diferente valoración (lo que según la teoría U sería la presenciación), para que desde una reflexión objetiva puedan abrirse nuevas decisiones o formas de gestión del contrato público (y de prestación de servicios públicos). Y para corregir las disfunciones o patologías detectadas.

La contratación pública, por su dimensión económica es, en estos momentos, una de las principales áreas administrativas para la gestión de las políticas públicas[1]. Esto explica que, máxime tras la aprobación de las directivas de contratación pública de 2014, se hable ya de la visión estratégica de la contratación pública[2]. Como se ha apuntado en anteriores trabajos, los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino

1
La información más reciente se encuentra en el documento OCDE "Government at a Glance 2017" (http://www.oecd.org/gov/govataglance.htm), donde, para España (p. 173) se indica un porcentaje de 16,5 para contratos clásicos de 16, 9, 11 de servicios públicos (concesiones) 1,5 de defensa. En total un 29.4 PIB. Los datos de la Comisión (de 2014, sitúan la suma sobre el 20 por ciento).

2
Sobre el contenido de estas Directivas me remito a: GIMENO FELIU: (2014a); MORENO MOLINA: (2013, pp. 115 a 163); MORENO MOLINA, J.A, y P. DOMÍNGUEZ ALONSO: (2014, pp. 139-164); M.M. RAZQUIN: (2015, pp. 97-13). De especial interés, en tanto se apuntan las líneas estratégicas de la reforma, es el trabajo de RUIZ DE CASTAÑEDA y M.A. BERNAL BLAY: (2011, pp. 23 a 42). Sobre los principios aplicables a esta materia, por todos, me remito al trabajo de MORENO MOLINA. (2012, pp. 3429 y ss). Una visión crítica sobre los objetivos de estas Directivas puede verse en el estudio del profesor SANTAMARIA PASTOR: (2016, pp. 83-102).

que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, lo que convierte a la contratación pública en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias que determinen las entidades adjudicadoras[3]. Esta idea queda reflejada expresamente en la Estrategia Europa 2020, que indica que la contratación pública es una herramienta principal para el cumplimiento de esos objetivos[4]. Cuestión sobre la que insiste la reciente Comunicación la Comisión Europea "Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa" (3 de octubre de 2017, COM (2017) 572 final) al insistir en la idea de una estrategia de contratación pública, para lo que establece el marco político general y define prioridades claras para mejorar la contratación en la práctica y dar apoyo a las inversiones en el seno de la UE. Los análisis de los distintos instrumentos presupuestarios de los poderes públicos ponen de relieve este carácter estratégico de la contratación pública[5].

Interesa, pues, una nueva perspectiva de la gestión contractual, menos burocrática y formal, y más atenta al cumplimiento de los fines públicos inherentes a la prestación a cumplir mediante el concreto contrato público, pues conviene recordar que la finalidad básica tras la adjudicación y el inicio de la ejecución del contrato es cumplir adecuadamente con los fines públicos inherentes a lo pactado[6].

3
GIMENO FELIU. (2006, pp. 15-21), ibídem: (2010, pp. 50-55). También ORDOÑEZ SOLIS:(2002, pp. 162-182), MORENO MOLINA: (2009, pp. 37 y ss.) y ORTEGA ALVAREZ: (2009). Así lo entendido también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 17/2008, de 21 de julio. Y es que, como bien advirtiera MESTRE DELGADO: (2003, p. 707), se constata en la regulación de la contratación pública la existencia de un interés público por emplear mecanismos de refuerzo-o fomento- para forzar a los empresarios al cumplimiento de previsiones –no necesariamente previstas con el carácter de imposiciones coactivas- contempladas en normativas sectoriales.

4
Las Instituciones europeas, en el contexto económico de inestable e insegura superación de la crisis financiera manifestada en el año 2008, adoptaron una serie de propuestas y pautas, a la vez que señalaban la obligación de efectuar un balance para poder re orientar la estrategia. En ese contexto interesa destacar el "Libro blanco sobre el futuro de Europa

Reflexiones y escenarios para la Europa de los 27 en 2025", elaborado por la Comisión Europea el 1 de marzo de 2017. https://ec.europa.eu/commission/sites/betapolitical/files/libro_blanco_sobre_el_futuro_de_europa_es.pdf

La Asamblea general de las Naciones Unidas aprobó el 25 de setiembre de 2015, la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/

5
Vid. MEDINA ARNAIZ: (2011, pp. 43-104).

6
La obligación del contratista en los contratos administrativos es una obligación de resultado, entendida ésta como contrapuesta a la configuración de actividad o medial y, por tanto, los riesgos derivados de la ejecución del contrato deben recaer directamente sobre el contratista, quedando liberada la Administración. Como ha declarado la jurisprudencia, el contratista asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor e incluso perder cuando sus cálculos estén mal hechos o no respondan a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato, «surgiendo por tanto el viejo principio tradicionalmente establecido en aras de la seguridad jurídica en materia de contratación con el Estado de *pacta sunt servanda*, sin que el contratista pueda por regla general apartarse de la Ley del contrato» (SSTS de 20 de enero de 1984 y de 29 de septiembre de 1986). La inalterabilidad de lo pactado cede ante el derecho del *ius variandi*. Vid. HORGUE BAENA: (1997, pp.74-76).

Esta afirmación es de especial importancia en las fórmulas de Colaboración Público-Privada (CPP) mediante modelos concesionales, caracterizados por mayor complejidad y plazo amplio de ejecución[7]. Sistemas de colaboración público-privada que son un instrumento más, ideológicamente neutro, para poder desarrollar de la forma más óptima determinadas políticas públicas[8]. Hay que recordar que el interés público se satisface tanto por los poderes públicos como por la iniciativa privada, lo que sugiere nuevos retos para la gestión de la contratación pública, utilizada como principal herramienta para la implementación de las necesarias políticas públicas, que aconseja una reflexión sobre las formas de gestión de los servicios públicos y actividades de interés general y su encuadre en la lógica del estado de Bienestar[9]. Habrá de analizarse supuesto a supuesto[10]. Sin olvidar, como se ha señalado por J. PONCE, con acierto, que la ideología puede tener su papel en la Política (*politics*), pero no lo tiene en la política pública concreta (*policy*) si no supone el correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica de gestión[11]. Y, desde esa perspectiva, el resultado final de la regulación de la actividad económica es una compleja interrelación entre regulación y competencia, basada en actuaciones reguladoras –unas de supervisión de la actividad y otras de control o intervención– de carácter vertical y horizontal. Y cualquier decisión política debe cohonestar con los distintos principios regulatorios y, por supuesto, con la lógica de la mejor satisfacción del interés público.

Predomina, por tanto, la visión del Estado garante de servicios públicos de calidad[12], que ponga atención en la prestación regular, continua y neutra y no tanto en quien lo presta (que es, en esencia, el significado de la doctrina

---

7
Sobre la variedad de colaboración público-privada me remito, por todos a los trabajos de J.M. GIMENO FELIU, P. SALA SÁNCHEZ, y G. QUINTERO OLIVARES: (2017); BERNAL BLAY: (2011); HERNANDO RYDINGS: 2012 y P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, "Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos", *Observatorio de contratos públicos 2011*, (Dir. José María Gimeno Feliú), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 435-462.

8
Así se ha explicado en el estudio colectivo de J.M. GIMENO, P. SALA y G. QUINTEROS (2017).

9
Como ya se ha advertido, el debate jurídico-técnico sobre el alcance de la Colaboración Público-Privada exige alejarse de posturas apriorísticas maximalistas: ni la gestión indirecta en colaboración con el sector privado es siempre más económica o eficiente, ni todos los servicios son más eficientes y sostenibles con gestión directa o mediante su "encargo" a entidades del tercer sector sin ánimo de lucro. Vid. GIMENO FELIU: (2017a, pp. 50-71); ibídem: (2016b, pp. 50-71).

10
Como bien explica ESTEVE PARDO: (2017, pp. 307-310), las experiencias europeas ofrecen conclusiones distintas en función de si estamos en Países del sur o del norte de Europa. En estos últimos, por situación económica y tamaño de los entes locales, la opción de gestión directa ha funcionado correctamente.

11
PONCE: (2016, p. 96)

12
ESTEVE PARDO: (2015a, pp. 11-39). Ibídem: (2015b).

clásica de servicio público)[13]. Visión consolidada por la propia regulación de la Unión Europea, pues, aunque ha declarado la neutralidad sobre las formas de gestión de las competencias públicas, ha advertido la importancia de que existan equilibrios y fórmulas de Colaboración Público-Privada para preservar el interés público[14]. Se constata, de forma evidente, la opción europea por la CPP como elemento que permita vertebración social e impulso a un mejor crecimiento económico (muy especialmente en sectores sensibles)[15].

De ahí la necesidad de diseñar un adecuado modelo de gobernanza integral en toda fórmula de CPP que ponga especial atención al adecuado cumplimiento de la prestación pública[16]. Y aquí juega gran importancia la correcta calidad del objeto de la concesión[17]. El principio de eficiencia no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse (y valorarse) por el más adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio[18]. Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo a objetivos de calidad en la prestación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Así, la mejor calidad se interrelaciona claramente con la mejor eficiencia (y, en consecuencia, con la buena administración como derecho fundamental).

13
Como es sabido, la Escuela de Burdeos, a través de L. DUGUIT y G. JEZE, se encargó de desarrollar el concepto de servicio público aparecido en la jurisprudencia, y cuyo pensamiento, basado en la idea de solidaridad social, señala que el fin de la Administración pública es, en principio, preservar la prestación de servicios públicos con carácter regular y continuo. Un interesante trabajo sobre los orígenes del concepto de servicio público es el realizado por P. JOURDAN:(1987, pp. 89 y ss). ESTEVE PARDO: (2017, p. 336), considera que en los servicios de carácter administrativo parece conveniente una gestión directa, en tanto que en gestión de servicios económicos con complejidad técnica parece más conveniente la gestión indirecta en colaboración con el sector privado.

14
Sobre los orígenes, fundamentos y modalidades de la colaboración público-privada en la contratación pública pueden referirse los siguientes estudios doctrinales: BRUNETE DE LA LLAVE (2009 y 2011),

NOGUERA DE LA MUELA: (2012, pp. 223 a 252); BERNAL BLAY: (2011), HERNANDO RYDINGS: (2012) y PALOMAR OLMEDA: (2011).

15
MESTRE DELGADO: (2018, pp. 37-40), recuerda, con acierto, que las Directivas europeas han ido consolidando este modelo de colaboración público-privada.

16
El Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea aprobado en el año 2001 por la Comisión, la transparencia formaba parte directa de dos de los cinco principios de la denominada buena gobernanza: apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia. El objetivo es lograr integrar la transparencia en las propuestas de elaboración de las políticas europeas, permitiendo un grado mayor de participación y apertura de la sociedad civil europea. Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea, COM (2001), 428, Bruselas, 25 de julio de 2001. Esta nueva no es solo una moda que pasará. Debe ser uno de los paradigmas sobre los que reformar nuestro modelo de organización y actividad administrativa. Vid. GARCÍA MACHO (2010, p. 8). Vid, también VALCÁRCEL FERNÁNDEZ: (2014, pp. 1901 a 1931) y NOGUERA DE LA MUELA:(2015, pp. 948-950).

17
La justificación de la decisión sobre cómo gestionar un "servicio público" debe atender a criterios objetivos de buena administración. Hay que evitar, por tanto, el maniqueísmo sobre quien presta mejor el interés general y, para ello, hay que garantizar el equilibrio entre lo público y lo privado y preservar, por supuesto, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en inversiones de larga duración, que no son contrarios, sino complementarios, con los de control de la prestación y de adecuada regulación de los servicios públicos, de los que nunca podrá abdicar una Administración diligente (no se trata en definitiva tanto del quién, como del cómo, en la mejor satisfacción del interés público).

18
Sobre el significado de la eficiencia —y su no vinculación a una idea economicista de menor precio— me remito a GIMENO FELIU: (2016a, pp. 137-158). También, MEDINA ARNÁIZ: (2013, pp. 87-97) y VAQUER CABALLERIA: (2011, pp. 91 y ss.)

La exigencia de valorar la calidad/rentabilidad de toda Colaboración Público-Privada como nuevo eje decisional tiene importantes ventajas desde una perspectiva macroeconómica transversal, pues ha de permitir orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias de calidad (en sus distintas funcionalidades) que determinen las entidades adjudicadoras. La calidad de la prestación debe ser, por tanto, un elemento irrenunciable tanto en la planificación contractual como en la propia gestión del concreto modelo o fórmula concesional en aras a la satisfacción óptima de la eficiencia social (así debe entenderse las previsiones del artículo 1.3 LCSP)[19].

En definitiva, el marco normativo de la contratación ha optado por incorporar a la calidad como un nuevo paradigma que debe ser objeto de adecuada valoración (incluso promueve la adquisición de la innovación en ese convencimiento de que la mejora permanente en la satisfacción de interés público es esencial en la propia justificación institucional de los poderes públicos) y vigilancia en lo pactado. De hecho, la calidad de la prestación, la visión de cómo se satisface el interés público, debe ser el factor determinante para decidir las fórmulas de gestión de los servicios y la intensidad de colaboración pública privada.

Como complemento a esta visión estratégica y de calidad de la prestación en la contratación pública destaca también la previsión respecto a las especialidades de contratación pública en los servicios sanitarios, sociales y educativos dirigidos a las personas, lo que facilita una mejor respuesta jurídica a prestaciones alejadas a la lógica del mercado. Esto significa que un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o social, podría estar excepcionado de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios o productos, dado el marcado carácter estratégico, desde la perspectiva de correcta prestación, del mismo[20]. Se habilita que pueda existir un régimen no contractual para la prestación de estos servicios, así como que se diseñe un régimen singular de contratación[21]. Esta opción se justifica en que las Directivas europeas de

19
Vid. GIMENO FELIU: (2014b, p. 24). La colaboración público-privada debe avanzar hacia la "contratación pública socialmente responsable" que, en palabras del amplio Informe 16/2015 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, "engloba diversos objetivos específicos de política social, como fomentar el empleo de personas en situación o en riesgo de exclusión social; la inserción social y laboral de personas con discapacidad física y/o intelectual; el diseño y accesibilidad para todos; la estabilidad y calidad en el empleo; la mejora de la seguridad y salud laboral; la promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres; la responsabilidad social de las empresas; las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral; y criterios de comercio justo y compra pública ética. Además, los aspectos sociales pueden combinarse con los aspectos ecológicos en un enfoque integrado hacia la sostenibilidad de las contrataciones públicas".

20
Esta opción ha sido «validada» por las Sentencias TJUE de 11 de diciembre de 2014, CroceRossa Italiana y otros (asunto C-113/13) y de 28 de enero de 2016, CASTA y otros, Asunto C-50/14, que reconocen incluso la posibilidad de adjudicación directa.

21
Me remito a GIMENO FELIU: (2015, pp. 65-85).

2014 permiten que exista un régimen especial de servicios dirigidos a ciudadanos (educativos, sociales, sanitarios), ya desvinculado de la idea de contrato de gestión de servicios públicos[22]. La perspectiva de eficiencia debe ser siempre contextualizada en el concreto ámbito de la prestación que se demanda, pues las diferentes características del objeto pueden obligar a una solución jurídica distinta[23]. El paradigma de esta necesaria contextualización y "readaptación" de las reglas de la contratación pública son los servicios sociales, educativos o sanitarios, en tanto se prestan servicios "dirigidos a ciudadanos" y vinculados a prestaciones básicas que forman parte del "núcleo" del Estado social. Y aquí la eficiencia no puede ser interpretada desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio.

Esto explica porque la normativa europea habilita, por tanto, que los Estados puedan diseñar un régimen legal *ad hoc* para la provisión de los servicios de salud a las personas mediante sistemas singulares de contratación pública, de reserva de contratos e, incluso, de acuerdos directos con especial atención a las notas de calidad, profesionalización, solidaridad y cohesión social[24]. Así, se pueden reservar contratos (Disposición Adicional 48) e incluso, como admite la Disposición Adicional 47 es posible establecer unas normas "distintas" de contratación pública en el ámbito de los contratos sanitarios o sociales a las personas, que pongan el acento en aspectos técnicos y de calidad (obviamente, la opción que se adopte, en su diseño concreto, no puede desconocer las peculiaridades de una prestación de indudable trascendencia social, donde los propios matices de la prestación en los últimos años aconsejan una especial atención a cómo se viene desempeñando, y se debe desempeñar, esta actividad). Se presta la atención a criterios vinculados a la mejor calidad de la prestación desde la perspectiva del ciudadano, donde el precio, *per se*, debe tener poca incidencia. Y ello porque no puede desconocerse que es una actividad de interés general que se rige, principalmente, por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación.

22
Resulta de especial interés el Informe 2/2014, de 22 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre "Calificación de los contratos asistenciales sanitarios y sociales. El riesgo asumido por el contratista como elemento clave para la calificación de un contrato como gestión de servicio público. Posibilidad de incorporar cláusulas propias del régimen jurídico del contrato de gestión de servicio público a los pliegos que han de regir la ejecución de un contrato de servicios".

23
Opción justificada, sobre la base del principio de solidaridad, por la STJUE de 17 de junio 1997, Sodemare (asunto C-70/95), que admite excepciones al principio de libre competencia en el caso de contratos en el marco del sistema de la seguridad social en favor de entidades sin ánimo de lucro (apartado 32).

24
La Comisión de la Unión Europea ha intervenido de forma activa en el fenómeno y establecimiento de un marco jurídico de la colaboración público-privada para la promoción de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos, buscando en esta fórmula el menor impacto en las cuentas públicas, así como la participación del sector privado en la financiación y gestión de infraestructuras y servicios públicos. En el ámbito sanitario esta colaboración, bien diseñada, y siempre desde la lógica del carácter público del modelo, puede aportar mejoras en la prestación del servicio y mayor eficiencia (al no existir ánimo de lucro). En estos casos nos encontramos ante cierta "publificación" de la actividad privada al servicio del interés general.

Los motivos expuestos justifican que pueda existir un régimen no contractual para la prestación de estos servicios, como expresamente se contempla en la Disposición Adicional 49[25]. El régimen de acción concertada (que no concierto, como modalidad contractual), es una opción organizativa (como sucede con el sector educativo), que exige la previsión legal expresa que determine el alcance y significado de esta acción concertada, que determine las modalidades de servicios y prestaciones, así como el sistema retributivo (opción adoptada en Aragón por la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, y en Valencia por la Ley 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario).

En todo caso, conviene recordar que la nueva tipología de concesiones ha excluido el tipo contractual de gestión de servicios públicos, de tal manera que, para que técnicamente estemos en presencia de Colaboración Público-Privada de alcance concesiona, debe justificarse la existencia del riesgo operacional (lo que no implica traspasar todo el riesgo, pero tampoco reconducirlo a la mera idea de riesgo y ventura) como elemento para delimitar concesión de contrato, lo que supone un cambio, pues bastara con que se transfiera el riesgo de suministro de oferta o el riesgo de suministro de demanda para que exista una concesión (criterio aplicable por igual a concesiones de obras o concesiones de servicio)[26]. Lo que no impide un régimen jurídico "más intenso" en prestaciones de "servicio público", lo que explica el régimen especial de servicios a las personas que contiene la Ley en el artículo 312, que recoge el "régimen de servicio público" en estas actividades esenciales (a las que se les pude dar un plazo contractual amplio compatible con la finalidad de la prestación, tal y como establece el artículo 29 LCSP).

25
Vid. GIMENO FELIU: (2018).

26
Al respecto, por todos, la monografía de F. HERNANDEZ: (2018).

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión (lo que es compatible con pagos por disponibilidad)[27]. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable "*Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario*" (Considerando 20 de la Directiva de concesiones)[28].

27
Según esta doctrina consolidada, existirá un «contrato de servicios» en el sentido de las Directivas en un contrato mediante el cual un contratante, en virtud de las normas de Derecho público y de las cláusulas contractuales que regulan la prestación de estos servicios, no asume una parte significativa del riesgo que corre el poder adjudicador. Así, por ejemplo, el transporte de pacientes en ambulancias no será un contrato de gestión de servicios públicos sino de servicios, tal y como se advierte en la STJUE de 18 de diciembre de 2007 (Comisión/República Irlanda). Con matices a tal calificación puede verse la STJUE de 29 de abril de 2010 (Comisión/República de Alemania). En esta Sentencia se recuerda que los servicios de transporte sanitario de urgencia o de transporte especial de enfermos, sobre los que versa el presente asunto, se incluyen a la vez en la categoría 2 o 3 del anexo I A de la Directiva 92/50 o del anexo II A de la Directiva 2004/18, y en la categoría 25 del anexo I B de la Directiva 92/50 o del anexo II B de la Directiva 2004/18, de modo que los contratos que tienen por objeto tales servicios están sujetos a la aplicación del artículo 10 de la Directiva 92/50 o del artículo 22 de la Directiva 2004/18 (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de septiembre de 1998, Tögel, C-76/97, apartado 40). Doctrina aplicada por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 52/2013 de 11 de septiembre, que califica como contrato de servicios la prestación de hemodiálisis, por no existir riesgo (criterio confirmado por Acuerdos 55/2013 7 37/2014, del TACPA). También por el TACRC, que en su Resolución 134/2013 de fecha 19 de septiembre de 2014 hace suya la distinción entre el riesgo propio de todo contrato y el riesgo específico de los contratos de gestión de servicios públicos que hace el TJUE en la sentencia 348/10 Norma-A y Dekom (en las Resoluciones 154 y 220/2011 declara que la asunción de riesgo por parte del concesionario es lo que caracteriza al contrato como concesión de servicios). Este mismo criterio ha sido compartido por el órgano de recursos contractuales de Cataluña (Resoluciones 24/2013, de 28 de enero, 50/2013, de 25 de marzo y 19 de septiembre de 2013) y Tribunal de Contratación Pública de Madrid (Resolución 48/2014, de 19 de marzo).

28
Para determinar la existencia, o no, de riesgo operacional, debe tenerse en cuenta los criterios del TJUE sobre este asunto. Al respecto, vid. el estudio de HUERGO LORAS: (2017, pp. 31-51). Ibidem: (2018, pp. 20-33).

Esta exigencia se ha incorporado, lógicamente, a la regulación de las concesiones en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público[29]. Es preciso comprobar, por tanto, si el modo de remuneración acordado consiste en el derecho del prestador a explotar un servicio (u obra) e implica que éste asume el riesgo de explotación del servicio (u obra) en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión requiere no obstante que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre[30]. Obviamente, no resulta razonable exigir a la autoridad pública concedente transferir riesgos económicos superiores a las que existe en el sector de acuerdo con la normativa aplicable (sobre los que la entidad adjudicadora carece de margen de decisión)[31].

En definitiva, el riesgo es el elemento esencial en toda fórmula de Colaboración Público-Privada[32]. Y este riesgo transferido, con la TIR propuesta, son elementos *sine qua non para determinar el plazo de la concesión (como plazo ordinario, se fija el de cinco años que exige la Directiva de concesiones). Es decir, no hay discrecionalidad en la decisión del plazo concesional de tal manera que los plazos máximos que ofrece la* LCSP no son de directa aplicación.

29
Me remito a los siguientes trabajos publicados en el libro colectivo Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público, Aranzadi, Cizur Menor, 2018: VALCARCEL: (2018, pp. 431-451), HERNANDEZ: (2018, pp. 477-516, X. LAZO: (2018, pp. 517-545), TORNOS MAS: (2018, pp. 1447-1484) y LAVILLA RUVIRA: (2018, pp. 1415-1445). También al trabajo de HUERGO LORAS: (2017, pp. 31-51).

30
Como bien ha recordado M. FUERTES: (2013, p. 235), el TJUE ha admitido las peculiaridades que algunas prestaciones tienen, que la regulación puede limitar los riesgos, que la Administración contratante pueda estar atenta a las vicisitudes... para reconocer que no se trata de un contrato de servicio. Así, por ejemplo, en la sentencia que resuelve el conflicto del servicio de abastecimiento de aguas en la comarca de Gotta (de 10 de septiembre de 2009, C-206/08) y en la que resuelve la cuestión prejudicial relativa a los contratos de transporte de asistencia médica y urgencias en Baviera (de 10 de marzo de 2011, C-274/09.

31
Como bien advierte la STJUE de 10 de septiembre de 2009, Eurawasser, apartados 77 y 80. El matiz es importante, pues solo así se consigue no desincentivar la iniciativa privada (vid. X. LAZO VITORIA: (2013); MIGUEZ MACHO: (2014, pp. 181-185).

32
La eliminación del tipo de contrato de gestión de servicios públicos no implica una involución desde la perspectiva de la mejor prestación de los servicios de interés general, pues en modo alguno se diluye el "régimen de servicio público", dado que las notas propias de regularidad, continuidad y equidad se pueden incluir tanto en el tipo de contrato de servicios como de concesión de servicios. Así lo explica, aun criticando la supresión de la categoría, LAGUNA DE PAZ: (2017, 41-68). No comparto, por ello, la critica a esta opción de transposición formulada por el profesor MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ: (2017, pp. 13-41). El modelo propuesto preserva las notas de garantía, continuidad y calidad de los servicios públicos, y la homogeneidad de tipo, en un contexto globalizado de la contratación pública, favorece una mejor interpretación y aplicación de los principios europeos de la contratación pública.

El plazo es un elemento esencial, que debe ser ajustado al reparto de riesgos y que no puede favorecer de forma desproporcionada al concesionario por excesiva duración, pues –además de ayuda estatal ilegal conforme a las previsiones del artículo 107 TFUE- puede implicar una retribución indebida (en más)[33].

En todo caso, conviene insistir en que el debate sobre la forma de prestación de los servicios públicos, en sentido estricto, debe pivotar sobre la esencia de la propia idea y función del servicio público[34], es decir, la regularidad, continuidad y neutralidad en la prestación, garantizando la mejor calidad del servicio a los ciudadanos. No interesa tanto que sea gestión directa o indirecta como la mejor prestación (también en parámetros de eficiencia) de la actividad[35]. Es decir, debe prevalecer la idea del nivel óptimo de gestión. El alcance sobre las fórmulas de colaboraciones público-privadas y su función en la consecución del interés público, más allá de las personales posiciones ideológicas, exige una respuesta en clave jurídica, que concilie de forma adecuada los distintos principios e intereses en juego, y que preserve, en su decisión final, la esencia del derecho a una buena administración. Hay que evitar el maniqueísmo sobre quien presta mejor el interés general y, para ello, hay que garantizar el equilibrio entre lo público y lo privado y preservar, por supuesto, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en inversiones de larga duración, que no son contrarios, sino complementarios, con los de control de la prestación y de adecuada regulación de los servicios públicos, de los que nunca podrá abdicar una Administración diligente.

33
Esta es una cuestión en la que la Directiva 2014/23 insiste, de tal manera que se fija un plazo orientativo de cinco años, que solo podrá ser mayor respetando la regla de que "la duración máxima de la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos" (artículo 18). Este plazo se explica, en el considerando 52 de la Directiva, de la siguiente manera: "La duración de una concesión debe limitarse para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia. Además, las concesiones de muy larga duración pueden dar lugar al cierre del mercado, obstaculizando así la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento. Ahora bien, tal duración puede estar justificada si resulta indispensable para permitir que el concesionario recupere las inversiones previstas para la ejecución de la concesión y obtenga además un beneficio sobre el capital invertido. Por lo tanto, para las concesiones de duración superior a cinco años la duración ha de estar limitada al período en el que resulte razonablemente previsible que el concesionario pueda recuperar las inversiones realizadas para explotar las obras y servicios, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos que haya asumido el concesionario a fin de satisfacer exigencias tales como la calidad o el precio para los usuarios. Esta previsión ha de ser válida en el momento de la adjudicación de la concesión. Debe ser posible incluir las inversiones iniciales y posteriores consideradas necesarias para la explotación de la concesión, como gastos de infraestructura, derechos de propiedad intelectual, patentes, equipo, logística, contratación, formación del personal y gastos iniciales. La duración máxima de la concesión debe estar indicada en los documentos relativos a la misma, a menos que la duración constituya un criterio para la adjudicación del contrato. Los poderes y entidades adjudicadores siempre deben poder adjudicar una concesión por un período inferior al necesario para recuperar las inversiones, siempre y cuando la compensación correspondiente no elimine el riesgo operacional".

34
Concepto de servicio público de difícil delimitación conceptual, como ya ha advertido la STC 127/1994, de 5 de mayo, al afirmar que "la idea de servicio público no constituye una noción unívoca y sí un concepto muy debatido por la doctrina jurídica -con detractores y valedores-, sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con finalidades también distintas".

35
El contrato público y la concesión son herramientas para la mejor satisfacción de necesidades de la ciudanía, por lo que hay que preservar una gestión pública que preserve la idea del necesario equilibrio jurídico entre lo público y lo privado y la seguridad jurídica de las inversiones. Al respecto, in totum, me remito al estudio de GIMENO, J.M., P. SALA y G. QUINTEROS: (2017).

II.
Las condiciones de ejecución: vigilancia y cumplimiento como elementos clave de la nueva gobernanza pública

Más allá del alcance político y económico del debate instaurado sobre la prestación de actividades de interés público y de servicios esenciales, que enfatiza el valor de la gestión pública –de recuperación de lo público- frente a las tradicionales fórmulas de colaboraciones público-privadas, parece necesario abordar un análisis jurídico de los posibles condicionantes de la cultura de la gobernanza en la contratación pública y, en especial, en modelos CPP atendiendo a la sostenibilidad financiera de los servicios y actividades públicas[36]. Y no solo esto, sino analizar también las causas que justifican la necesidad de revisar el modelo de CPP y que, en muchas ocasiones están relacionadas con un incorrecto control por parte de la Administración de los contratos existentes y con la redacción de pliegos muy "formales", que no han puesto atención en la correcta ejecución del contrato ni en cierta "sensibilidad" social de los mismos y que han permitido en ocasiones cierta depredación de lo público[37]. Así, la principal estrategia para liderar una nueva cultura de gobernanza en las colaboraciones público-privadas pasa necesariamente por la redacción de un pliego de licitación bien pensado, que regule con precisión las posibles incidencias de su ejecución y que, sobre todo, "incentive" al correcto cumplimiento y cumpla con los derechos sociales[38]. El pliego, como *lex contractus*, es la pieza esencial de la arquitectura de una concesión contractual. Pliego que regulará obligaciones y derechos de las partes, fórmulas de reequilibrio de lo pactado, herramientas de calidad de la prestación, mecanismos de penalización contractual, posibilidad de arbitraje, etc.

36
Vid. en este sentido, T.R. FERNANDEZ: (2016, pp. 439-450).

37
Este carácter depredador de lo público es advertido por CAAMAÑO: (2017, p. 26) como una de las debilidades de las fórmulas de colaboración público privado. Como señala FRACHIA: (2017, pp. 94-95), ante los casos de "egoísmo del mercado", lo que las Administraciones deben hacer es introducir obligaciones de servicio público. Este autor nos recuerda como en el dilema ente gestión pública y externalización el Consejo de Estado italiano (Dictamen 1075/2016, de 6 de abril) en la elección de la modalidad de gestión del servicio se decanta a favor del mercado.

38
SALA SANCHEZ: (2014, pp. 11-122).

El carácter complejo de las fórmulas de colaboración público-privada y su larga duración (en la lógica de un adecuado reparto de riesgos), aconsejan también que los pliegos y el contrato contemplen códigos éticos de actuación en el cumplimiento de la relación contractual pues aquí es donde la ciudadanía, en muchas ocasiones como destinataria de la prestación, puede percibir una nueva cultura de gestión pública basada en la ejemplaridad[39].

No puede desconocerse el hecho de que, en muchos casos, el déficit de la función de policía en el desarrollo de la prestación de servicios públicos por concesionarios la verdadera causa del mal funcionamiento de los mismos[40]. Función de policía en la prestación de los servicios públicos que, como bien ha advertido el profesor T.R FERNANDEZ, es la verdadera esencia de la doctrina de G.JEZE en relación a los servicios públicos[41]. Por ello, nunca podrá abdicar una Administración diligente de los principios de adecuado control de la prestación y de adecuada regulación de los servicios públicos.

39
Sobre esta cuestión resultan de especial interés las reflexiones del filósofo GOMÁ: (2009). También el estudio MALEM SEÑA: (2002). Igualmente, interesa destacar el estudio de VANDELLI: (2009). A modo de ejemplo, puede referenciarse el Código de principios y conductas recomendables en la contratación pública, aprobado por Acuerdo de Gobierno de Cataluña el 1 de julio de 2014. Con la finalidad de contribuir a la excelencia en la actuación administrativa en el ámbito de la contratación pública, la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública ha recogido en este código los fundamentos y las buenas prácticas que ya tienen integrados en su tarea diaria los departamentos de la Administración de la Generalitat de Cataluña y las entidades que forman parte de su sector público, incorporando nuevos contenidos para la determinación de las conductas y las recomendaciones que contiene, las cuales también provienen de aportaciones procedentes del Grupo de Trabajo para el impulso y la mejora de los procesos de contratación pública, constituido en el seno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, de la Oficina Antifraude de Cataluña, de la Autoridad Catalana de la Competencia, del Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración local de Cataluña, así como de organizaciones empresariales o sindicales. Con el Código, se quiere consolidar la ética en la contratación como parte de la cultura y los valores de los órganos de contratación. Las buenas prácticas contractuales contenidas en el Código se estructuran en los siguientes apartados: a) La determinación de los principios y de los valores éticos centrales que deben presidir la contratación pública; b) La identificación de determinadas conductas de utilidad para conformar una guía de actuación ante múltiples posibles circunstancias reales concretas; c) La concreción de prácticas contractuales especialmente convenientes y d) La concienciación, la formación y el seguimiento del compromiso ético.

40
Por supuesto que esa decisión puede ser comprensible y razonable o ser injustificada y arbitraria, o explicarse solamente con argumentos banales o demagógicos - con diferentes niveles entre una y otra calificación. Pero, así como en las relaciones entre particulares no siempre es jurídicamente preciso conocer cuáles son los motivos que han llevado a una parte a incumplir un contrato, cuando se trata de la Administración, que en teoría sirve y pertenece a todos, esas razones han de ser conocidas y públicamente expuestas, como consecuencia de la exigencia general de motivación en todos los actos de la Administración. Eso significa que también las razones profundas que empujen a la Administración a llegar a esa decisión merecerán su propia valoración y control jurídico.

41
T.R FERNANDEZ: (2010, p.44). Por ello, justificar una prerrogativa pública para "reinternalizar" en los supuestos de disfunciones del modelo de colaboración público-privada, cuando éstas son causa de una incorrecta diligencia administrativa en el diseño y control de estas modalidades de prestación del interés público resulta, cuando menos, una paradoja.

Para dar respuesta a esta posible problemática, el pliego debe hacer referencia a la figura del responsable del contrato, de carácter obligatorio, *ex* artículo 62 LCSP, para todo poder adjudicador y tipo contractual[42]. El responsable del contrato (puede ser una persona jurídica), tiene un elenco abierto de competencias, que debe determinarse por el órgano de contratación en los pliegos, que pueden abarcar obligaciones de aseguramiento de la transparencia y de vigilancia sobre diversos aspectos que interesan órgano de contratación, como de preservar la adecuada calidad de la prestación y el adecuado mantenimiento del reparto de riesgos[43]. Y para las concesiones el artículo 62.3 indica que "*la Administración designará una persona que actúe en defensa del interés general, para obtener y para verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad en la prestación del servicio o de la obra*". Interesa destacar como el control de la calidad y la correcta satisfacción del interés público inherente a toda concesión se conformar como ejes irrenunciables y señas de identidad de la nueva gobernanza en el funcionamiento de la colaboración público-privada.

Por otra parte, para esta nueva "estrategia de cumplimiento y gobernanza de las concesiones", hay que reseñar la nueva previsión del artículo 190 LCSP, en relación a las prerrogativas, al señalar que *el órgano de contratación ostenta las facultades de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato, en los términos y con los límites establecidos en la presente Ley para cada tipo de contrato. En ningún caso dichas facultades de inspección podrán implicar un derecho general del órgano de contratación a inspeccionar las instalaciones, oficinas y demás emplazamientos en los que el contratista desarrolle sus actividades, salvo que tales emplazamientos y sus condiciones técnicas sean determinantes para el desarrollo de las prestaciones objeto del contrato*. Este reconocimiento a la inspección del contrato refuerza la idea de la importancia del correcto cumplimiento de las obligaciones contractuales y debe ser, sin duda una herramienta esencial para asegurar el correcto cumplimiento.

42
Como nos recuerda Gomez Guzman en su blog auditoria de costes, en su entrada sobre el responsable del contrato, esta figura es común en las legislaciones de contratos públicos de países de nuestro entorno. Así, por ejemplo, en la legislación americana, en las Federal Adquisition Regulations (FAR) –Subpart 42.3– se regulan las funciones del contract administration office (CAO) con, entre otras, las siguientes responsabilidades cuando éste se designe: a) Desarrollar y aplicar procedimientos eficientes para llevar a cabo las acciones de aseguramiento de la calidad del contrato; b) Realizar todas las acciones necesarias para verificar si los suministros o servicios cumplen los requisitos de calidad del contrato; c) Mantener, como parte de su labor de inspección del contrato, registros adecuados que reflejen la naturaleza de las acciones de aseguramiento de la calidad de los contratos, incluyendo, cuando proceda, las observaciones realizadas y el número y tipo de defectos hallados; decisiones relativas a la aceptabilidad de los productos, los procesos y los requisitos, así como acciones para corregir los defectos. d) Aplicar instrucciones específicas del órgano de contratación; e) Informar al órgano de contratación sobre cualquier defecto observado en el diseño o en los requisitos técnicos, incluidos los requisitos de calidad, del objeto del contrato; y f) Recomendar cualquier cambio necesario al contrato, como especificaciones, instrucciones u otros requisitos que proporcionen operaciones más eficaces o eliminen costes innecesarios.

43
Una cláusula sencilla en un pliego, como propone RUIZ DAMIEL: (2018), podría consistir en lo siguiente: Además de las recogidas expresamente en la Ley, el ejercicio de las facultades inherentes a la potestad de dirección del contrato, así como proponer al órgano de contratación el ejercicio de las prerrogativas que le correspondan por razones de interés público. Igualmente le corresponderá acreditar la conformidad de la prestación con lo previsto en el contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 198 y asistir al acto de recepción del contrato en calidad de representante de la Administración o en su caso, dar la conformidad final al contrato.

En todo caso le corresponde proponer la imposición de penalidades (art. 194 LCSP), informar, en los supuestos de prórrogas, sobre si el retraso en la ejecución es o no imputable al contratista (art. 195 LCSP) y dictar instrucciones interpretativas en los contratos de servicios (art. 311 LCSP). Responsable del contrato que deberá contar con la capacitación suficiente para detectar disfunciones e imponer las medidas necesarias para el correcto cumplimiento de las distintas obligaciones y estándares de calidad.

La correcta vigilancia del cumplimiento de las obligaciones del concesionario a través de un responsable del contrato profesionalizado es la pieza basilar del modelo de gobernanza en la contratación pública, pues, como ha advertido A. SANMARTIN MORA, la falta de personal cualificado puede dar lugar a una irresponsable delegación de gobernanza en el sector privado, y que sea el contratista quien defina el nivel de calidad de los objetos a contratar en lugar de la autoridad pública. Por ello, es necesario que los gestores cuenten no solo con conocimientos especializados relacionados con los aspectos legales, sino también con aquellos que se relacionan con la gestión de proyectos y de riesgos. Y en ausencia de personal cualificado, en especial por Administraciones locales, deberá utilizarse los mecanismos de cooperación supramunicipal existentes[44].

Asimismo, es importante dotarlos de directrices éticas que les permitan evitar situaciones de conflicto de intereses, pero sin que ello suponga bloquear la eficiencia de la contratación[45]. En consecuencia, la figura del responsable del contrato y sus concretas funciones es la clave para un correcto cumplimiento del fin público que es causa de toda CPP[46].

Muy importante en la gobernanza en la ejecución de la CPP es preservar la equidad en las condiciones sociales y laborales de sus trabajadores, lo que va intrínsecamente unido a una mejor calidad de la prestación. La calidad no es un mayor

44
Esta situación aconseja un debate, que va más allá del objetivo de este trabajo, sobre el nivel adecuado donde deben residenciarse las competencias y prestaciones de servicios aceptando la premisa de que no es posible el uniformismo del régimen jurídico y debe atenderse por ello a la diversidad tanto del pequeño municipio como del gran Ayuntamiento. En la revisión del modelo (al margen de los legítimos apriorismos políticos) debe tenerse en cuenta la mejor satisfacción de las prestaciones a los ciudadanos, resultando conveniente insistir en la idea de cooperación y asistencia, donde pueden jugar un papel relevante estructuras administrativas de carácter supramunicipal. Como indica VELASCO CABALLERO: (2011, p. 138), una administración local es tendencialmente ineficaz cuando la ley le atribuye competencias que, por sus dimensiones o escala, no se pueden ejercer adecuadamente por su titular. Ante tal situación la cuestión no radica tanto en quien la debe detentar sino cómo es posible una mejor gestión competencial.

45
SANMARTIN MORA: (2012, pp. 408-409). Este trabajo desarrolla las distintas posibilidades de la "profesionalización" de la contratación pública, que debe ser el eje sobre el que construir un nuevo modelo estratégico y eficiente, respetuoso con el principio ético exigible a toda actuación administrativa). También. MALARET: (2016, pp. 38 y ss).

46
La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en su Recomendación 1/2013 ha advertía de la importancia de esta figura señalando que "El responsable del contrato sería así el instrumento a través del cual se canalizaran todas las comunicaciones e instrucciones que la entidad contratante deba hacer llegar a la contratista, que, a su vez, deberá designar un director del contrato que realice las tareas que le corresponden, en su doble vertiente: como organización propia y autónoma y como empleador".

gasto, ni cuestiona en si misma el funcionamiento del principio de eficiencia exigible en toda licitación pública (no hay que confundir precio con valor). El principio de eficiencia no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse (y valorarse) por el más adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio[47].

Procede "rearmar" el contrato concesional atendiendo a estas condiciones sociales, tal y como se fomenta por la nueva LCSP y se ha reconocido, por ejemplo, en el Acuerdo 72/2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, al afirmar que las condiciones sociales y laborales forman parte del propio objeto de una licitación pública, como se explica por la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública, y que esta posibilidad, además, no supone una restricción indebida de la competencia y permite introducir criterios sociales en las licitaciones públicas, que posibilitan un mejor cumplimiento del contrato. Por ello, en relación con las retribuciones de los trabajadores, el citado Tribunal Administrativo declara que: "*la exigencia de mantener la retribución de los trabajadores durante la ejecución del contrato, este Tribunal administrativo considera legal tal opción, que no limita la competencia ni interfiere en la opción de gestión del contrato y que pretende dotar de calidad la prestación del contrato, evitando la precarización de condiciones laborales como justificación de rebaja de precios en las ofertas, lo que casa mal con la obligación de calidad/precio que refiere el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública. Es más, la posibilidad de condiciones de ejecución de este tipo, fijando retribución mínima de los costes laborales, ha sido admitida por la Sentencia TJUE de 17 de noviembre, Regio Post (asunto C-115/14), en tanto permite garantizar la correcta prestación del contrato*"[48]. En todo caso, el TACPA advierte que no resultarán admisibles aquellas exigencias o estipulaciones que "fuercen" la vinculación exigible o que interfieran de forma indebida en la propia política empresarial de las empresas. La contratación pública puede estar al servicio de condiciones sociales, pero con el límite de no distorsionar la competencia, ni introducir controles indebidos en la gestión legítima de los intereses empresariales. Los pliegos de una licitación pública no pueden exceder en su función regulatoria vinculada a la correcta ejecución de la concesión y proyectar efectos sobre la organización de la empresa licitadora, imponiendo reglas sobre las que se carece de título competencial —como ha advertido el Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 1156/2016, de 18 de mayo, vía contrato público, no puede modularse la legislación laboral estatal—, y que limitan indebidamente el derecho a la libertad de empresa en una economía social de mercado (artículo 38 CE), para cuya

47
Para cumplir este objetivo es necesario, además de un cambio de "cultura" (superar la "presión política" de hacer más por menos y a corto plazo), disponer de instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos adjudicar contratos transparentes y cualitativamente competitivos lo más fácilmente posible, en función de la mejor relación calidad/precio (value for money), con la finalidad de "acabar con la práctica de comprar en función del precio más bajo" (W. Dening).

48
Vid. GIMENO FELIU: (2017b, pp. 241-287). También CASARES MARCOS: (2018, pp. 123-152).

protección el Tribunal Constitucional exige que las medidas de restricción sean proporcionadas e indispensables —STC 109/2003, de 3 de junio, fundamento 15—[49].

Por otra parte, una adecuada gobernanza de ejecución de la colaboración pública privada aconseja la regulación del control de la legalidad en la actuación del concesionario mediante un sistema de *compliance que sirva de elemento de garantía del cumplimiento*[50]**.** Si importante es el comportamiento ético de las Administraciones públicas, la visión "ética" (y de profesionalización) no solo corresponde a los poderes adjudicadores. El sector empresarial debe dar un paso al frente. Lo advierte C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, al postular la idoneidad de adaptar los programas de cumplimiento «anti-corrupción» al ámbito de público, apuntando "una exigencia legal futura para la contratación pública". El autor entiende que la experiencia norteamericana parece conducir indefectiblemente a la necesidad de que cualquier empresa que desee contratar con la administración pública debería instaurar de manera efectiva un programa de cumplimiento «anti-corrupción» como exigencia legal[51]. Sin duda, la prevención ética es una cuestión exigible a todas las partes de la contratación pública[52]. Y aquí

49
Son de interés las conclusiones contenidas en el Informe 1/2015, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre integración de aspectos sociales, laborales y medioambientales en la contratación pública: a) En primer lugar, es imprescindible acotar de alguna manera el ámbito de aplicación, ya que cláusulas como la propuesta solo tienen sentido cuando se contraten prestaciones en las que el componente económico fundamental venga constituido por el coste de la mano de obra, o en las que se incorporen cláusulas de subrogación de trabajadores. b) En segundo lugar, y no menos importante, además de adaptarse según el objeto y tipología de contrato, su inclusión requiere de una evaluación previa para determinar la idoneidad de incluirla e, incluso, su alcance temporal. Salvo que el Gobierno de Aragón se dote de algún instrumento normativo que establezca su obligatoriedad o, en su caso, la recomendación de su inclusión en las licitaciones, su incorporación en cada caso dependerá de la decisión del órgano de contratación competente, valorando las circunstancias de la concreta licitación. c) En tercer lugar, la cláusula debe incorporar los necesarios parámetros objetivos para determinar cuándo la obligación se entiende cumplida; debe establecerse un importante y responsable control por la Administración en la fase de ejecución del contrato, que permita aplicar con rigor la cláusula; y sus consecuencias ("supresión" de la prorroga o resolución del contrato) deben también acotarse en cada caso.

50
Vid. GIMENO, J.M., P. SALA y G. QUINTEROS: (2017).

51
GÓMEZ-JARA DÍEZ: (2013, pp. 799-853). GÓMEZ-JARA recuerda que desde el año 2008, la Administración estadounidense exige a los grandes contratistas revisar sus procedimientos internos de control y auditoría, así como de denuncias, en términos de diligencia debida (Due Diligence) sobre conductas ilegales de fraude, cohecho o cualquier otro tipo de actividad ilícita detectados en el seno de su empresa: "Esta regulación, especialmente la obligatoriedad de denuncia, han dado un vuelco significativo al panorama anterior, de tal manera que las denuncias de los propios contratistas están comenzando a fluir hacia las autoridades públicas. Más aún, el hecho de que los tribunales están considerando que la certificación que expresa la inexistencia de conductas ilícitas cuando el contratista debía estar al tanto de las mismas, constituye una falsedad documental que es perseguible por las autoridades". Parece el momento de evaluar esta propuesta en aras a la consecución efectiva del principio de integridad en la contratación pública.

52
Como destaca MATTARELLA: (2007 p. 71), las normas éticas necesitan ser administradas, lo que exige una organización administrativa de la honestidad. A modo de ejemplo, puede referenciarse el Código de principios y conductas recomendables en la contratación pública. Aprobado por Acuerdo de Gobierno de Cataluña el 1 de julio de 2014. Con la finalidad de contribuir a la excelencia en la actuación administrativa en el ámbito de la contratación pública, la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública ha recogido en este código los fundamentos y las buenas prácticas que ya tienen integrados en su tarea diaria los departamentos de la Administración de la Generalitat de Cataluña y las entidades que forman parte de su sector público, incorporando nuevos contenidos para la determinación de las conductas y las recomendaciones que contiene, las cuales también provienen de aportaciones procedentes del Grupo de Trabajo para el impulso y la mejora de los procesos de contratación pública, constituido en el seno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, de la Oficina Antifraude de Cataluña, de la Autoridad Catalana de la Competencia, del Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración local de Cataluña, así como de organizaciones empresariales o sindicales. Con el Código, se quiere consolidar la ética en la contratación como parte de la cultura y los valores de los órganos de contratación. Las buenas prácticas contractuales contenidas en el Código se estructuran en los siguientes apartados: a) La determinación de los principios y de los valores éticos centrales que deben presidir la contratación pública; b) La identificación de determinadas conductas de utilidad para conformar una guía de actuación ante múltiples posibles circunstancias reales concretas; c) La concreción de prácticas contractuales especialmente convenientes y d) La concienciación, la formación y el seguimiento del compromiso ético.

los sistemas de *compliance* pueden jugar un papel importante. Partiendo de la necesidad y obligación de dar cumplimiento a lo que se establece en el Derecho Europeo, sobre las condiciones que se pueden exigir a un concesionario tanto para merecer la concesión como para llevarla a cabo, las ya citadas Directivas 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y 2014/24/UE, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, *abren la puerta a la exigencia de programas "compliance"*, pero lo hacen indirectamente, pues no se afirma en forma positiva que las empresas aspirantes a alcanzar una concesión deban presentar un programa de cumplimiento normativo, pero, en cambio, sí dicen que los operadores económicos aspirantes a una contratación *que se hallen incursos en alguna prohibición para licitar o contratar con la Administración, pueden ser exonerados de tal prohibición si demuestran haber implantado "medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas" en su organización empresarial*[53]. Es razonable que la Administración quiera contratar solamente con empresas o empresarios intachables, y eso debe plasmarse, en todo caso, en una investigación que debería hacer la propia Administración, pero parece que el sistema que propicia la Directiva discurre por otras ideas.

En todo caso, como se ha advertido por la doctrina, hay que superar la idea de que la "compliance" se exija solo para "obviar" la incapacidad para concurrir[54] y, ya que se da tanta transcendencia a los programas de cumplimiento normativo –aunque en realidad no es eso lo que se exige, sino, concretamente, un programa de prevención de delitos- y se considere como requisito para concursar o, al menos, la celebración del contrato[55]. En mi opinión, en toda colaboración pública privada, para preservar el correcto cumplimiento de los fines públicos intrínsecos a la colaboración, como ineludible medida de una nueva gobernanza, convendría extender las exigencias de los programas de *compliance* empresarial –que es más que cumplimiento legal, dado que al concepto clásico de Derecho positivo (*hard law*), se añade el cumplimiento ético, la responsabilidad social corporativa, etc. (*soft law*)– al organigrama gerencial de las organizaciones concesionarias, lo que permitiría detectar y evitar casos de financiación ilegal, contrataciones fraudulentas, supuestos de sobornos, etc. Y, para ello, el pliego

53
La Directiva de concesiones, en su artículo 38, se refiere a las causas de exclusión de aspirantes a concesionarios. El artículo 71 LCSP enumera a su vez las prohibiciones de contratar.

54
Lo que se expresa diciendo que la prohibición para participar en un procedimiento de adjudicación de concesión o para contratar con la Administración que, con carácter general, impediría a cualquier empresa que haya sido condenada mediante sentencia firme por los delitos de participación en organización delictiva, corrupción, fraude, delito de terrorismo o ligado a actividades terroristas, blanqueo de capitales o financiación del terrorismo o trabajo infantil, no se aplicaría, sin embargo, para aquellos operadores económicos que pese haber sido declarados criminalmente responsables de alguna de las citadas infracciones penales, prueben, además de haber procedido a indemnizar el daño causado y colaborar activamente con las autoridades investigadoras, haber adoptado y estar cumpliendo con un programa eficaz de *compliance penal* en su empresa.

55
Lo que permite detectar y evitar casos de financiación ilegal, contrataciones fraudulentas, supuestos de sobornos, etc. Por todos, QUERALT: (2016).

debería regular la figura del *chief compliance officer* responsable de la misma. Por otra parte, conviene recordar que en las concesiones (arts. 287 y ss LCSP) el concesionario puede asumir funciones de control de policía importantes, pues el artículo 288 b) LCSP, reconoce la potestad al concesionario de dictar instrucciones para cuidar del buen orden del servicio. En esta facultad el rol del responsable del contrato es esencial. El pliego, en todo caso, debe prever como se puede ejercer esta facultad de orden público y, para ello, debería aclarar su alcance y los posibles mecanismos de control.

Además de las previsiones expuestas, para preservar la mejor calidad, debe reflexionarse, al diseñarse al pliego, sobre la conveniencia de incorporar nuevos sistemas de retribución de los contratistas, como incentivos a una mejor ejecución, tal y como se prevé de forma expresa en el artículo 102.6 LCSP al afirmar que "*Los contratos, cuando su naturaleza y objeto lo permitan, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento o incumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, debiendo establecerse con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación, de manera que el precio sea determinable en todo caso*"[56]. Así, por ejemplo, la experiencia del sistema de retribución vinculado, en el ámbito sanitario al criterio de *Value-Based Health Care* (medir correctamente las cosas correctas), que supone abandonar el pago por Volumen o procedimiento (*fee-for-service*) por el modelo del "pago en salud por resultado conseguido", puede ayudar a conseguir una mejor calidad en prestaciones tan sensibles[57]. Como indica M. PORTER, la mejora en cualquier campo requiere medir los resultados, un principio bien conocido de gestión lo que aconseja medidas rigurosas de valoración (de "*outcomes*" y costes) para asegurar la correcta calidad en la prestación del contrato.

Y, por supuesto, como complemento ineludible a la correcta ejecución, debe contemplarse un modelo de penalidades contractuales por incumplimiento de las condiciones de la concesión, o de su calidad, o de los deberes del concesionario, que "blinde" el interés público ante un escenario de deficiente o inadecuada prestación del interés público[58]. La nueva LCSP es clara al habilitar y fomentar esta opción, con umbrales de penalidad que claramente tienen fuerza "disuasoria" que deben servir de freno a incumplimientos que conduzcan a una resolución

56
Esta opción no quiebra el mandato de que el precio sea cierto, pues en todo caso hay parámetros objetivos de determinación. Vid. PEÑA OCHOA: (2018, p. 950).

57
PORTER (junto con Thomas H LEE) publica un interesante artículo en el número de octubre de 2013 de la Harvard Business Review : (2013, pp. 50-69) donde desarrolla esta idea del pago por resultado en el ámbito de la salud. Propuesta ya abordada con anterioridad: (2006).

58
Sobre el uso "estratégico" de las condiciones especiales de ejecución vid. HERNANDEZ CORCHETE: (2018, pp. 2183-2190).

anticipada. Obviamente, el diseño y aplicación de las penalidades deberá respetar el principio de proporcionalidad[59].

Una reflexión final sobre la ejecución en las concesiones. La experiencia nos presenta que gran parte de las críticas al modelo tiene su origen en la ausencia de información suficiente y de adecuada rendición de cuentas (*uncountability*[60]). Para abordar esta problemática, ya "institucionalizada", debe replantearse la regulación y práctica de la contratación pública desde la lógica del principio de transparencia en todas las fases del contrato[61]. Una gestión transparente de las concesiones (en el fondo de todo contrato público), como política horizontal, permite explicar a la ciudadanía la gestión de los recursos públicos y, bien practicada, se convierte en la principal herramienta para una gestión íntegra y profesionalizada[62]. Así, la nueva gobernanza de las colaboraciones público-privadas exige el diseño de un sistema eficaz de transparencia sobre el cumplimiento, la calidad, la retribución y las incidencias detectadas[63]. Un sistema de transparencia no formal que contenga una información accesible y comprensible, que permita una fácil valoración de la gestión contractual de y que debe servir para «modificar y corregir» aquellas actuaciones que revelen malas praxis o ineficiencias.

Todas estas medidas comportan un nuevo modelo de gobernanza de la ejecución de las concesiones que pone el acento en el correcto cumplimiento y satisfacción del interés general que es causa de toda colaboración público-privada. Medidas que coadyuvarán a centrar desde una perspectiva técnica y no ideológica el debate sobre el funcionamiento de los servicios público y sus formar de provisión.

59
La proporcionalidad de toda actuación o decisión administrativa ha sido encumbrada a principio general del Derecho Administrativo (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2001, dictada en el recurso de casación 4978/1996, o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de 15 de abril de 2005, dictada en el recurso contencioso-administrativo 1414/2001). Este principio se recoge ahora expresamente en el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: "deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva".

60
Como bien advierte F. CAAMAÑO: (2017, p. 28).

61
La importancia de la transparencia en la contratación pública ha constituido uno de los ámbitos de preocupación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) quien ha llevado adelante activamente un programa de trabajo sobre el tema de la transparencia de la contratación pública. Véase al respecto http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/brief_s/brief14_s.htm (última visita: septiembre de 2012). Sobre las "posibilidades" de este principio de transparencia (que no es formal) me remito a mi GIMENO FELIU. (2014, pp. 27-80). Principio de publicidad (y competencia) que ya habían sido recogidos en nuestra primitiva legislación de contratación administrativa, (Real Decreto de 27 de febrero de 1852, relativo a los contratos de servicios públicos), como bien explica BASSOLS COMA: (1995, pp. 25 y ss).

62
El Parlamento Europeo, mediante la Resolución de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI), señala que la lucha contra la corrupción y el favoritismo es uno de los objetivos de las Directivas; subraya el hecho de que los Estados miembros afrontan diferentes retos en este aspecto y que con un enfoque europeo más elaborado se corre el riesgo de debilitar los esfuerzos para racionalizar y simplificar las normas y de crear más burocracia; señala que los principios de transparencia y competencia son claves para luchar contra la corrupción; solicita un enfoque común sobre las medidas de "autocorrección" a fin de evitar la distorsión del mercado y asegurar certidumbre jurídica tanto a los operadores económicos como a las autoridades contratantes. Igualmente, resulta de interés la previsión del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción sobre "Contratación pública y gestión de la hacienda pública", donde se incide en las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.

63
La invisibilidad de las decisiones explica el fenómeno de la corrupción en un sector tan sensible como el de la contratación pública. Ya lo explicaba Platón –cuyas reflexiones continúan siendo de actualidad- en el segundo libro de la República expone el mito del pastor GIGES. (República, L. II, 359c-360d). En este mito se plantea el dilema moral del hombre, que en caso de poseer un anillo de invisibilidad que le brinda todo el poder para actuar en secreto y con total impunidad, va a actuar, desafortunadamente según muestra la experiencia general, en beneficio propio y de forma deshonesta e injusta.

III.
El reequilibrio de la concesión como elemento esencial en la correcta ejecución de lo pactado

Una cuestión de interés práctico en el diseño de toda colaboración público-privada es la relativa al equilibrio financiero cuando se alteran de forma sobrevenida las condiciones pactadas[64]. Es sabido que, en todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar que las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico. Por ello, toda CPP exige unas reglas claras que preserven la equivalencia de las prestaciones en ambas partes, prestaciones que se deben diseñar pensando en la correcta ejecución del contrato (para lo que debe exigirse un adecuado plan económico-financiero) que dé seguridad a los potenciales licitadores sobre la viabilidad del negocio jurídico y dé, al propio tiempo, las garantías o certezas suficientes sobre el cumplimiento, en sus propios términos, de lo pactado[65].

Ese equilibrio o equivalencia de prestaciones, determinado inicialmente en el momento de celebrar el contrato, debe mantenerse posteriormente durante el tiempo que dure su ejecución, en aplicación del principio general de vigencia de las condiciones contractuales *rebus sic stantibus*[66]. En los contratos de gestión de servicios públicos (aplicable a los modelos concesionales de la Directiva), como bien explicara ARIÑO ORTIZ[67], "*el áleas comercial tiene un doble alcance: hay un álea comercial ordinario que es el propio de toda explotación y cuya alteración en ningún caso es causa de revisión; pero junto a él hay lo que podríamos llamar un álea garantizado, en el sentido de que la Administración asume en todo caso los riesgos de pérdidas por debajo de un máximo, pero también controla y limita la ventura de unos beneficios extraordinarios por encima del máximo calculado*". El restablecimiento del equilibrio de las prestaciones se configura, por tanto, como la técnica que permite devolver a las partes a la situación inicial, cuando,

64
El artículo 250 LCSP, al regular los pliegos de cláusulas administrativas particulares de las concesiones de obras públicas incluye, entre las previsiones del plan económico financiero, el concepto de la Tasa Interna de Rentabilidad o Retorno (TIR). La TIR debe servir para fijar el plazo de la concesión, que no es libre disposición, así como las condiciones ante una eventual necesidad de reequilibrio financiero de la concesión. La TIR, por supuesto, es relevante en el re-equilibrio financiero, pues no puede admitirse una variación de la misma con esta técnica.

65
FRACCHIA: (2008, pp. 250-277) señala que la característica más particular de la concesión es el hecho de que el concesionario sustituye a la Administración en la "gestión del riesgo" de un servicio o de una estructura (habitualmente junto a la "gestión" de una operación financiera global). Es precisamente una manifestación de que un empresario concreto está llevando a cabo una actividad que, en ausencia de la concesión, debería realizar la Administración.

66
Por ello, la nueva regulación de las concesiones no puede contravenir el principio de equilibrio económico-financiero del propio contrato. GIMENO FELIU: (2013, págs. 39-106 y en concreto pág. 97).

67
G. ARIÑO ORTIZ: (1968).

durante la ejecución del contrato, falla el reparto de riesgos pactado[68]. Así lo ha admitido nuestra jurisprudencia al afirmar que toda concesión tiene que celebrarse en condiciones de equivalencia en cuanto a las prestaciones, y que esa equivalencia se garantiza en su devenir a través del mantenimiento del equilibrio financiero. En este sentido, en la STS de 20 de diciembre de 1986 (Ar. RJ 1987, 1175) se afirma que "cuando no se sostiene la honesta equivalencia entre lo que se da al concesionario y lo que se le exige, para evitar el abandono de la concesión o el deterioro del servicio, será preciso restablecer el equilibrio financiero de la concesión". En idéntico sentido se pronunció también el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de septiembre de 2000 (Ar. RJ 2000, 7975), también a propósito de una concesión administrativa otorgada por un Ayuntamiento para la construcción y mantenimiento de una estación de autobuses:

"Estas valoraciones permiten llegar a la conclusión que los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo están capacitados para completar el concepto jurídico indeterminado de la expresión «equilibrio económico de la concesión», que no puede ser entendido más que como la búsqueda, en la medida de lo posible, de una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas, que deben compensarse para formar parte de la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles que en todo contrato de concesión está implícito y que persigue una honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige, lo que condiciona el concepto equivalencia comercial y ecuación financiera del contrato de concesión, por lo que debe mantenerse dicho equilibrio económico …»."

En general, la obligación de mantener la «equivalencia honesta del contrato administrativo» que funda el derecho del contratista al perfecto restablecimiento de la ecuación financiera del contrato como contrapartida de los poderes de la Administración, se ha afirmado expresamente en diversas sentencias del Tribunal Supremo, entre las que pueden citarse las de 9 de abril de 1968 (Ar. RJ 1968\3748), 22 de junio de 1970 (Ar. RJ 1970\3493), 6 de junio de 1975 (Ar. RJ 1975\3228), 8 y 27 abril, 25 mayo y 9 diciembre 1976 (Ar. RJ 1976\2324, RJ 1976\2407, RJ 1976\3018 y RJ 1976\5778), 30 de diciembre de 1983 (Ar. RJ 1983\6843), de 2 de diciembre de 1988 (Ar. RJ 1988\9451), 5 de octubre de 2004 (Ar. RJ 2004\7683), entre otras muchas.

68
Además, atendiendo al principio de equidad y buena fe –STS de 27 de octubre de 2009- bien pudiera afirmarse que los hechos imprevisibles que, aun actuando con la debida diligencia, alteran la regla natural del reparto de riesgos rompiendo la causa del contrato original. En este sentido, la STS de 14 de julio de 2010 ha admitido la técnica del equilibrio financiero cuando existe un desequilibrio financiero suficientemente importante y significativo que no puede ser subsumido en la estipulación general de riesgo y ventura ínsita en toda contratación de obra pública.

Aceptando como inherente al concepto de riesgo operacional la idea de equilibrio económico del contrato y su aplicación dinámica, la normativa plantea dudas que deberán ser resueltas en la transposición (de hecho, nuestra actual regulación no las resuelve), pues una deficiente regulación de los riesgos puede ser un impedimento –o sobrecoste financiero– a las inversiones que exigen este tipo de contratos y a la correcta ejecución del contrato. Debería concretarse a nivel legal los casos de *factum principis*, que, en mi opinión, deben englobar cualquier decisión administrativa (o legislativa) que altere de forma imprevisible el adecuado reparto de riesgos y permita no distorsionar indebidamente la tasa interna de rentabilidad (TIR)[69]. En consecuencia, la concesión se explota por el contratista a riesgo y ventura, de tal manera que el reparto de riesgos pactado no debe ser alterado ni modificado, lo que no impide –más bien lo contrario– el requilibrio financiero, pues, como ya ha advertido el Consejo de Estado, a propósito del principio de riesgo y ventura, «*el fundamento de este principio es triple: en primer lugar, el principio de seguridad jurídica (Dictamen número 50.293, de 5 de noviembre de 1987); en segundo lugar, el principio de concurrencia y la necesidad de no desvirtuar las garantías presentes en la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas (pues una erosión del principio de riesgo y ventura podría hacer ilusorias las garantías que en la licitación se ofrecieron a aquellos licitadores que no resultaron adjudicatarios), y en tercer lugar, la protección de los intereses de la Hacienda pública*» (Dictamen de 13 de marzo de 2003 (Expediente 3.344/2002)[70].

En consecuencia, en todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar que las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico[71]. Es, en palabras de M. HAURIOU, un principio de justicia distributiva[72]. No puede existir, en palabras de M. FUERTES, riesgos sobre el riesgo. Por ello debe preservarse la regla del equilibrio financiero del contrato de concesión, que se fundamenta en la exigencia de una remuneración integral y suficiente del concesionario, lo que habilita el «reajuste» de las contraprestaciones cuando circunstancias

69
Por supuesto no debe ser utilizada a favor de una gestión no adecuada de la concesionaria para retornar y recuperar los iniciales índices de retorno o de rentabilidad.

70
Sobre este concepto de riesgo y ventura en los contratos públicos es de especial relevancia el trabajo, a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1949, del profesor GARCIA DE ENTERRIA: (1950, pp. 83-108).

71
Y es que como bien indicará el Conseil d´Etat francés «Es de esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión" (Arrêt Compagnie générale française des tramways, de 21 marzo 1910).

72
HAURIOU: (, 1933, vol. 23, pp. 129 y ss.)

sobrevenidas e imprevisibles incidan en la economía de la concesión[73]. No reconocer tal opción para el equilibrio del contrato conllevaría importantes dosis de inseguridad jurídica que condicionarán las inversiones en estos contratos (Obviamente, en estos reajustes no puede ser corregida en beneficio del concesionario los parámetros económicos en su momento ofertados y pactados, como por ejemplo la TIR pactada, en tanto se vulneraría el principio de igualdad de trato en la comparación de ofertas de la licitación). Y en nada se rompe el principio de igualdad o eficiencia pues permite dar seguridad para garantizar la correcta ejecución del contrato y su plan financiero con independencia de quien resulte adjudicatario. Igualmente debe regularse la cláusula de progreso y su concreto significado obligacional, pues la propia evolución técnica puede conducir a tal desequilibrio que haga inviable la gestión de la concesión, planificada en un entorno de la técnica distinta. Importa promover los avances tecnológicos a toda concesión, pero cuando la inversión afecta a la lógica sobre la que se planificó la inversión debería ajustarse el TIR[74]. Por último, aunque se entienda ahora excluido bien podría regularse los efectos del riesgo imprevisible (lo que evitaría la posterior "judicialización", con las incertidumbres que comporta).

73
FUERTES: (2013, pp. 197-239). Como indica ARIMANY LAMOGLIA. (2011), no puede negarse la posibilidad del ejercicio legítimo las potestades administrativas (y su incidencia en una concesión) respetando el principio de buena administración, pero, a su vez, no cabe descartar de raíz que, a causa de tal ejercicio, la Administración concedente tuviera que proceder a reequilibrar un contrato preexistente. Si la decisión es atribuible a la propia Administración que otorga la concesión, sostener que la previsibilidad del ejercicio de sus potestades la exime de reequilibrio en todo caso, es tanto como afirmar que una de las partes tiene la potestad, unilateral y libérrima, de incidir en la economía de un contrato preexistente, y adjudicado por ella misma, sin ninguna consecuencia económica.

74
Así se entiende en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 24/2013, sobre Restablecimiento del equilibrio económico en contratos de concesión de obra pública.

El restablecimiento del equilibrio de las prestaciones –así como la RPA, en los casos de resolución, regulada en los artículos 280.1 y 3, y 281 LCSP 2017– se configura, por tanto, como la técnica que permite devolver a las partes a la situación inicial, si durante la ejecución del contrato *falla el reparto de riesgos pactado por causas imprevisibles y no imputables a una falta de diligencia del concesionario*[75].

La técnica del reequilibrio financiero del contrato, que no es de libre disposición al arbitrio de las partes, permite «ajustar» la retribución del contrato en el contexto de la oferta inicial, sin que ello suponga modificar el contenido del contrato en el sentido de *ius variandi*, incluyendo como costes cuestiones distintas a las ofertadas que debieran ser asumidas como riesgo del concesionario. En consecuencia, hay que permitir el equilibrio cuando se comprueba que existe una mayor onerosidad sobrevenida (STS de 15 de noviembre de 1986). Y es así desde la lógica del principio de equidad y buena fe —STS de 27 de octubre de 2009 y STS de 17 de mayo de 2012—, porque cuando existen hechos imprevisibles que, aun con una buena gestión empresarial, alteran la regla natural del reparto

75
Teoría del riesgo imprevisible, introducida en Derecho francés por el Arret de Conseil d´État de 24 de marzo de 1916, Compagnie générale d´éclairage de Bordeaux. En este supuesto, la sociedad concesionaria de dicho servicio estaba ligada al municipio de Burdeos por un pacto formal que, si bien preveía una correlación entre el precio del gas y el del carbón como materia prima, fijaba, sin embargo, un tope máximo que el precio del gas no podría rebasar en ningún caso. La guerra de 1914-1918 implicó un alza enorme en el precio del carbón, por encima de todo cálculo hasta el punto de que la compañía concesionaria se vio obligada a declarar que no podría seguir asegurando el servicio en tales condiciones si el municipio no venía en su ayuda. Llevado el asunto ante el Consejo de Estado, éste no sólo no condenó a la compañía concesionaria a continuar el suministro de gas al precio máximo establecido en la concesión, sino que tampoco admitió que el municipio pudiera rescindir el contrato. En lugar de ello, el Consejo de Estado declaró en el célebre arrêt, antes citado, de 30 de marzo de 1916, que el municipio de Burdeos estaba en el deber de seguir soportando a la compañía concesionaria y, más aún, en el de abonarle una indemnización capaz de compensarla del aumento del precio del carbón, a menos que ambas partes no prefiriesen celebrar un nuevo convenio acordando la elevación del precio de los suministros de gas a pagar por los usuarios. El tenor literal de esta importante decisión jurisprudencial, que abrió un camino nuevo en la contratación administrativa, expresa certeramente los términos concretos del conflicto que la teoría de la imprevisión trata de resolver, así como las condiciones precisas en que tal doctrina puede ser legítimamente aplicada. Resulta por ello obligado transcribir aquí uno de sus considerandos:

"Considerando que, como consecuencia de la ocupación por el enemigo de una gran parte de las regiones productoras de carbón en la Europa continental, de la dificultad cada vez más considerable de transporte por mar en razón a la requisa de las naves hecha con motivo de la guerra marítima, ese alza sobrevenida en el curso de la guerra actual en el precio del carbón, que es la materia prima de la fabricación del gas, ha alcanzado una proporción tal que no solamente tiene carácter excepcional, sino que entraña en la fabricación del gas un aumento que sobrepasa ciertamente los límites extremos de aumento que hubieran podido ser previstos por las partes en el momento de contratar; que como consecuencia del curso de las circunstancias indicadas, la economía del contrato se encuentra absolutamente trastocada; considerando que resulta de todo lo anterior que la compañía pretende no poder ser obligada a soportar ningún aumento de precio del carbón por encima de 28 francos la tonelada, siendo esta cifra, según ella, considerada como la correspondiente al precio máximo del gas, previsto en el mercado, y sería por completo excesivo admitir que hay lugar a la aplicación pura y simple del "cahier de charges" (pliego de condiciones), como si se encontrase en presencia de un álea ordinario de la empresa; que importa, por el contrario, buscar para poner fin a estas dificultades temporales una solución que tenga en cuenta a la vez el interés general, que exige la continuación del servicio por la compañía con ayuda de todos los medios de producción y las condiciones especiales en que se encuentra la compañía y que no permiten al contrato recibir su aplicación normal; que a este efecto conviene decidir, de una parte, que la compañía está obligada a asegurar el servicio concedido y, de otra parte, que ella debe soportar solamente, a lo largo de este período transitorio, la parte de las consecuencia onerosas de la situación de fuerza mayor más arriba descrita que la interpretación razonable del contrato permita dejar a su cargo; que hay lugar, en consecuencia, anulando la decisión impugnada, a reenviar a las partes ante el Consejo de Prefectura, al cual corresponderá, si ellos no llegan a ponerse de acuerdo sobre las condiciones especiales en las cuales la compañía podrá continuar el servicio, determinar teniendo en cuenta todos los hechos en causa, el montante de la indemnización, a la cual la compañía tiene derecho en razón a las circunstancias extracontractuales, en las cuales ha tenido que asegurar el servicio durante el período considerado".

de riesgos, se rompe la causa del contrato original, lo que obliga al necesario reequilibrio de las condiciones pactadas[76].

En todo caso, convendrá determinar la existencia de los elementos propios: alteración indirecta de la prestación no debida a riesgo imprevisible; relación de causalidad entre medida y perjuicio; mayor onerosidad del contrato y carácter evaluable del mismo, y ausencia de culpa del contratista concesionario[77].

No puede alegarse el hecho de que la legislación no reconozca explícitamente este supuesto de imprevisibilidad, ni es posible una interpretación formal o rigorista de este supuesto, ya que la no asunción por el concesionario del riesgo de la imprevisibilidad es un elemento básico del equilibrio contractual (Informe Junta Consultiva Contratación Administrativa de Aragón 24/2013). Es necesaria una interpretación teleológica y sistemática *ex* artículo 3 del Código Civil. Como ya se ha explicado, la jurisprudencia ha venido reconociendo la lógica del equilibrio del contrato, como elemento inherente al mismo, cuando elementos imprevisibles perturban el reparto de riesgos con un riesgo no previsto, ni previsible, que pone en serio peligro la economía del contrato en tanto existe una mayor onerosidad sobrevenida (STS de 15 de noviembre de 1986). Por lo tanto, puede afirmarse que el equilibrio económico financiero del contrato es un criterio rector en un contrato de concesión, de forma que los costos de inversión y gestión del servicio o de la obra puedan ser resarcidos con el margen de beneficio pactado mediante el cobro, entre otras posibles fuentes de ingresos, de las tarifas que abonarán los usuarios del servicio. Cuando el desequilibrio en la explotación de una concesión no es imputable al concesionario, y éste ha desarrollado una buena y ordenada administración, para amortizar el costo de establecimiento del servicio, cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial, se debe reequilibrar el contrato con el fin de mantener, en estas nuevas condiciones imprevisibles, la TIR incorporada al contrato.

Junto a la imprevisibilidad como causa de reequilibrio, también resulta de aplicación el principio de *factum principis*, que supone la adopción de una medida administrativa con posterioridad a la adjudicación del contrato, que, aunque no persiga directamente modificar el objeto del contrato —como la *potestas*

76
Como ya se ha señalado decía Hauriou que es un principio de justicia distributiva, pues de lo contrario se produce un enriquecimiento injusto de la Administración, razonamiento que ha tenido eco en las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1991, 17 de diciembre de 1997 o 19 de enero de 1998. Remontándose más, sería de aplicación el conocido aforismo romano impossibilium nulla tenetur (Celsus, Digesto 50, 17, 185).

77
También Informe núm. 5/2008 de 10 julio Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid; Informe núm. 6/2008 de 11 junio, Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia.

variandi—, provoca —como el *riesgo imprevisible*— un grave desequilibrio económico-financiero en la concesión que genera el deber la Administración de restaurar el equilibrio. Los casos de factum principis suelen ser manifestación de la potestad ordenatoria general de que gozan las Administraciones públicas, especialmente medidas caracterizadas por la doctrina como *à la grande orchestre*, tales como devaluaciones monetarias, manejo del tipo de interés, medidas de variación del arancel, cargas sociales y, en general, todas las que suponen alteración directa de las condiciones económicas en que los contratos se ejecutan[78].

La normativa española reconoce el principio del *factum principis* mediante la previsión de reequilibrio en los casos de "actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de *la economía de la concesión*". Actuación de la Administración que, a diferencia del Derecho francés, se ha aplicado de forma amplia, de tal manera que se entiende que *existe factum principis con cualquier actuación de una Administración, aun distinta de la concedente*. Una actuación de otra Administración pública que incida en la economía de la concesión podrá calificarse de "hecho del príncipe" y permitir el reequilibrio económico-financiero de la concesión, como ha admitido ha admitido la jurisprudencia en la STS de 29 de mayo de 2007 (Ar. RJ 2007\5918), a propósito de la concesión de la Autopista Bilbao-Behovia. También se ha pronunciado en este sentido la doctrina administrativa, destacando el Informe 61/2008, de 31 de marzo de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, relativa a la «Consulta sobre términos de un contrato de concesión del servicio público de tratamiento de residuos urbanos», así como el Informe 5/2008, de 10 de julio:

"El factum principis o hecho del príncipe, alude a medidas administrativas generales que aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, ni lo pretendan tampoco, inciden o repercuten sobre él haciéndole mas oneroso para el contratista sin culpa de éste. El factum principis, en cuanto medida imperativa y de obligado acatamiento siempre que reúna las características de generalidad e imprevisibilidad y que produzca un daño especial al contratista, da lugar a compensación en aplicación del principio general de responsabilidad patrimonial que pesa sobre la Administración por las lesiones que infiere a los ciudadanos su funcionamiento o actividad normal o anormal (arts. 106 Const., 139 LRJYPAC y 121 LEF). Se trata, en definitiva, de una alteración indirecta de la prestación pactada sin mediar modificación, debiendo, en su caso, interpretarse y atemperarse la compensación económica, pues en ningún caso puede convertirse en una garantía a posteriori de los beneficios de la empresa".

78
G. ARIÑO ORTIZ: (1968, pp. 263 y 264).

Factum principis que se extiende también a las actuaciones normativa o del poder legislativo (STS de 29 de mayo de 2007, ya citada) o de normas que provienen del Estado, como se reconoce en el Dictamen de la Abogacía del Estado de 15 enero de 2010:

"la aprobación de un reglamento que establece nuevas obligaciones a cargo de una pluralidad de sujetos, entre ellos los concesionarios de autopistas de peaje, puede calificarse como un supuesto de factum principis. Con esta denominación se describe en la doctrina el efecto que se produce en el contrato por una medida general de índole política o económica que, aunque no se adopta por la Administración con el objetivo de modificar dicho contrato, indirectamente acaba repercutiendo en el equilibrio económico del mismo (por ejemplo, en su día, las subidas en el precio de los carburantes decididas por la Administración, cuando era ésta la que fijaba dichos precios)".

En apoyo de esta conclusión puede citarse la STS de 17 de octubre de 2003 (Ar. RJ 2003, 7923) que admite la incidencia de una medida normativa (reglamentaria) de la Administración sobre una concesión en tanto se "congelaban" las tarifas y peajes vigentes en las autopistas de peaje de titularidad de la Administración del Estado y, por ello, se alteraba el reparto de riesgos pues la normativa anterior –sobre la que se presenta la oferta– preveía incrementos de tarifas equivalentes al incremento del 95% del Índice de Precios al Consumo (IPC). Para el Tribunal Supremo procede el reequilibrio:

"Desde luego, consta en el expediente administrativo (págs. 22-28) la oposición de AUMAR, tal como ya se dijo antes. Y, respecto del alcance de las previsiones de lo que ha pasado a ser el Real Decreto 429/2000, aunque el Abogado del Estado lo niegue, según se ha recogido en el fundamento de Derecho cuarto, entendemos que suponen, ciertamente, una modificación de la concesión. Llegamos a esa conclusión a la vista no sólo de las afirmaciones en tal sentido de la recurrente sino, sobre todo, teniendo presente que la prórroga de las tarifas y peajes en las condiciones en las que se iba a aprobar incidía de lleno en el equilibrio económico-financiero de la concesión, que se sustentaba en las bases resultantes del pliego de cláusulas generales, tal como quedó configurado, en lo que a la revisión de esas tarifas y peajes respecta, por el Real Decreto 210/1990. Por lo demás, es preciso decir que la doctrina sentada en las Sentencias de 6 de febrero de 1999 y 12 de febrero de 2000, en un supuesto semejante al presente, conduce a ese resultado desde el momento en que califica como incumplimiento contractual que altera ilegalmente el equilibrio económico de la concesión la prórroga de las tarifas y peajes sin compensación" (Fdo Jco. 6).

En línea similar puede recordarse la Sentencia de STS de 8 de junio de 1992 (Ar. RJ 1992, 5904), relativa de una concesión otorgada en el año 1900 para el abastecimiento de agua de la zona norte de Madrid en la que se preveían determinados beneficios económicos para el contratista consistentes en la exención del pago de unas tasas municipales. Estos beneficios, según argumenta la Sentencia no pueden modificarse ni siquiera basándose en una Ley, pues son parte del contrato concesional:

"A mayor abundamiento, es evidente que lo que implica el contenido de la citada condición novena, más que un pacto tributario, es una simple contraprestación al hecho de la concesión, por cuanto la exención es un condicionante más para el otorgamiento de esta última, requisito plenamente válido, y el adjudicatario acude al concurso o asume directamente la concesión atendiendo, entre otros motivos más o menos relevantes, a esa oferta municipal de no cobro de tasas o derechos por ocupación del subsuelo, por lo que esa estipulación se consagra como causa determinante del contrato, concepto ajeno, por tanto, al calificado como pacto tributario, porque la exención ha sido concertada como compensación de una contraprestación sinalagmática…" (F.J. 6).

En todo caso convendrá determinar la existencia de los elementos propios de esta técnica: a) alteración indirecta de la prestación, no debida a riesgo imprevisible; b) relación de causalidad entre medida y perjuicio, ocasionando mayor onerosidad del contrato para la parte privada; c) carácter evaluable perjuicio y ausencia de culpa del contratista. En conclusión, se trata de actuaciones de la Administración pública entendiendo por la misma a cualquiera de los poderes públicos, incluido el Poder legislativo, las que pueden justificar este reequilibrio.

El *factum principis* obliga al reequilibrio económico del contrato. Así lo ha admitido tanto la jurisprudencia —STS de 29 de mayo de 2007— como la doctrina administrativa: por todos, Informe 61/08, de 31 de marzo de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, «*Consulta sobre términos de un contrato de concesión del servicio público de tratamiento de residuos urbanos*». Si se acreditare por la Administración concedente que con posterioridad a la adjudicación del contrato se han tomado decisiones administrativas que han podido condicionar el régimen económico de la explotación —por ejemplo, nuevas infraestructuras no previstas en la memoria económica que disminuyen la afluencia de tráfico viario— nos encontraríamos ante un caso de *factum principis* que obligaría a un reajuste del contrato.

En estos casos, como la fuerza mayor, los reajustes a efectuar no pueden alterar, en beneficio del concesionario, los parámetros económicos ofertados y pactados, como por ejemplo la TIR, en tanto se vulneraría el principio de igualdad de trato

en la comparación de ofertas de la licitación[79]. Así, es el principio de equivalencia de prestaciones en las concesiones el que aconseja permitir el reequilibrio de la concesión, en tanto existe un claro efecto perturbador sobre el sistema de retribución y reparto de riesgos, no previsto ni previsible, ajeno a la diligencia empresarial del concesionario tanto en el momento de formular su oferta como de la forma de gestión del modelo concesional, que pone en serio peligro la economía del contrato en los términos pactados[80].

En el fondo, esta obligación de reequilibrio se fundamenta en principios generales del Derecho administrativo como la interdicción del enriquecimiento injusto o sin causa, el derecho a la buena administración, la seguridad jurídica, la buena fe, la protección de la confianza legítima y la responsabilidad administrativa o responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Por ello, desde una interpretación teleológica se puede justificar que existe ruptura del equilibrio contractual, cuando "el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado" (tal y como lo califica el Consejo de Estado, entre otros, en su dictamen de 26 de julio de 2001, número de expediente 1075/2001) con independencia de que "la gravosa onerosidad puede tener un origen vario, bien en decisiones de la propia Administración (*factum principis)*, bien en circunstancias ajenas a ésta, bien en la fuerza mayor", continúa afirmando el Consejo de Estado, lo que debe permitir el reequilibrio de la concesión, en tanto existe un claro efecto perturbador sobre el sistema de retribución y reparto de riesgos, no previsto ni previsible, ajeno a la diligencia empresarial del concesionario, tanto en el momento de formular su oferta como de la forma de gestión del modelo concesional, que pone en serio peligro la economía del contrato en los términos pactados. En el mismo sentido, de acuerdo con el Consejo Consultivo de Aragón, para la aplicación de la obligación de reequilibrio «*debe existir una desproporción objetiva y evidente, además de extraordinaria y no justificada*» (Dictamen del Consejo Consultivo de Aragón, núm. 52/2013, de 30 de abril de 2013).

79
Lo que impide, por ejemplo, ampliaciones de plazos (prorrogas) no pactadas, que diluyen el riesgo y alteran las reglas de concurrencia. Analiza con detalle esta cuestión ARGUDO GONZALEZ: (2011). Como bien afirma "sin perjuicio de las prórrogas expresamente previstas en la documentación que rige la licitación, al concluir el plazo concesional sólo situaciones excepcionales que pudieran poner en peligro la continuidad y regularidad del servicio (por ejemplo, interrupciones en la prestación en el ínterin entre la finalización de la concesión y la nueva adjudicación) podrían justificar aquella prolongación, aun cuando ello pudiera poner de relieve una falta de previsión y diligencia administrativa al convocar la nueva licitación" (p.23). En términos similares la STJUE de 16 de febrero de 2012, en los asuntos acumulados Marcello Costa (C-72/10) y Ugo Cifone (C-77/10), afirma que "De los artículos 43 CE y 49 CE, del principio de igualdad de trato, de la obligación de transparencia y del principio de seguridad jurídica se desprende que los requisitos y las modalidades de una licitación como la controvertida en los litigios principales y, en particular, las disposiciones que establecen la caducidad de concesiones adjudicadas al término de dicha licitación, como las que figuran en la cláusula 23, apartados 2, letra a), y 3 del modelo de contrato entre la Administración autónoma de los monopolios estatales y el adjudicatario de la concesión sobre juegos de azar relativos a los acontecimientos distintos de las carreras hípicas, deben formularse de manera clara, precisa e inequívoca, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente."

80
No puede ser utilizado, en consecuencia, a modo de seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa. Vid FUENTEAJA PASTOR: (2004, p. 187).

En este sentido, la STS de 14 de julio de 2010 (recurso de casación núm. 21/2008, Ar. RJ 2010\6245) ha admitido la técnica del reequilibrio cuando existe un desequilibrio financiero suficientemente importante y significativo –incidencia que se debe examinar desde la globalidad del contrato–, que no pueda entenderse comprendido en la estipulación general de asunción por el contratista del riesgo y ventura que está implícita en toda contratación de obra pública[81].

En todo caso, debe tenerse muy en cuenta los criterios que a tal efecto vaya acordando EUROSTAT, sobre tratamiento en las cuentas nacionales de la Asociaciones Público-Privadas, en la que se contiene la interpretación auténtica de la Comisión Europea, a través de su oficina estadística, para determinar en este tipo de relaciones dónde deben computarse los activos sobre los que se prestan los servicios y la financiación precisa para construirlos y mantenerlos, si en las cuentas de la Administración cuyas necesidades se cubren con el contrato o en las del contratista o socio privado[82].

Por último, la responsabilidad patrimonial administrativa (RPA) es un elemento de seguridad importante, que funciona como efecto llamada en los inversionistas al garantizar parte del negocio más allá del riesgo lógico de la gestión de la concesión[83].

81
Conviene recordar, que si bien es cierto que el principio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato se inspira en el de abono al contratista de la prestación efectivamente realizada —bajo sanción de un enriquecimiento injusto o sin causa de la entidad contratante—, ese equilibrio juega en ambas direcciones, esto es, tanto si la alteración de las condiciones iniciales perjudica al contratista, como si perjudica a la entidad contratante

82
En especial la Decisión 18/2004, de 11 de febrero News Release 18/2004, que concreta la doctrina de la transferencia de riesgos al socio privado, como criterio determinante para no consolidar el coste, ni la financiación, de la adquisición o construcción de los bienes en las cuentas públicas. New decision of Eurostat on deficit and debt. Treatment of public-private partnerships. La Oficina Estadística de la Comisión (Eurostat) es el organismo comunitario al que el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio, relativo al sistema de cuentas nacionales y regionales, atribuye la supervisión de las cuentas nacionales de los estados miembros, y de los contratos y operaciones que se incluyen en las mismas, a fin de garantizar y verificar la aplicación de criterios contables uniformes en toda la Comunidad (el sistema contable conocido como SEC-95). Además, este mismo organismo estadístico es el encargado del seguimiento y verificación del cumplimiento el Pacto de Estabilidad y Crecimiento por parte de los estados miembros. Según EUROSTAT para que la inversión en los activos vinculados a una fórmula de CPP no compute como déficit público se han de dar las condiciones siguientes: a) que el socio privado (concesionario) soporte el riesgo de la construcción, y b) que este socio privado soporte igualmente al menos uno de los siguientes riesgos: disponibilidad o de demanda. Si se cumplen estas condiciones –acumulativas- los activos de la concesión y sus correspondientes pasivos figurarán en el balance de la sociedad concesionaria y por tanto, fuera del "perímetro" de déficit de la Administración Pública.

83
Un estudio completo y riguroso de la nueva regulación de la RPA se encuentra en el trabajo de FERNÁNDEZ ACEVEDO: (2017, pp. 1-38 (www.ius-publicum.com), que seguimos en este apartado.

La RPA se comporta como un elemento de aseguramiento de ciertos riesgos, pero no puede ser regulada o configurada de modo absoluto pues se diluiría el elemento del riesgo operacional[84].

Por ello, la Ley de Contratos del Sector Público se "limita" la RPA atendiendo al nuevo criterio SEC 2010 y el pago de la concesión se realizará atendiendo al valor de mercado de la misma cuando la resolución es imputable al concesionario (lo que puede suponer un valor cero)[85]:

Si fuera resolución imputable a la Administración, la RPA desplegara sus efectos ordinarios: "*la Administración abonará al concesionario el importe de la inversión realizada por razón de la expropiación de los terrenos y de la ejecución de las obras e instalaciones que, realizadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares*".

84
Avala esta interpretación la nueva regulación del SEC (2010), aprobada por el Reglamento (UE) nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. En relación a cómputo déficit de las operaciones de APP, se indica que: "Propiedad económica y asignación del activo 20.283. Al igual que sucede con los contratos de arrendamiento, para determinar quién es el dueño económico de los activos en una APP es preciso averiguar qué unidad asume la mayor parte de los riesgos y qué unidad se espera que reciba la mayor parte de los beneficios de los activos. Se asignará a esta unidad el activo, y por lo tanto la formación bruta de capital fijo. Los principales elementos de riesgo y beneficio que deben evaluarse son los siguientes:

a) Riesgo de construcción, que incluye los rebasamientos en los costes, la posibilidad de costes adicionales derivados de retrasos en la entrega, el incumplimiento de condiciones o códigos de construcción, y los riesgos ambientales y de otros tipos que exijan pagos a terceros.

b) Riesgo de disponibilidad, que incluye la posibilidad de costes adicionales, como los de mantenimiento y financiación, y las sanciones soportadas porque el volumen o la calidad de los servicios no cumple las normas especificadas en el contrato.

c) Riesgo de demanda, que incluye la posibilidad de que la demanda de los servicios sea mayor o menor de la esperada.

d) El riesgo de valor residual y obsolescencia, que incluye el riesgo de que el activo sea inferior a su valor esperado al final del contrato y el grado en que las administraciones públicas tienen opción a adquirir los activos.

e) La existencia de financiación del garante o de concesión de garantías, o de cláusulas de rescisión ventajosas sobre todo en caso de rescisión a iniciativa del operador". Estos dos últimos apartados, en especial en los casos de resolución por causa imputable al contratista parecen aconsejar una "limitación" de la RPA en los modelos concesionales, tanto de obra como de servicios, pues de lo contrario puede entenderse que se ha excluido la transferencia de riesgos y, en consecuencia, los activos ya no estarían excluidos del perímetro de endeudamiento. Así, dentro del riesgo operacional debe entenderse la no existencia de RPA por incumplimientos o causas imputables al concesionario. Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 puede consultarse el trabajo de MACHO PEREZ y E. MARCO PEÑAS: (2014, 437-474). Resulta de interés el trabajo de CALATAYUD PRATS: (2017). Este trabajo analiza el actual régimen jurídico de la liquidación y resarcimiento de daños de los contratos de concesión de obra y de servicio público cuando se produce la resolución por causas imputables al concesionario tras la modificación del régimen de la RPA del Texto Refundido de la Ley de contratos del Sector Público introducida por la Disposición Adicional Novena de la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público). Para el autor la actual normativa tiene, por un lado, como objetivo trasladar el riesgo al concesionario evitando con ello garantizar un reembolso mayoritario del proveedor de la financiación en caso de resolución y, por otro lado, regular un procedimiento, mediante un contrato de reemplazo, que permite fijar en un solo acto la liquidación y la indemnización de daños).

85
En todo caso, se entenderá que es imputable al concesionario la resolución del contrato cuando ésta obedezca a haber sido declarado aquél en concurso o insolvencia en cualquier otro procedimiento. Las concesiones que hayan sido adjudicadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley o cuyos expedientes de contratación se hayan iniciado con anterioridad a dicha fecha, se regirán por la normativa anterior, es decir, no se verán afectados por la nueva regulación de la RPA.

Así, resulta muy conveniente que los aspectos económicos-financieros de los pliegos de la licitación se ajusten a la realidad y complejidad de la prestación, pues una inadecuada planificación financiera implica una mayor exposición al fracaso de la concesión, lo que perjudica no solo a la empresa concesionaria, sino también a la propia Administración concedente. No solo porque pueda generar responsabilidad (aunque no sean supuestos frecuentes, sí pueden localizarse casos en los que se ha declarado judicialmente la responsabilidad patrimonial de la Administración por suministrar datos erróneos a un particular, existiendo un deber de información. Sería el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2004 (Ar. RJ 2005, 5588), relativa a la construcción de una pasarela peatonal sobre una autovía, realizada por el Ministerio de Fomento. Esa construcción dejaba sin visibilidad e impedía de facto la construcción de una nave destinada a la exposición y venta de automóviles en un solar que había sido adquirido con esa finalidad. La ejecución se hizo sin proyecto previo, lo que provocó que la futura construcción no se reflejase en la información urbanística solicitada en su momento al Ayuntamiento por el adquirente y generó la responsabilidad patrimonial del Ministerio, sino, sobre todo, porque entonces se produce un impacto financiero y presupuestario que se pretendió evitar con el sistema de concesión: habrá que pagar el coste de las inversiones y la operación se incluirá dentro del perímetro de endeudamiento, computando déficit (con las consecuencias derivadas de la lógica de la actual regla de estabilidad presupuestaria)[86]. Ello explica porqué, al margen de ideologías, se buscan soluciones de "ingeniería jurídico-financiera" para evitar la aplicación de la RPA como consecuencia de una resolución.

Por ello, el diseño del pliego, con prudencia y realismo, es el mejor instrumento para preservar las reglas de la contratación pública. En esos casos, la RPA, como aseguramiento legal ante riesgos que conduzcan a una resolución, no supone una amenaza a los principios de libre competencia y coadyuva a un escenario de más y mejor concurrencia, en un sector tan estratégico como el de la CPP mediante fórmulas concesionales[87].

86
GONZALEZ-VARAS: (2006, p. 33) recuerda que estos efectos presupuestarios son la clave de esta modalidad contractual dado que a la vez que se le exige eficacia a la Administración se le obliga a prescindir de modelos de endeudamiento público, lo que nos conduce ineludiblemente al fenómeno de la colaboración privada. RUIZ OJEDA: (2006, p. 541) advierte del aparente contrasentido de estar ante infraestructuras que, siendo dominio público, no están en el balance de la Administración titular sino del concesionario que soporta los riesgos.

87
Los fundamentos de la colaboración pública privada (especialmente impulsada por las Instituciones de la Unión Europea) se pueden resumir en: a) las restricciones presupuestarias derivadas del modelo de estabilidad diseñado en Europa, b) consecución de mejor eficacia y eficiencia en la actividad privada al aprovechar de forma dinámica los conocimientos y metodologías del sector privado y c) nuevo papel del Estado en la prestación de servicios actuando como regulador. Resulta de interés la Comunicación de la Comisión de 19 de noviembre de 2009 «Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada» COM(2009) 615 final. Se insiste en que la colaboración público-privada puede contribuir a la recuperación económica y al desarrollo sostenible de la Unión Europea (UE), considerando que, la combinación de capacidades y fondos públicos y privados es esencial en el contexto de la crisis económica. Si bien la Comisión es consciente de las dificultades de desarrollo de los proyectos CPP, puesto que implican importantes recursos financieros, una experiencia y formación específica en el seno del sector público, disposiciones financieras complejas y compromiso a largo plazo por parte de las autoridades. Vid. BRUNETE: (2011, pp. 339-445).

Como explica P. VALCARCEL, este nuevo régimen también puede suponer un importante incentivo para la elaboración de cálculos más rigurosos de las inversiones necesarias en las concesiones[88]. El hecho de que el concesionario ya no tenga garantizada la recuperación en cualquier caso de todas sus inversiones, evitará o al menos dificultará, los ya referidos "elefantes blancos", así como también debería redundar en una gestión más diligente y mejor[89].

En conclusión, con el fin de evitar incertidumbres incompatibles con la idea de atraer inversiones a la ejecución de estas fórmulas contractuales, el pliego de cualquier modelo de colaboración público-privada debería debe incorporar, en la lógica del principio del derecho privado *rebus sic stantibus intellegitur, la regulación ad hoc de la técnica del equilibrio financiero del contrato*[90].

Por último, conviene advertir, que si bien es cierto que el principio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato se inspira en el de abono al contratista de la prestación efectivamente realizada —bajo sanción de un enriquecimiento injusto o sin causa de la entidad contratante—, ese equilibrio juega en ambas direcciones, esto es, tanto si la alteración de las condiciones iniciales perjudica al contratista, como si perjudica a la entidad contratante.

En el fondo, esta obligación de reequilibrio se fundamenta en principios generales del Derecho administrativo como la interdicción del enriquecimiento injusto o sin causa, el derecho a la buena administración, la seguridad jurídica, la buena fe, la protección de la confianza legítima y la responsabilidad administrativa o responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Por ello, desde una interpretación teleológica se puede justificar que existe ruptura del equilibrio contractual, cuando "el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado" (tal y como lo califica el Consejo de Estado, entre otros, en su dictamen de 26 de julio de 2001, número de expediente 1075/2001) con independencia de que "la gravosa onerosidad puede tener un origen vario, bien en decisiones de la propia Administración (*factum principis)*, bien en circunstancias ajenas a ésta, bien en la fuerza mayor", continúa afirmando el Consejo de Estado, lo que debe permitir el reequilibrio de la concesión, en tanto existe un claro efecto

88
Así, parece necesario que existan estudios independientes de prefactibilidad de los distintos proyectos de infraestructuras. Cumplido satisfactoriamente este trámite y con la finalidad de introducir toda la "modernidad" posible de la técnica, todo proyecto deberá, desde una óptica múltiple y contextualizada, contar con la motivación sobre las razones que justifican la propuesta (y las alternativas rechazadas o no valoradas), su urgencia y necesidad y el contexto territorial, ambiental y económico. Y, por supuesto, deberá aportarse un plan de rentabilidad y viabilidad financiera. Asimismo, debería exigirse un análisis de sensibilidad y, en su caso, de adaptación de la gestión y explotación, a las variaciones de la demanda o a los cambios legislativos previstos en materia de transporte, medio ambiente u otros y la aplicación de método de análisis de la accidentalidad de la infraestructura, que permita cuantificar el nivel de riesgo de vidas humanas, especies protegidas y daños irreversibles en el medio ambiente. Una correcta planificación evitará riesgos sobrevenidos.

89
P. VALCARCEL: (2018, p.59).

90
VILLAR EZCURRA: (2004, pp. 525 y ss).

perturbador sobre el sistema de retribución y reparto de riesgos, no previsto ni previsible, ajeno a la diligencia empresarial del concesionario, tanto en el momento de formular su oferta como de la forma de gestión del modelo concesional, que pone en serio peligro la economía del contrato en los términos pactados[91]. En el mismo sentido, de acuerdo con el Consejo Consultivo de Aragón, para la aplicación de la obligación de reequilibrio «*debe existir una desproporción objetiva y evidente, además de extraordinaria y no justificada*» (Dictamen del Consejo Consultivo de Aragón, núm. 52/2013, de 30 de abril de 2013).

En este sentido, la STS de 14 de julio de 2010 (recurso de casación núm. 21/2008, Ar. RJ 2010\6245) ha admitido la técnica del reequilibrio cuando existe un desequilibrio financiero suficientemente importante y significativo –incidencia que se debe examinar desde la globalidad del contrato–, que no pueda entenderse comprendido en la estipulación general de asunción por el contratista del riesgo y ventura que está implícita en toda contratación de obra pública[92].

En todo caso, debe tenerse muy en cuenta los criterios que a tal efecto vaya acordando EUROSTAT, sobre tratamiento en las cuentas nacionales de la Asociaciones Público-Privadas, en la que se contiene la interpretación auténtica de la Comisión Europea, a través de su oficina estadística, para determinar en este tipo de relaciones dónde deben computarse los activos sobre los que se prestan los servicios y la financiación precisa para construirlos y mantenerlos, si en las cuentas de la Administración cuyas necesidades se cubren con el contrato o en las del contratista o socio privado.

La RPA funciona, pues, como un sistema legal de aseguramiento de riesgos, con la intención de favorecer las inversiones en los modelos concesionales y reducir la TIR. Permite, a priori, ajustar estos contratos al principio de mayor eficiencia en tanto puede favorecer mayor número de ofertas y mejor rentabilidad. Obviamente la RPA no debe servir para "corregir" la exposición al riesgo operacional de la oferta presentada (lo que quebraría los principios de transparencia e igualdad de trato inherentes a toda licitación pública)[93].

Así, resulta muy conveniente que los aspectos económicos-financieros de los pliegos de la licitación se ajusten a la realidad y complejidad de la prestación,

91
No puede ser utilizado, en consecuencia, a modo de seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa, como señalan J.A. FUENTEAJA PASTOR: (2004, p. 187).

92
Conviene recordar, que si bien es cierto que el principio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato se inspira en el de abono al contratista de la prestación efectivamente realizada —bajo sanción de un enriquecimiento injusto o sin causa de la entidad contratante—, ese equilibrio juega en ambas direcciones, esto es, tanto si la alteración de las condiciones iniciales perjudica al contratista, como si perjudica a la entidad contratante

93
Me remito a GIMENO FELIU: (2014ª, pp. 27-80).

pues una inadecuada planificación financiera implica una mayor exposición al fracaso de la concesión, lo que perjudica no solo a la empresa concesionaria, sino también a la propia Administración concedente. No solo porque pueda generar responsabilidad (aunque no sean supuestos frecuentes, sí pueden localizarse casos en los que se ha declarado judicialmente la responsabilidad patrimonial de la Administración por suministrar datos erróneos a un particular, existiendo un deber de información. Sería el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2004 (Ar. RJ 2005, 5588), relativa a la construcción de una pasarela peatonal sobre una autovía, realizada por el Ministerio de Fomento. Esa construcción dejaba sin visibilidad e impedía de facto la construcción de una nave destinada a la exposición y venta de automóviles en un solar que había sido adquirido con esa finalidad. La ejecución se hizo sin proyecto previo, lo que provocó que la futura construcción no se reflejase en la información urbanística solicitada en su momento al Ayuntamiento por el adquirente y generó la responsabilidad patrimonial del Ministerio), sino, sobre todo, porque entonces se produce un impacto financiero y presupuestario que se pretendió evitar con el sistema de concesión: habrá que pagar el coste de las inversiones y la operación se incluirá dentro del perímetro de endeudamiento, computando déficit (con las consecuencias derivadas de la lógica de la actual regla de estabilidad presupuestaria).

Ello explica porque, al margen de ideologías, se buscan soluciones de "ingeniería jurídico-financiera" para evitar la aplicación de la RPA como consecuencia de una resolución. Por ello, el diseño del pliego, con prudencia y realismo, es el mejor instrumento para preservar las reglas de la contratación pública. En esos casos, la RPA, como aseguramiento legal ante riesgos que conduzcan a una resolución, no supone una amenaza a los principios de libre competencia y coadyuva a un escenario de más y mejor concurrencia, en un sector tan estratégico como el de la CPP mediante fórmulas concesionales.

Por último, insistir en que la técnica del equilibrio financiero del contrato no deberá ser utilizada cuando el problema tenga su causa en el estudio económico de viabilidad, que en muchos casos no existe, y que es el que presenta el contratista a licitación. Esta cuestión es clave, por cuanto al no existir estudio de viabilidad la administración desconoce los costes de explotación, las inversiones que debe realizar el contratista, y otros factores necesarios para determinar, en su momento, si la explotación del servicio es rentable o deficiente pese a los esfuerzos del contratista. Pero ello no justifica la alteración o modificación del pliego, en tanto la debida diligencia debida en estos procedimientos, y los principios de eficacia y eficiencia, son límites insoslayables en la ejecución de estos contratos, que, por lo demás, se encuentran sometidos a las normas contables de SEC 2010, con efectos, por tanto, sobre los datos de endeudamiento y déficit que podrían derivar de un "re-equilibrio financiero" no debido.

IV.
Conclusiones

La opción europea por la CPP como elemento que permita vertebración social e impulso a un mejor crecimiento económico (muy especialmente en sectores sensibles), resulta evidente. El carácter complementario de esta colaboración público-privado ha permitido con mucha frecuencia preservar los estándares de calidad y equidad social en numerosos servicios de interés público relevante. Por ello, es conveniente analizar las oportunidades que esta CPP ofrece para prestar servicios públicos de calidad[94]. Lo que exige repensar la arquitectura de la ejecución de estas fórmulas que deben preservar el nuevo paradigma de la gobernanza pública con el fin de favorecer el nivel óptimo de gestión. Por otra parte, como ya se había advertido, si lo que se pretende es una nueva "moral pública" para evitar la "precarización de condiciones laborales" en las concesiones, o evitar falta de información de costes, la mejor opción es la "reformulación" jurídica de la relación concesional en la fase de ejecución (por ejemplo, forma de pago de las facturas, supuestos de reequilibrio, exigencias de estabilidad de plantilla o de un mínimo de retribución, prerrogativas de inspección, o inclusión de penalidades, entre otras)[95].

En todo caso, conviene recordar que para que técnicamente estemos en presencia de CPP de alcance concesional debe justificarse la existencia del riesgo operacional (lo que no implica traspasar todo el riesgo, pero tampoco reconducirlo a la mera idea de riesgo y ventura) como elemento para delimitar concesión de contrato. El riesgo será el elemento esencial en toda fórmula de CPP. Y este riesgo transferido, con la TIR propuesta, son elementos *sine qua non* para determinar el plazo de la concesión (como plazo ordinario, se fija el de cinco años que exige la Directiva de concesiones). Obviamente, resulta evidente que la correcta distribución de riesgos condiciona el funcionamiento práctico del mercado concesional. Ahora bien, como advierte P. VALCARCEL, no se oculta que una correcta identificación de los riesgos y su certero reparto entre las partes vinculadas a este tipo de concesiones es una cuestión compleja que presenta un componente más de naturaleza económico-técnica que estrictamente jurídica y cuya concreción exige realizar rigurosos y completos estudios de viabilidad en los que se ponderen una pluralidad amplia de factores de muy diversa índole, de entre los que sobresalen los aspectos económico-financieros[96].

94
Sobre la importancia de la calidad en la contratación pública me remito a B. PALACIN SAENZ, "la calidad como herramienta para conseguir un modelo eficiente de gestión pública, socialmente responsable", en libro col. Calidad, transparencia y ética pública, INAP, Madrid, 2018, pp. 29-88.

95
CAAMAÑO,F., J.M. GIMENO, G. QUINTEROS: (2017; p. 128).

96
VALCARCEL: (2018, pp. 52-61). La asignación al sector privado de un nivel de riesgo escaso puede contribuir a que se apueste por la realización de proyectos con poca o nula rentabilidad social, los conocidos como "elefantes blancos". GANUZA FERNÁNDEZ, J.J. y F. GÓMEZ AVILÉS-CASCO: (2015, pp. 111-115), advierten que los proyectos públicos innecesarios y faraónicos, que lamentablemente la experiencia ha evidenciado demasiado frecuentes, reciben el nombre de "elefantes blancos" porque "antiguamente, los reyes de Siam, cuando no tenían demasiado aprecio por un súbdito le regalaban un elefante blanco. Como los elefantes blancos eran sagrados en la antigua Tailandia, el regalo no se podía rechazar y el súbdito estaba obligado a alimentar al elefante blanco y permitir que el pueblo acudiese a venerarle, lo que muchas veces terminaba arruinando al presunto beneficiario del favor real".

La nueva cultura de la gobernanza pública obliga a revisar el modelo de CPP y que, en muchas ocasiones están relacionadas con un incorrecto control por parte de la Administración de los contratos existentes y con la redacción de pliegos muy "formales", que no han puesto atención en la correcta ejecución del contrato ni en cierta "sensibilidad" social de los mismos[97]. Así, la principal estrategia para liderar una nueva cultura de gobernanza en las colaboraciones público-privadas pasa necesariamente por la redacción de un pliego de licitación bien pensado, que regule con precisión las posibles incidencias de su ejecución y que, sobre todo, "incentive" al correcto cumplimiento y cumpla con los derechos sociales[98]. El pliego, como *lex contractus*, es la pieza esencial de la arquitectura de una concesión contractual. Pliego que regulará obligaciones y derechos de las partes, fórmulas de reequilibrio de lo pactado, herramientas de calidad de la prestación, mecanismos de penalización contractual, posibilidad de arbitraje, etc. Pero , sobre todo, es indispensable un correcto ejercicio de las facultades de supervisión y vigilancia del poder adjudicador, pues como advierte el profesor S. MUÑOZ MACHADO, la Administración en modo alguno puede abstraerse del ejercicio de estas facultades para dejar en las manos del contratista el cumplimiento, pues se pone en riesgo el interés público[99].

Y, por supuesto, en aras a la necesaria seguridad jurídica como principio esencial en toda colaboración público-privada debe quedar claro el modelo de reequilibrio financiero ante acontecimientos imprevisibles sobrevenidos que afectan a la economía de la concesión.

Interesa destacar que el objetivo de liderazgo de gobernanza en la colaboración público-privada aconseja su reformulación, con especial atención a la fase de ejecución y cumplimiento, en un contexto de crecimiento sostenible, que integre lo social, ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva. Lo que exige, además de la necesaria convicción, planificación, una verdadera estrategia de objetivos realizables a medio y largo plazo (frente a la improvisación) y una visión no meramente "numérica e insensible" sobre los resultados. Como bien advirtió la Abogado General J. KOKOTT en el asunto C-368/10, que tiene por objeto un recurso por incumplimiento donde se analizan criterios de sostenibilidad de las

97
Como señala FRACHIA: (2017, pp. 94-95), ante los casos de "egoísmo del mercado", lo que las Administraciones deben hacer es introducir obligaciones de servicio público. Este autor nos recuerda como en el dilema ente gestión pública y externalización el Consejo de Estado italiano (Dictamen 1075/2016, de 6 de abril) en la elección de la modalidad de gestión del servicio se decanta a favor del mercado.

98
SALA SANCHEZ: (2014, pp. 11-122).

99
MUÑOZ MACHADO: (2018, pp. 171-172).

compras y de responsabilidad social corporativa, *"Aunque el sabor del azúcar, en sentido estricto, no es diferente en función de si ha sido adquirido de forma justa o injusta, un producto que ha llegado al mercado en condiciones injustas deja un regusto más amargo en el paladar de los clientes conscientes de la responsabilidad social"*[100]. Educar el paladar de instituciones públicas y privadas y de los ciudadanos, para que pongan en valor la sostenibilidad social, es el gran reto para poder consolidar un Estado de Derecho que puede enarbolar como principal bandera la de la justicia social, que, como recuerda Naciones Unidas, es *el núcleo de nuestra misión global para promover el desarrollo y la dignidad humana*[101]. Así, cualquier fórmula de colaboración pública privada debe ser contextualizada desde esta óptica.

Por último, la calidad de la prestación, la visión de cómo se satisface el interés público, debe ser también factor determinante para decidir las fórmulas de gestión de los servicios y la intensidad de colaboración pública privada. En todo caso, conviene insistir en que el debate sobre la forma de prestación de los servicios públicos, en sentido estricto, debe pivotar sobre la esencia de la propia idea y función del servicio público, es decir, la regularidad, continuidad y neutralidad en la prestación, garantizando la mejor calidad del servicio a los ciudadanos. No interesa tanto que sea gestión directa o indirecta como la mejor prestación (también en parámetros de eficiencia) de la actividad. Es decir, debe prevalecer la idea del nivel óptimo de gestión. El alcance sobre las fórmulas de CPPs y su función en la consecución del interés público, más allá de las personales posiciones ideológicas, exige una respuesta en clave jurídica, que concilie de forma adecuada los distintos principios e intereses en juego, y que preserve, en su decisión final, la esencia del derecho a una buena administración (claramente vinculado a los estándares de calidad). Hay que evitar el maniqueísmo sobre quien presta mejor el interés general y, para ello, hay que garantizar el equilibrio entre lo público y lo privado y preservar, por supuesto, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en inversiones de larga duración, que no son contrarios, sino complementarios, con los de control de la prestación y de adecuada regulación de los servicios públicos, de los que nunca podrá abdicar una Administración diligente (no se trata en definitiva tanto del quién, como del cómo, en la mejor satisfacción del interés público).

100
STJUE de 1o de mayo de 2012, Comisión/Países Bajos.

101
Y, para ello, tenemos como marco de referencia la importante Agenda 2030 para el desarrollo sostenible aprobada por Naciones Unidas en 2015 (en vigor desde el 1 de enero de 2016), que contempla 17 Objetivos con 169 metas de carácter integrado e indivisible que abarcan las esferas económica, social y ambiental (son una estrategia de futuro sumamente ambiciosa y transformativa). Agenda que se propone, entre otros objetivos, el de un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible como algo esencial para lograr la prosperidad. Asimismo, la Agenda aborda los factores que generan violencia, inseguridad e injusticias, como las desigualdades, la corrupción, la mala gobernanza, entre otras.

Frente a todo lo expuesto, algunos argumentarán que la práctica hace imposible una reflexión de este calado y que la calidad, como regla, complica la gestión y control de la prestación contratada. Pero es que no valen como razón las inercias, ni la falta de tiempo, ni las comodidades o ventajas de hacer lo mismo. La contratación pública y su nuevo eje de la calidad exige reflexionar también sobre la organización y la adecuada profesionalización.

En relación a la organización, la cultura de la calidad obliga a repensar el modelo, desde una estructura de colaboración institucional, que ponga el acento en las experiencias de *benchmarking* al desarrollar modelos de colaboración público-privada.

Por otra parte, la implantación de la nueva cultura de la contratación pública pasa necesariamente por una estrategia de profesionalización de la contratación pública y de la gestión de la colaboración público-privada (es en estos momentos una de las claves de la nueva gobernanza de la contratación pública impulsada desde la UE)[102]. Idea en la que insiste la Unión Europea y que queda muy diluida en la Ley de Contratos del Sector Público.

Esta profesionalización refiere, en primer lugar, a la formación y preparación de todos los sujetos implicados en la contratación para conseguir una mejor capacitación. Solo así se puede conseguir una nueva actitud de los gestores que permita abandonar una posición "pasiva" que permita "actuar" en el mercado con una visión de sus funciones que se alejan de lo burocrático e incluyen la planificación estratégica y la gestión de proyectos y riesgos (lo que exige cambios en la organización y prospectiva de actuación)[103]. Y, por supuesto, aprender de experiencias de otras administraciones: de ahí la importancia del valor añadido del sistema de formación permanente como elemento ineludible en una estrategia de contratación pública cimentada sobre la ecuación *value for money*. Profesionalización exigible al socio privado, como coadyuvante del interés público, para lo que parece conveniente exigir como condición para celebrar una concesión, la existencia de un sistema de *compliance* y de una nueva cultura de rendición de cuentas de su actividad a los ciudadanos.

102
La opción de la Unión Europea sobre esta política de profesionalización de la contratación pública queda muy bien reflejada en la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión, de 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública - Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública. (BOE de 7 de octubre). En esta importante Recomendación se recuerda que los Estados miembros deben elaborar y aplicar estrategias de profesionalización a largo plazo para la contratación pública, adaptadas a sus necesidades, recursos y estructura administrativa, de manera autónomas o como parte de políticas más amplias de profesionalización de la administración pública. El objetivo es atraer, desarrollar y retener competencias, centrarse en el rendimiento y los resultados estratégicos y aprovechar al máximo las herramientas y técnicas disponibles. Para ello se insta a los Estados a elaborar programas adecuados de formación.

103
Idea que se desarrolla también en la Recomendación del Consejo OCDE sobre contratación pública [C (2015)2].

La calidad es, por tanto, el nuevo eje transversal sobre el que diseñar una estrategia correcta de contratación pública, de cuyo éxito depende el liderazgo institucional de nuestros poderes públicos y, por extensión, de cualquier fórmula de colaboración público-privada. Y, en ese contexto, la Ley de Contratos del Sector Público abre un nuevo escenario que ha de permitir superar las inercias tradicionales de "no cambiar nada", para hacer de la contratación pública y de la colaboración público-privada una herramienta de implementación de políticas públicas. Frente a la burocracia, estrategia. Frente a la opacidad, transparencia e integridad. Y frente a la visión estrictamente economicista que vincula al contrato con la idea de gasto, valorización de la calidad, como principio irrenunciable en la correcta satisfacción de la necesidad pública que se cumple con el contrato público, pues sin adecuada calidad no hay efectiva concurrencia ni eficiencia ni se cumple con el derecho fundamental de la buena administración. La máxima de la mejor tensión competitiva para seleccionar la mejor oferta exige que la calidad sea un paradigma irrenunciable.

Es momento de consolidar un nuevo modelo de liderazgo institucional en la colaboración público-privada que ponga en valor la calidad (junto con la transparencia y la integridad), para dinamizar, desde la contratación pública, un modelo económico y de gestión pública "inteligente", más eficiente y más responsable[104]. En ello está la mejor satisfacción de los servicios públicos que reciben nuestros ciudadanos y que debe garantizar toda Administración Pública.

104
Lo explican GARCÍA SANTANA y coautores, en el estudio Growing like Spain. http://www.garciasantana.eu/Home_files/mis_mar_2015-v20.pdf. Idea en la que se insiste en el informe de Ernst & Young, La crisis del sistema de contratación pública de infraestructuras en España. Razones para el cambio y 25 propuestas de actuación (mayo de 2017), que tiene como objetivo promover un entorno jurídico estable y adecuado en la materia. El informe, identifica los problemas actuales de la contratación pública y advierte que la falta de transparencia y la corrupción están paralizando la inversión pública y dificultando la reactivación económica.

Bibliografía

ARGUDO GONZALEZ, J., (2011): "El tiempo en las concesiones de servicio público. Continuidad en la prestación del servicio y *potestas variandi* versus libre concurrencia", Revista General Derecho Administrativo núm. 26.

ARIMANY LAMOGLIA, E., (2011): "El equilibrio económico financiero de la concesión de obra pública: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Autopista Madrid-Toledo, AP-41", Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada / Extraordinario-2011.

ARIÑO ORTIZ, G., (1968): *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos, ENAP, Alcalá de Henares.*

BASSOLS COMA, M. (1995): "Evolución de la legislación sobre contratación administrativa", en PENDAS B. (coord..), *Derecho de los contratos público*s, Práxis, Madrid.

BERNAL BLAY, M.A. (2011): *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas "paraconcesionales",* Civitas, Cizur Menor.

BRUNETE DE LA LLAVE, M.T (2009): *Los contratos de CPP en la LCSP*, La Ley, Madrid.

BRUNETE, M.T., (2011): *"Colaboración público-privada: presente y futuro",* en libro col. *Observatorio de Contratos Públicos 2010,* Civitas, Cizur Menor.

CAAMAÑO, F., (2017): Prologo en libro colectivo *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego,* Ed. Profit, Barcelona.

CALATAYUD PRATS, I., (2017): "Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista de las concesiones de obra y servicio público: la liquidación del contrato (RPA) y la indemnización de daños y perjuicios", Revista General de Derecho Administrativo (Iustel), núm. 44.

CASARES MARCOS, A.B., (2018): "Función de las cláusulas sociales en relación con la prestación contractual: la definición del objeto contractual y su introducción como condición especial de ejecución", en libro colectivo *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Aranzadi.

ESTEVE PARDO, J. (2015a): "La Administración garante. Una aproximación", *Revista de Administración Pública,* núm. 197, pp. 11-39.

ESTEVE PARDO, J. (2015b): *Estado garante. Idea y realidad*. Innap Investiga, Madrid.

ESTEVE PARDO, J. (2017): "Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios", RAP núm. 202.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., (2017): "En torno a la controvertida compatibilidad del concepto de concesión con la responsabilidad patrimonial de la Administración en caso de resolución", en *Ius Publicum. Network Review Issue* n. 2, (www.ius-publicum.com)

FERNANDEZ, T.R. (2010): "León Duguit en España y en español", Revista de Administración Pública, núm. 183.

FERNANDEZ, T.R. (2016): "Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio general en gestación", RAP núm. 200.

FRACCHIA, F. (2008): "Concessione amministrativa", A. FALZEA, P. GROSSI, E. CHELI Y R. COSTI *Annali I. Enciclopedia del diritto*, Editorial Giuffrè Editore,

FRACHIA, F. (2017): "Público y privado en la gestión de los servicios públicos locales: entre externalización y municipalización", en libro col. *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión.* Iustel/Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid.

FUENTEAJA PASTOR, J.A. (2004): "Riesgo y ventura en la concesión de obra pública", Revista de Derecho de la Unión Europea, núm. 7.

FUERTES, M. (2013): "Los riesgos del riesgo de explotación", en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi,

GANUZA FERNÁNDEZ, J. J. y F. GÓMEZ AVILÉS-CASCO (2015): "El reparto óptimo de riesgos en las relaciones público-privadas", en *Economía industrial* núm. 398.

GARCIA DE ENTERRIA, E. (1950): "Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 2.

GARCÍA MACHO, R. (2010): Presentación del libro, *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid.

GARCÍA SANTANA y coautores, en el estudio *Growing like Spain. http://www.garciasantana.eu/Home_files/mis_mar_2015-v20.pdf.*

GIMENO FELIU, J.M. (2006). *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas.

GIMENO FELIU, J.M. (2010): "Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9.

GIMENO FELIU, J.M. (2013): "Las nuevas directivas (cuarta generación) en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 159.

GIMENO FELIU, J.M. (2014a): "Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos", en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2013,* Aranzadi, Cizur Menor.

GIMENO FELIU, J.M. (2014b): *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor.

GIMENO FELIU, J.M. (2015): "Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS? (Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública)", *Revista Derecho y Salud*, Vol. 26, núm. 2 de 2015.

GIMENO FELIU, J.M. (2016a): "Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública", número monográfico de la revista *Presupuesto y Gasto Público sobre Calidad institucional, transparencia y buen gobierno*, núm. 82.

GIMENO FELIU, J.M. (2016b): "Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario", Revista *el Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núms. 58/59, 2016, pp. 50-71.

GIMENO FELIU, J.M. (2017a): "La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo", *Cuadernos Derecho Local* núm. 43,

GIMENO FELIU, J.M. (2017b): "Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites", *Anuario Gobierno Local* núm. 20.

GIMENO FELIU, J.M. (2018a): "La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente", libro col. *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*", en libro col. *Service concessions in the EU*, Aranzadi, Cizur Menor.

GIMENO FELIU, J.M. (2018b): "El nuevo modelo concesional: hacia el necesario equilibrio entre lo público y lo privado. Las novedades de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 74.

GIMENO FELIU, J.M. (2018c): "La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales" *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 52

GIMENO FELIU, J.M., P. SALA SÁNCHEZ, y G. QUINTERO OLIVARES, (2017c): *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*, Cambra de Comerç de Barcelona, Barcelona.

GIMENO FELIU, J.M. y PEIRO BAQUEDANO, A.I (2018): "Public-private partneship and its role as a warrant of the public interest", en libro col. *Aranzadi.*

GOMÁ, J., *Ejemplaridad pública*, Taurus.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2009): "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito público: ¿hacia los compliance programas "anti-corrupción" como exigencias legales de contratación pública", en GARCES SANAGUSTIN, M. y PALOMAR OLMEDA, A. (2013): *La Gestión de los Fondos Públicos: Control y Responsabilidades*, Aranzadi, Cizur Menor.

GONZALEZ VARAS, S. (2006): "Nuevos desarrollos de la idea de colaboración privada empresarial en el ejercicio de funciones públicas", *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 45,

HAURIOU, M. (1933): "L´imprevision el les contrats dominés par des institution sociales", en *Cahiers de la Nouvelle Journée*, vol. 23.

HERNANDEZ CORCHETE, J.A. (2018): "Prerrogativas, derechos y obligaciones en la ejecución de los contratos administrativos", en el *Tratado de Contratos del Sector Público (Dirs. E. Gamero Casado e I. Gallego Córcoles.), Tirant lo Blanch, Valencia.*

HERNANDEZ, F., (2018a): "Delimitación de los contratos públicos de servicios y de concesión de servicios", el libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor.

HERNANDEZ, *F.*, (2018b): *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, Aranzadi.

HERNANDO RYDINGS, M. (2012): *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, Cizur Menor.

HORGUE BAENA, C. (1997): *La modificación del contrato administrativo de obras*, Marcial Pons, Madrid.

HUERGO LORAS, A. (2017): "El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público", *Documentación Administrativa* núm. 4, nueva época.

HUERGO LORAS, A. (2018): "Skin in the game: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 74, 2018.

JOURDAN, P. (1987): "La formation du concept de service public", *Revue Droit Public* núm. 1 de 1987.

LAGUNA DE PAZ, J.C. (2017): "Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos", *Revista de Administración Públic*a, 204.

LAVILLA, J.J. (2018): "Régimen jurídico de la concesión de obras", el libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor.

LAZO VITORIA, X. (2013): "El futuro del mercado concesional en Europa" *REVISTA CEFLEGAL. CEF*, núm. 154.

LAZO, X. (2018): "El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión", el libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor.

MACHO PEREZ, A.B., y E. MARCO PEÑAS, (2014): "El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT", *RAP* núm. 194.

MALARET, E. (2016): "El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia", *Revista digital de Derecho Administrativo*, nº 15, primer semestre/2016.

MALEM SEÑA, L. (2002): *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Ed. Gedisa.

MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L. (2017): "Sentido y alcance de la transposición de las directivas de la Unión Europea (análisis particular en materia de contratación pública)", *RAP* núm.202.

MATTARELLA, B.G. (2007): *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione, Il Mulin,* Bologna.

MESTRE DELGADO, J.F. (2003): "Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental", *REALA* núm. 291.

MESTRE DELGADO, J.F. (2018): "Las principales novedades de la ley de contratos del sector público", en *La Ley de contratos del sector público. Ley 9/2017,* de 8 de noviembre*. Aspectos novedosos.* Edit. Tirant lo Blanch, Valencia.

MIGUEZ MACHO, L. (2014): "Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público", en FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor.

MORENO MOLINA, J.A (2009): "Crisis económica y contratos públicos: el Real Decreto Ley 9/2008 por el que se crean un fondo estatal de inversión local y un fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y del empleo", *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 83.

MORENO MOLINA, J.A. (2012): "El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación" en el *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson, Pamplona, Tomo II.

MORENO MOLINA, J. A (2013): "La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos", en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor.

MORENO MOLINA, J.A. y P. DOMÍNGUEZ ALONSO, (2014) "El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública", en la obra colectiva *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor.

MUÑOZ MACHADO., S. (2018): Contratos del Sector Público, Tomo XIII del Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, 2 Ed., BOE, Madrid.

NOGUERA DE LA MUELA, B. (2012): "La colaboración público-privada en las obras hidráulicas", en libro col. *Tributos, aguas e infraestructuras*, ed. Atelier, Barcelona.

NOGUERA DE LA MUELA, B., (2015): "La transparencia en la contratación pública: entre las reglas europeas y el ordenamiento jurídico español", en libro homenaje al profesor L. Cosculluela, *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas*, Iustel, Madrid.

ORDOÑEZ SOLIS, D., (2002): *La Contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor.

PALOMAR OLMEDA, A. (2011): *Colaboración público-privada: análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad contractual*, Aranzadi, Cizur Menor.

ORTEGA ALVAREZ, L. (2009): "El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local", *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 3.

PEÑA OCHOA, A. (2018): "Valor estimado, presupuesto y precio en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017", *libro col. Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público"*, Aranzadi, Cizur Menor.

PONCE, J. (2016) "Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones", *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 40.

PORTER, M. (con E. Teisberg), (2006): *Redefining Health Care: Creating Value-based Competition on Results*, ed. Harvard Business Scholl Press.

PORTER, M. (junto con Thomas H LEE) (2013): "The strategy that will fix health Care", *HBR*, octubre 2013.

QUERALT, J.J. (2016): "Public compliance y corrupción: análisis conceptual y propuestas", *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, núm. 2.

RAZQUIN, M.M. (2015): "Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España", *RAP* núm. 196.

RUIZ DAMIEL, M. (2018): "El responsable del contrato en la nueva Ley de Contratos del Sector Público", obcp.es (18 de junio de 2018).

RUIZ DE CASTAÑEDA, A. y M.A. BERNAL BLAY (2011): "La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes", en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor.

RUIZ OJEDA, A. (2006): *La concesión de obra pública*, Civitas, Madrid.

SALA SANCHEZ, P. (2014): "La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica", *Revista española de control externo*, Vol. 16, núm. 46, 2014.

SANMARTIN MORA, A. (2012): "La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea", libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas.

SANTAMARIA PASTOR, J. (2016): "Contratos del sector público y derecho de la Unión", *RAP* núm. 200, 2016.

MEDINA ARNAIZ, T. (2011): "Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea", en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Cizur Menor.

MEDINA ARNÁIZ, T. (2013): "Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad", *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global,* núm. 121.

TORNOS MAS, J. (2018): "El contrato de concesión de servicios", el libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2012): "Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos", *Observatorio de contratos públicos 2011*, (Dir. José María Gimeno Feliú), Civitas, Cizur Menor (Navarra).

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2014):"Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública", en el libro: *Por el Derecho y la libertad*, Vol. II, Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor, Iustel, Madrid.

VALCARCEL, P. (2018): "Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 74.

VANDELLI, L. (2009): *Etica pubblica e buona amministrazione: quale ruolo per i controlli?*, ed. FrancoAngeli, Milano.

VAQUER CABALLERIA, M. (2011): "El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, 186.

VELASCO CABALLERO, F. (2011): "La planta local de España: Criterios para la toma de decisiones", *La Organización Local. Nuevos Modelos,* José María GIMENO (coord.), Civitas-Aranzadi, Cizur Menor.

VILLAR EZCURRA, J.L. (2004): "El principio de riesgo y ventura", en libro colectivo (dirigido por Rafael Gómez-Ferrer Morant) *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Madrid.

Capítulo II

La opción por el modo de gestión de los servicios públicos. El caso del servicio de suministro de agua a poblaciones

Cambra de Comerç de Barcelona

Resumen

La prestación de servicios públicos a los ciudadanos es una función esencial de las administraciones públicas. Para ello pueden acudir a la colaboración con el sector privado, atribuyendo la prestación del servicio a una empresa privada mediante un contrato público de concesión de servicio o de servicio. La adjudicación del contrato y su gestión son dos procesos regidos por el derecho que también deben analizarse desde la perspectiva de la gobernanza pública, entendiendo por tal la introducción de criterios de eficacia, calidad y buen gobierno en la toma de las decisiones públicas. Pero antes de la adjudicación del contrato se debe tomar otra decisión pública de singular relevancia, precisamente la decisión sobre la opción del modo de prestar el servicio, y en concreto sobre la opción a favor del recurso a la colaboración público-privada en lugar de acudir a la prestación directa del servicio por la propia administración. En la actualidad existe un renovado e intenso debate sobre esta cuestión. En el presente trabajo, a partir de una serie de precisiones conceptuales sobre el objeto de discusión, se exponen los criterios que, desde el planteamiento de una buena gobernanza pública, deberían tenerse en cuenta para tomar la mejor decisión posible. El estudio se centra en un servicio público concreto, el de suministro de agua a las poblaciones.

PALABRAS CLAVE

Prestación servicio público
Modo de gestión
Gestión directa
Gestión indirecta
Suministro de agua
Principios de gobernanza

I.
Marco conceptual de referencia. La colaboración público-privada

El examen de la opción por el modo de gestión de un servicio público requiere unas precisiones conceptuales previas en relación a los conceptos de Colaboración Público-Privada (CPP) y servicio público, ya que solo sobe un marco conceptual claro y preciso se puede articular una discusión fructífera.

El objeto del debate es el modo de gestión de los servicios públicos, esto es, la opción por la gestión directa –por la propia administración o las entidades de capital 100% público que la administración titular del servicio haya podido crear–, o por un ente privado o una empresa de capital mixto– lo que podemos calificar genéricamente de gestión indirecta. Esta segunda opción supone de hecho optar por una forma de CPP.

Utilizaremos un concepto amplio de CPP, que incluye toda forma de colaboración entre la administración y el sector privado para la realización de una obra o la prestación de un servicio. No creemos que el concepto de CPP deba limitarse a los contratos de especial complejidad, como se hizo en el artículo 11 del RDL 3/2011. Precepto desafortunado, que como se ha dicho nadie ha llorado[105] cuando la ley 9/2017 lo ha suprimido.

Frente a este concepto estricto de CPP, vinculado de hecho a la realización de obras públicas que requieren una importante financiación, creemos que la CPP puede identificarse con "las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y privadas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio"[106]. De este modo, la CPP incluye las diferentes formas de concesión, de obra o de servicio, figuras que suponen en la actualidad, precisamente, la colaboración del sector público o privado en la realización de una obra o en la prestación de un servicio, corriendo a cargo del concesionario el riesgo operacional de la explotación o de la gestión del servicio[107].

En este trabajo nos interesa únicamente analizar la CPP en la prestación de servicios públicos, y más concretamente en relación a un servicio público concreto, el de suministro de agua a poblaciones, lo que nos obliga a una segunda precisión conceptual, la relativa a lo que debe entenderse por servicio

105
VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2018). Pág. 415.

106
GIMENO FELIU- SALA SÁNCHEZ- QUINTERO OLIVARES. (2017). Pág 33.

107
También cabe incluir en el concepto de CPP la CPP institucional o las de corte patrimonial, vid. GIMENO FELIU- SALA SÁNCHEZ- QUINTERO OLIVARES. (2017). Pág. 37.

público. En términos generales puede afirmarse que en nuestro derecho el concepto de servicio público se identifica mayoritariamente con aquellas actividades prestacionales de interés general cuya titularidad ha sido asumida por la Administración (publicatio), para su prestación de acuerdo con los principios de asequibilidad, igualdad, continuidad y calidad. La asunción de la titularidad puede ser con exclusión o no de la libre iniciativa económica (así, por ejemplo, no existe tal exclusión en los servicios personales o de solidaridad, como sanidad y educación). Junto a estos servicios públicos se pueden reconocer los servicios públicos locales que no son objeto de publicatio, sino ejercicio de una competencia local consistente en la prestación de un servicio de interés general (aparcamientos subterráneos, centros deportivos). Ya fuera del concepto de servicio público se situarían las actividades reglamentadas por razones de interés general. En este caso el mercado garantiza en principio la prestación de la actividad, pero el derecho puede alterar las reglas de la competencia otorgando ventajas o imponiendo obligaciones de servicio público para conseguir que los fines de interés general inherentes a estas actividades (muchas de ellas originariamente auténticos servicios públicos subjetivos, como en el caso del acceso a la luz o el gas) puedan cumplirse.

De acuerdo con nuestro concepto amplio de CPP creemos que la misma existe cuando la administración titular del servicio público, y responsable de garantizar su prestación de acuerdo con los principios de asequibilidad, calidad y continuidad, decide acudir al sector privado para la prestación de este servicio. Obviamente en este caso no se produce la privatización del servicio, que sigue siendo público.

Lo que acaba de señalarse nos lleva a una nueva precisión conceptual. Es necesario señalar que la opción por una forma de gestión indirecta de un servicio puede calificarse de privatización del modo de prestación (privatización formal u organizativa), pero ello no supone que se privatice el servicio, que esta actividad se devuelva al mercado[108].

Cuando se pasa a una forma de gestión indirecta, se está llevando a cabo una "privatización formal", pero eso no significa que se pierda la titularidad del servicio ni que el ente titular del mismo renuncie a la responsabilidad de su prestación. Seguimos con un servicio público, eso sí, gestionado por una empresa privada que actúa bajo el control del ente titular y como colaboradora del mismo. Por otro lado, no debe olvidarse que cuando se "privatiza", en el

108
En este sentido es de especial interés la STC 84/2015 de 30 de abril, que en relación a la decisión de la Comunidad de Madrid de abrir la gestión de servicios sanitarios a la colaboración privada afirma que "la posible apertura a formas de gestión y responsabilidad privada se lleva a cabo preservando en todo caso la titularidad pública del servicio, refiriéndose la norma únicamente a un supuesto de externalización de la gestión del servicio público en determinados hospitales dependientes del servicio madrileño de salud".

sentido de pasar a una gestión indirecta, lo que se está haciendo es introducir la competencia por el mercado en la prestación de este servicio, de modo que las empresas que puedan llevar a cabo esa prestación concurran, a través de un procedimiento selectivo, con publicidad y concurrencia, para llevar a cabo la prestación del servicio. Y a través de esta selección se pueda lograr que preste el servicio quien ha realizado la mejor oferta posible.

Distinto sería privatizar en el sentido pleno de la palabra, o privatización en el sentido material. Esta acepción de privatizar significa que un servicio público, una actividad económica que estaba fuera del mercado, se devuelve al mercado y, por tanto, la Administración deja de ser la titular y deja de ser la responsable de la prestación de este servicio, porque se entiende que el mercado ya garantiza esa actividad[109]. Así, por ejemplo, en el ámbito local español los servicios funerarios dejaron de ser servicio público, y esta actividad económica se devolvió al mercado.

Una vez hechas estas precisiones conceptuales procede avanzar algo más en la delimitación de nuestro objeto de reflexión. Hemos dicho que nos vamos a limitar al análisis de las CPP en los casos de prestación de servicios públicos (en concreto el servicio de suministro de agua a poblaciones), y luego hemos hecho referencia a que en principio esta forma de gestión indirecta del servicio público adopta hoy la forma jurídica de la concesión de servicio. Pues bien, antes de seguir adelante queremos introducir una nueva consideración conceptual previa, aunque no afecte directamente a nuestro estudio. Creemos que el concepto de CPP no debería limitarse a la figura de la concesión de obra y de servicios tal y como hoy se contempla en la ley 9/2017, y debe incluir toda forma de gestión indirecta de un servicio público, lo que también ocurre en el caso de prestación del servicio por empresa privada sin riesgo operacional. Así, por ejemplo, si se presta el servicio público de recogida de basuras sin riesgo operacional, ya que se retribuye al concesionario por la administración sin sujetar esta retribución a variables que puedan conllevar riesgo de demanda, no existirá concesión de servicio, sino contrato de servicios, pero es evidente que también estamos ante un modo de prestación indirecta de servicio. Por esta razón la Ley de contratos del sector público incluyó el artículo 312, en el que se configura un contrato "especial", que es el contrato de servicios cuando la prestación es un servicio público que se presta sin riesgo operacional.[110]

109
Como dijo el profesor MARCOU,G. "los distintos contratos sobre cuya base el sector privado se encarga de la financiación de las inversiones y/o la explotación de obras públicas o servicios públicos, no constituyen, hablando con propiedad, una forma de privatización, sino que se trata más bien de un conjunto de instituciones jurídicas, que tienen como objeto movilizar las inversiones privadas y el savoir faire industrial y técnico del sector privado, con el fin de proveer los equipamientos públicos necesarios para la sociedad y la economía". En MARCOU, G. (2004). Pág. 20.

110
Vid. Al respecto TORNOS MAS,J. (2018-1). Pág. 1447-1484.

Hechas estas precisiones ya sólo nos resta decir que en el caso del suministro de agua a poblaciones estamos ante un servicio público de titularidad local, que se puede prestar de forma directa o indirecta, en este segundo caso mediante contrato de concesión de servicio o empresa mixta. En principio la opción por la gestión indirecta exigiría recurrir a una concesión de servicio, ya que el concesionario asume el riesgo de demanda, en la medida en que cobra por tarifa y sus ingresos dependen del consumo de los particulares.

En nuestro país el Estatuto Municipal de 1924 y el Real Decreto ley de 12 de abril de 1924 ya reconoció la competencia local en el suministro de agua a la población, lo que permitió la "municipalización" de este servicio. En la actualidad la ley de bases de régimen local 7/1985 de 2 de abril establece que es competencia propia de los municipios, que la ejercerán de conformidad con la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, la materia de *"abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales"* (artículo 25,2,c). Por su parte, el artículo 26 dispone que:

1. *Los Municipios deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes: a) En todos los Municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas….*

2. *En los municipios con población inferior a 20.000 habitantes será la Diputación provincial o entidad equivalente la que coordinará la prestación de los siguientes servicios: b) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales".*

La configuración del suministro de agua a poblaciones como un servicio público de titularidad local significa que esta actividad de contenido económico queda fuera del mercado[111], en razón del interés general que está presente en la misma, pues como hemos dicho el bien que se suministra, el agua, es un bien vital para el ser humano. El servicio podrá ser prestado por particulares, pero para ello será preciso que el particular disponga de un título habilitante especial, una concesión de servicio público.

111
En este sentido, el artículo 86,2 de la misma ley de bases de régimen local nos dice que "2. Se declara la reserva en favor de las Entidades Locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios.

La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además del acuerdo de aprobación del pleno de la correspondiente Corporación local, la aprobación por el órgano competente de la Comunidad Autónoma".

También será posible la gestión mixta, público-privada, a través de la creación de una empresa mixta[112].

El hecho de que el suministro de agua a poblaciones se configure legalmente como un servicio público implica que la titularidad del servicio y la responsabilidad de su prestación debe llevarse a cabo de conformidad con las reglas propias del servicio público, esto es, con precio asequible, con continuidad y con calidad. Al ser un servicio público de competencia local, la responsabilidad de prestar el servicio corresponde a los entes municipales.

Pero una vez precisada la titularidad y responsabilidad para la prestación del servicio , las formas a través de las cuales puede llevarse a cabo esta prestación pueden ser diversas, debiendo diferenciarse de modo principal las llamadas formas de prestación directa (por la propia administración titular del servicio o sus entes instrumentales) de las formas indirectas, o por entes privados en base a un título habilitante público, de las formas mixtas, por un ente participado por el sector público y privado. De conformidad con el artículo 85 de la ley de bases de régimen local de 1985, según la redacción del mismo por la ley 27/2013, LRSAL, las formas de prestación de los servicios públicos locales son las siguientes*:*

"Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:

A) Gestión directa:

a) Gestión por la propia Entidad Local.

b) Organismo autónomo local.

c) Entidad pública empresarial local.

d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

112
No obstante, lo que acaba de señalarse debe reconocerse que en España la nueva legislación, la que convirtió todas las aguas en bienes de titularidad pública y calificó la prestación del suministro del agua como un servicio público de titularidad local, ha debido convivir con la legislación y las prácticas anteriores. La creación del servicio público de suministro de agua debió por ello reconocer la existencia de particulares propietarios de aguas o concesiones de dominio público hidráulico otorgadas a estos particulares en virtud de la ley de aguas de 1879. Con el fundamento en autorizaciones otorgadas para canalizar el agua privada, o bien en base a concesiones de dominio público hidráulico, empresas privadas prestaban, y aún hoy siguen prestando, el servicio de suministro de aguas sin tener una concesión de servicio público. En estos casos los municipios que decidan asumir la prestación del servicio de suministro del agua a sus ciudadanos deben proceder a expropiar estas concesiones, o expropiar en su caso las aguas de titularidad privada. Estos procedimientos suponen llevar a cabo la llamada "municipalización" de la actividad, que pasa de este modo a prestarse bajo el régimen propio del servicio público. El procedimiento de municipalización se reguló en la ley de régimen local de 1955.

La situación cambió con la ley de aguas de 1985. A partir de la entrada en vigor de la citada ley ya no hay aguas de propiedad privada, y por otro lado para poder prestar el servicio del suministro de este bien a las poblaciones ya no basta con tener una concesión demanial. Debe existir una concesión municipal de gestión del servicio público. Por tanto, a partir de este momento debe ponerse fin a las situaciones anteriores, y a través de la municipalización del servicio los entes locales deben pasar a asumir la responsabilidad de la prestación efectiva del servicio público de suministro de agua a poblaciones.

Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre".

La referencia que el apartado B) hace al RDL 3/2011 de 14 de noviembre, ley de contratos del sector público, remitía al artículo 277 del citado texto legal, según el cual las formas posibles de gestión indirecta de los servicios públicos son las siguientes: *"a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura. b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato. c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate. d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas"*[113].

En España, por tanto, en la actualidad, el suministro de agua a poblaciones se sustenta en dos principios jurídicos fundamentales. Por un lado, el agua es en todo caso un bien de titularidad pública y, por otro, el suministro de agua a poblaciones es un servicio público de titularidad local de prestación obligatoria. Corresponde al ente titular de la competencia y responsable de la prestación del servicio la decisión sobre el modo de prestar el servicio, para lo que puede optar entre la gestión directa o la indirecta, la CPP.

113
Estas formas de gestión indirecta de servicios quedarán profundamente alteradas por lo dispuesto en la Directiva de concesiones 2014/23/UE y su trasposición al derecho interno en virtud de la ley de contratos del sector público 9/2017 de 8 de noviembre. De conformidad con lo establecido en las Directivas comunitarias, en concreto Directiva 2104/23/UE, el servicio de suministro de aguas está excluido de su aplicación. En el ordenamiento español todo hace pensar que se aplicará la nueva normativa de contratos del sector público a la gestión indirecta del servicio de suministro de agua, la ley 9/2017. Por tanto, la prestación de este servicio se llevará a cabo mediante un contrato de concesión de servicios si existe riesgo operacional, o mediante un contrato de servicios cuyo objeto es un servicio público, si no existe riesgo operacional. También será posible acudir a la forma de empresa mixta de capital mayoritariamente público.

II.
La prestación del servicio de suministro de agua a poblaciones. Principios de gobernanza pública. La determinación del ente responsable del servicio

Expuesto el marco jurídico en el que debe adoptarse la decisión sobre la prestación de un servicio público de titularidad local, como es el suministro de agua a poblaciones, debemos analizar ahora qué criterios deberán tenerse en cuenta para adoptar esta decisión. Y esto nos lleva directamente a la gobernanza pública.

Si por gobernanza, como ya hemos apuntado, entendemos los criterios de eficacia, calidad y buen gobierno que deben regir las decisiones públicas, con el fin de lograr su legitimidad, más allá del mero y en todo caso inexcusable cumplimiento de las normas, nos debemos plantear qué criterios deben regir la toma de una decisión pública importante cómo es la de decidir la forma de prestación del servicio de suministro de agua a poblaciones.

Desde este planteamiento creemos que en este caso se dan dos cuestiones diferentes. Una primera que afecta a las relaciones entre entes públicos, y otra segunda que es la relativa a la relación entre el ente titular del servicio y el ente privado que puede colaborar con la administración (lo que es propiamente la decisión sobre la CPP). Por tanto, aunque la primera cuestión no se sitúe directamente dentro de los problemas de la CPP, nos parece oportuno traer también a colación esta otra cuestión relativa a una decisión previa, esto es, determinar qué ente público es el que debe ser responsable de la prestación de este servicio, pues esta decisión afecta directamente a la buena gestión del servicio.

En el caso del servicio de agua a poblaciones, como hemos visto, nuestra legislación atribuye la competencia, y por tanto la responsabilidad de su prestación, a los municipios. Este hecho plantea, no obstante, algunos problemas importantes desde la perspectiva de la buena gestión del servicio, ya que, si tenemos en cuenta que en España existen más de 8000 municipios, y que la mayoría de ellos no superan los 1000 habitantes, se puede cuestionar que este nivel territorial sea el adecuado para recibir la atribución de esta competencia.

Este problema se ha planteado también en Francia e Italia, países que cuentan también con un mapa local muy fragmentado[114]. Esto ha llevado a tratar de buscar niveles territoriales óptimos, como en el caso de Italia con la creación

114
Vid. Al respecto los estudios sobre Francia e Italia contenidos en el libro TORNOS MAS.J (2018-2). Las crónicas de estos países se deben a JC Nemery y Fabrizio Fracchia.

de los Ámbitos Territoriales Óptimos, ATO, o en Francia con las reformas territoriales en curso, en particular la ley NOTRe que debería aplicarse a partir del primero de enero de 2020, o en el caso de España con las medidas a favor de la agrupación voluntaria de municipios o el potenciamiento del nivel provincial en la LRSAL.

El tamaño del ente local determina su capacidad económica para poder llevar a cabo las inversiones precisas, para poder diseñar en su caso los procesos de selección del contratista privado y su control. Sólo si se cuenta con una función pública local competente se tendrá la capacidad de gestionar directamente el servicio o la capacidad para diseñar los pliegos de condiciones de las concesiones y controlar después la correcta ejecución del contrato, fiscalizando la actuación de la empresa concesionaria (funciones de diseño, planificación, evaluación y control).

Por tanto, importa en primer lugar determinar a quién debe corresponder la decisión sobre el modo de prestación del servicio de suministro de agua. En este sentido vemos como en Francia e Italia se opta por crear niveles territoriales supramunicipales. Esta opción cuenta, no obstante, con una fuerte oposición municipal. En Francia el lobby de los electos municipales ha conseguido retrasar la entrada en vigor de la Ley Notre y limitar sus efectos. Frente a los principios de eficacia y eficiencia en la actividad prestacional de las administraciones se sitúa el principio de autonomía local, y se reivindica que el suministro de agua a poblaciones ha sido siempre un servicio local y que es una de las señas de identidad del municipalismo. En el juicio de ponderación entre estos principios, la fuerza sentimental de la autonomía local suele imponerse a la fría racionalidad de la eficacia de los servicios. Por ello, la solución se puede tratar de alcanzar a través de fórmulas voluntarias de colaboración supramunicipal, fomentadas en su caso desde las administraciones territoriales superiores (mancomunidades, consorcios), abandonando la creación de niveles territoriales impuestos para la prestación del servicio de suministro de agua. De este modo se logra un ámbito prestacional más racional y eficiente, sin que los municipios pierdan su presencia en el gobierno de este servicio.

Pero más allá de las soluciones de asociación voluntaria de los entes locales también se puede recurrir a una asignación forzosa de la competencia a entes territoriales supramunicipales. En Cataluña tenemos el ejemplo del Área Metropolitana de Barcelona a la que se atribuyen las competencias sobre la gestión del ciclo integral del agua buscando el nivel más eficiente de prestación de los servicios. La gestión integral de los servicios del agua es consecuencia natural de la unidad del ciclo hidrológico que caracteriza a las aguas continentales. La separación entre el servicio de suministro domiciliario del agua potable, suministro

en baja, y el servicio de evacuación de aguas residuales y pluviales, por medio de un alcantarillado unitario, saneamiento en baja, es artificial. Por esta razón, la ley del Área Metropolitana de Barcelona, ley 31/2010, en su artículo 14, establece que: *"En materia de aguas, sin perjuicio de las competencias de la Administración hidráulica de Cataluña, y de las competencias municipales que no son objeto de regulación por la presente ley, y de conformidad con la planificación aprobada por la Generalidad y el régimen económico-financiero establecido, el Área Metropolitana de Barcelona tiene las siguientes competencias y titularidad de los servicios:*

a) El suministro domiciliario de agua potable o el abastecimiento de agua en baja; la gestión directa o indirecta del agua; la regulación, previa autorización de la Comisión de Precios de Cataluña, de los precios de las tarifas de agua de conformidad con los costes que la prestación del servicio requiere, que comprende la estructura tarifaria y los tratamientos especiales o bonificaciones, y otras funciones que corresponden al ente local titular del servicio.

b) El sistema público de saneamiento en alta y la depuración de aguas residuales, así como la regeneración de dichas aguas para otros usos, sin perjuicio de las competencias de la Agencia Catalana del Agua (ACA) para otorgar los correspondientes títulos habilitantes, concesión y autorización, para la reutilización de las aguas regeneradas.

c) La coordinación de los sistemas municipales de saneamiento en baja y, en particular, la planificación y gestión integrada de la evacuación de aguas pluviales y residuales y de las redes de alcantarillado". Como se constata, la ley específica de este ente territorial supramunicipal tiene asignadas importantes competencias en materia de aguas, lo que se llevó a cabo por razón de su mayor eficacia y eficiencia, teniendo en cuenta la complejidad de este servicio, las fuertes inversiones a realizar en este territorio y el carácter materialmente integrado de los diferentes términos municipales.

Por esta razón, creemos que allí donde se ha logrado imponer la competencia supramunicipal, como es el caso del Área Metropolitana de Barcelona, sería un error tratar de volver a su desmembración, como parece quererse lograr con el referéndum que sobre el modo de gestión del servicio de suministro del agua se pretende llevar a cabo en Barcelona. Consulta que, por otra parte , vulnera los límites legales exigibles a este tipo de consultas, ya que no se puede consultar sobre aquello sobre lo que no se posee competencia o si existen contratos en vigor que se puedan ver afectados (artículos 69,1, 72,3 y 74,3 del Reglamento de Participación ciudadana del Ayuntamiento de Barcelona)[115].

115
Artículo 69, 1 del RPC. Las consultas deben tener como objeto materias de competencia municipal. Artículo 72,3 del RPC. No se pueden formular consultas que se refieran a materias sobre las que se estén ejecutando algún tipo de contratación, en relación a la cual su resultado pudiera producir perjuicios a terceros.

Finalmente, desde esta perspectiva organizativa, debe mencionarse también el debate sobre la posible creación de una Autoridad Garante del servicio del agua, a nivel de Comunidad Autónoma o del Estado, con competencias de regulación (fijar el marco tarifario) y de supervisión (supervisar los procesos de concesión y de gestión directa), y de apoyo a los entes titulares del servicio. En Italia existe una Autoridad Garante (Autoritá per l'energia electrica, il gas e il sistema idrico), y en Francia hay un debate abierto sobre el tema[116].

116
Vid. TORNOS MAS, Director (2018-2). Pág, 353, donde se contienen las referencias a la autoridad garante italiana.

III.
Principios de gobernanza relativos a la relación público-privado

La decisión sobre el modo de prestar el servicio, gestión directa o indirecta, debe fundarse en criterios racionales y objetivos. La cuestión que debe centrar la reflexión previa a la forma de la decisión es la relativa a cómo se puede conseguir una prestación más eficaz y eficiente de este servicio. Lo que importa es analizar cómo debe acometerse la tarea de prestar este servicio en la sociedad actual de forma que se consiga la mayor eficacia y eficiencia posible sin optar apriorísticamente por la supremacía del mercado o la supremacía de la gestión pública. El objetivo final debe ser tratar de identificar las políticas públicas que mejor puedan servir al interés general, atendiendo a las diversas realidades sobre las que proyectar estas políticas. Y plantear este debate al margen de posicionamientos ideológicos previos. Como se ha dicho, la ideología puede tener su papel en la Política (*politics*), pero no debe estar presente en la construcción de políticas públicas concretas (*policy*)[117]. Por tanto, lo que importa analizar es qué nivel administrativo es el que debe detentar la competencia sobre este servicio, qué papel puede jugar una Autoridad reguladora independiente, cuáles son los modos de gestión que ofrece el derecho para prestar este servicio, qué ventajas e inconvenientes ofrecen, qué experiencias conocemos y nos pueden ofrecer la valoración de sus resultados.

En los últimos años se ha desarrollado un amplio debate sobre la necesidad de recuperar la gestión directa de los servicios públicos, al estimarse que la gestión privada había fracasado como alternativa más eficiente a la gestión pública[118].

La defensa de la vuelta a la gestión directa ha sido especialmente intensa en el caso del servicio de suministro del agua, defensa que se sustenta en la concepción del agua como un bien común, por lo que todos los ciudadanos deben tener garantizado el derecho de acceso al mismo. Se construye de este modo el concepto del derecho al agua, y se reclama la titularidad pública del bien[119]. A partir de estas consideraciones se concluye que este bien, en tanto bien común cuyo fin es satisfacer un interés general (el acceso de todos los ciudadanos a su consumo) no puede ser de propiedad privada, y debe garantizarse su consumo a las

117
PONCE SOLÉ, J. (2016).

118
Vid. Al respecto, TORNOS MAS, J (2018-2). Págs. 36 a 43.

119
El derecho al agua se reconoce en textos internacionales como la Carta Europea del Derecho al Agua del Consejo de Europa, 1968, o en la Declaración de Dublín, de la Conferencia internacional de Naciones Unidas sobre el agua y el medio ambiente, 1992. En esta última Declaración se establece que "todo ser humano tiene derecho a tener acceso al agua a un precio razonable". La Resolución de la Asamblea General de la ONU 10967 de 29 de julio de 2010 afirma que el derecho al agua es un derecho humano universal vinculado al derecho a la vida.

generaciones futuras. Además, la regulación de su utilización debe ser pública y participada. A partir de estas ideas, que básicamente tienen sentido en países en los que no está garantizado el acceso al agua en condiciones de calidad, donde el suministro del agua no es un servicio público como si ocurre en España, se ha desarrollado el discurso según el cual con el agua no puede hacerse negocio. Y a partir de esta afirmación, se niega la posibilidad de recurrir a formas de gestión privada para la prestación del servicio, lo que es una cuestión diversa.

Llegados a este punto creemos necesario hacer unas consideraciones de orden general. Coincidimos plenamente con la afirmación de que el agua es un bien común, un bien al que todos los ciudadanos deben tener acceso en condiciones de asequibilidad, calidad y continuidad. Pero también es cierto que para lograr hacer efectivo este derecho se precisa crear un complejo y costoso servicio que lleve el agua desde su origen al domicilio del usuario. Como se ha dicho "water is a god's gift…but he forgot to lay de pipes". De este modo el agua, bien común, pasa a ser el objeto de un servicio económico, un bien que se consume a título individual, lo que supone crear una relación jurídica entre el prestador del servicio (ya sea ente público o privado) y el usuario del mismo. El acceso al agua requiere, por tanto, la existencia de una entidad que disponga de medios personales, materiales y financieros, y ello comporta un coste que según la normativa comunitaria debe ir a cargo del usuario. Un servicio cuya garantía es una obligación pública, ya que este servicio está configurado como un servicio público, lo que no significa sin embargo que la prestación del servicio deba ser en todo caso pública. Pero la administración si debe garantizar la prestación del servicio, pero ello debe hacerlo a través de la forma de prestación que resulte ser la más eficaz y eficiente en razón de cada caso concreto.

IV.
¿Qué criterios deben tenerse en cuenta para adoptar la decisión sobre el modo de gestión?

Para la toma de la decisión sobre el modo de prestar el servicio nos encontramos con una serie de cuestiones de orden jurídico (marco de referencia, procedimiento a seguir, reglas a respetar, como las relativas al personal afectado por la decisión), y otra serie de cuestiones de orden material vinculadas a la realidad de cada caso concreto.

A. Criterios jurídicos

a. ¿Es discrecional la decisión sobre la forma de gestión de los servicios públicos?

Cuando se reflexiona sobre los diferentes modos posibles de prestar un servicio público la primera cuestión que debe resolverse es si para la toma de la decisión acerca del modo de gestión de un concreto servicio público, como es el caso del suministro de agua a poblaciones, existe un marco normativo que condicione dicha decisión. Obviamente toda decisión administrativa debe perseguir el interés general, debe adecuarse a los principios de buena administración, y debe tratar de conseguir al mismo tiempo que se cumplan los principios de eficacia y eficiencia. El logro de estos fines deberá tratar de alcanzarse dentro de la tramitación del preceptivo procedimiento administrativo. Además, la decisión deberá motivarse.

Pero más allá de estas reglas generales que se imponen a toda decisión administrativa lo que nos importa examinar es si esta concreta decisión, la selección del modo de gestión de un servicio público, está vinculada a algún criterio normativo previo.

Desde esta perspectiva lo primero que debe señalarse es que la normativa comunitaria no establece ningún criterio rector. La Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero en su artículo 2,1 dispone que "la presente Directiva reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión. Dichas autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos. Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos".

Pero como ha recordado GIMENO FELIU[120], en el ámbito europeo se ha puesto en valor la colaboración público-privada, y así se ha reconocido en la citada Directiva 2014/23 en su Considerando tercero: "La contratación pública desempeña un papel clave en la estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador" (la estrategia Europa 2020), ya que es uno de los instrumentos basados en el mercado destinados a conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y a fomentar al mismo tiempo la utilización más eficiente posible de los fondos públicos. En este contexto, los contratos de concesión representan instrumentos importantes para el desarrollo estructural a largo plazo de la infraestructura y los servicios estratégicos, contribuyendo al desarrollo de la competencia en el mercado interior, permitiendo que se aprovechen las competencias del sector privado y contribuyendo a lograr eficiencia y aportar innovación".

La Resolución del Parlamento Europeo de 8 de septiembre de 2015 sobre el seguimiento de la Iniciativa ciudadana Europea Right2water, en su número 44, recuerda que la elección del método de gestión del agua se basa en el principio de subsidiariedad (la decisión corresponde a los Estados miembros), pero en los números 44 a 46 introduce algunas consideraciones de interés: "*44.Observa que en países de toda la UE, como España, Portugal, Grecia, Irlanda, Alemania e Italia, la posible o efectiva pérdida de la titularidad pública de los servicios de aguas se ha convertido en motivo de gran preocupación para los ciudadanos; recuerda que la elección del método de gestión del agua se basa en el principio de subsidiariedad, tal como se contempla en el artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en el Protocolo (nº 26) sobre los servicios de interés general, lo que pone de relieve la especial importancia de los servicios públicos para la cohesión social y territorial en la Unión; recuerda que las empresas públicas del sector del abastecimiento de agua y del saneamiento de aguas son servicios de interés general y tienen la misión general de garantizar que se suministre a toda la población agua de alta calidad a precios aceptables socialmente y de reducir al mínimo los efectos de las aguas residuales perjudiciales en el medio ambiente; 45. Destaca que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, la Comisión debe mantenerse neutral en relación con las decisiones nacionales sobre el régimen de propiedad de los servicios de aguas, por lo que no debe de ningún modo promover la privatización de estos servicios ni por vía legislativa ni de ningún otro modo; 46. Recuerda que la posibilidad de remunicipalización de los servicios agua debe seguir garantizada sin limitaciones y que estos servicios deben seguir siendo de gestión pública si así lo ha decidido la autoridad local responsable; recuerda que el agua es un derecho humano básico que debe ser accesible y asequible para todos; destaca que los*

120
GIMENO FELIU, JM. (2016). Pág. 59.

Estados miembros tienen el deber de velar por que el agua esté garantizada para todos, con independencia del operador, y asegurarse al mismo tiempo de que los operadores proporcionen agua potable salubre y mejoren el saneamiento".

Destacamos la última frase con la que se cierra todo el razonamiento: "los Estados miembros tienen el deber de velar por que el agua esté garantizada para todos, con independencia del operador, y asegurarse al mismo tiempo de que los operadores proporcionen agua potable salubre y mejoren el saneamiento". Lo importante es que estamos ante un servicio económico de interés general, lo que en el caso del servicio de suministro de agua a poblaciones es un servicio público de prestación obligatoria, por tanto, ante un servicio que los Estados deben garantizar en las condiciones de prestación propias de un servicio público, siendo en principio indiferente quien sea el operador. Lo importante es que se trata de un servicio que los Estados deben garantizar, del que son responsables de su prestación, aunque la prestación pueda adoptar la forma que en cada caso se juzgue más adecuada desde la perspectiva de la eficacia y eficiencia.

Nuestra legislación interna no impone una clara preferencia a favor de la gestión directa o indirecta, pero si vale la pena recordar lo que dice el artículo 85 de la LBRL, cuando exige que esta decisión debe sustentarse en los criterios de sostenibilidad y eficiencia.

b. Remunicipalizar al término del período de gestión indirecta y remunicipalización impropia

La remunicipalización también puede entenderse que se produce cuando al término del período establecido para la gestión indirecta el ente titular decide modificar para el futuro el modo de gestión asumiendo la gestión directa del servicio municipalizado.

En este caso se evita o reduce el principal obstáculo a la municipalización, los costes derivados de un rescate anticipado de la concesión o forma de gestión indirecta. Al término de la gestión indirecta se produce una "ventana de oportunidad" (*window of opportunity*) que el ente titular del servicio puede aprovechar para imponer su nuevo criterio. Deberá justificarse la opción por la gestión indirecta, pero no deberá indemnizarse al ente que presta el servicio por la rescisión anticipada y no culpable del contrato de gestión del servicio público.

Otro supuesto distinto es el que puede denominarse "remunicipalización impropia". En este caso el ente titular del servicio decide municipalizarlo, en el sentido de que decide asumir efectivamente la responsabilidad de su gestión, es decir, crear el servicio público (la realidad nos demuestra que en la actualidad aún existen casos

en los que el servicio de suministro de agua no se ha municipalizado, y se sigue prestando por empresas privadas en base a títulos concesionales sobre el agua, y no con títulos de gestión de servicio público). En este momento, al mismo tiempo decide que la prestación se llevará a cabo de forma directa. Ciertamente no existe una verdadera "remunicipalización", ya que el servicio no se prestaba antes de forma indirecta. Con este término, "remunicipalización impropia", queremos identificar los supuestos en los que de forma sucesiva y continua se produce un doble proceso de reserva al sector público de un servicio. Primero se asume la prestación efectiva, e inmediatamente se asume la gestión directa. Aquí la idea de remunicipalizar no hace referencia a que se modifica el régimen de gestión, antes indirecto y ahora directo, devolviendo al municipio la forma de gestión, sino que la noción de remunicipalización identifica un proceso en el que se adoptan dos decisiones sucesivas de forma unitaria, primero la asunción efectiva de un servicio público que aunque declarado como tal no se había asumido en su garantía de forma efectiva por el ente local, y además la reserva de la prestación del nuevo servicio al propio ente local.

c- Los problemas del personal de la entidad concesionaria

La decisión de recuperar la gestión del servicio, ya sea de modo anticipado poniendo fin a una concesión vigente mediante su rescate, o en virtud de la no licitación de una concesión extinguida temporalmente, plantea importantes problemas en relación a la situación del personal del ente concesionario que deja de prestar el servicio público.

En términos generales se plantean los problemas relativos a la situación del personal de la entidad concesionaria y el mantenimiento o no de su relación laboral con el nuevo ente que asume la prestación del servicio en virtud de las reglas del derecho laboral sobre sucesión de empresas. En principio la remunicipalización, en tanto supone la recuperación de la gestión directa en la prestación de un servicio público, comporta que una administración sucede en la condición de "empresa" a una empresa privada. De este modo, las normas laborales van a incidir en un proceso de reorganización en la prestación de servicios que en principio está sometido a criterios y reglas de carácter público.

B. Criterios materiales o sustantivos a valorar en razón del caso concreto

Al margen de las reglas y principios jurídicos que deben tenerse en cuenta en todo caso, la decisión sobre el modo de gestión del servicio público debe atender a una pluralidad de factores de otra naturaleza. Como ya hemos señalado, creemos que no existe un criterio general y apriorístico a favor de la gestión privada o a favor de la gestión pública. La toma de la decisión sobre esta cuestión requiere un estudio fundado que atienda a las diversas realidades y al marco legal aplicable. Por esta razón nos permitimos apuntar una serie de elementos a tener en cuenta.

Primero, la diversidad de los servicios. El debate sobre remunicipalización de servicios no puede llevarse a cabo de forma general sin atender a las diversas realidades de los diferentes servicios públicos. Por ello hay que formularse una serie de preguntas. ¿De qué servicio estamos hablando? ¿Es un servicio económico? ¿Es un servicio personal? ¿Es un servicio que requiere contar con una gran intensidad de personal para su prestación? ¿Es un servicio donde hay una fuerte carga de conocimiento técnico? Dado que en nuestro caso nos referimos al servicio de suministro de agua a poblaciones deberemos tener en cuenta que es un servicio económico que tiene como objeto proveer de un bien esencial para la vida humana y que requiere un alto nivel de formación técnica e inversiones.

Segundo, el tamaño del municipio. La decisión puede depender también del tamaño del municipio dónde debe prestarse el servicio. ¿Hay posibilidad de crear entes supramunicipales que creen economías de escala para la prestación del servicio?

En tercer lugar, la situación financiera del ente local. ¿Cuál es la situación financiera del Ayuntamiento? ¿Qué necesidades de inversión se van a tener que asumir para la prestación de este servicio? ¿Podrá hacerles frente el municipio? ¿Tiene capacidad de endeudamiento?

En cuarto lugar, la relación concesional existente hasta este momento. Si queremos plantearnos la reinternalización, en primer lugar, tendremos que ver la duración de ese contrato. ¿Va a extinguirse, cuando? ¿Se ha extinguido? Es muy diferente reinternalizar con la concesión ya extinguida o reinternalizar el servicio cuando la concesión todavía está vigente. ¿Qué grado de satisfacción existe con la empresa que venía prestando este servicio?

En quinto lugar, los poderes y ejercicio efectivo del control sobre el ente privado que presta el servicio. ¿Ha ejercitado la administración titular del servicio los poderes de inspección y control sobre la actividad del ente concesionario? Las deficiencias que hayan podido existir en la gestión privada, ¿pueden corregirse con un sistema más efectivo de dirección y control sobre la empresa privada, sin necesidad de pasar a un sistema de gestión pública? La empresa mixta ¿puede ser una buena alternativa para reforzar el control de la entidad que presta el servicio.

Este conjunto de factores, jurídicos y no jurídicos, son los que deben ponderarse desde un planteamiento global, en el que se tengan en cuenta las reglas jurídicas, principio de legalidad, pero también los principios propios de la gobernanza pública, la búsqueda de la mejor solución posible en un sistema de gobierno plural, que contemple al sector público y privado.

V.
La toma de la decisión. Motivación y comunicación

Una vez se adopta la decisión sobre el modo de gestionar, debe exigirse a la administración que motive su decisión y que la comunique a los ciudadanos, que haga llegar esta decisión al conjunto de la población que se verá afectada por la misma.

El deber de motivar es un requisito formal de los actos administrativos, pero a su vez es un requisito material, en la medida en que da razón del contenido de lo decidido y asegura de forma indirecta la seriedad y el rigor en la formación e la voluntad administrativa. Si la administración debe actuar de acuerdo con el procedimiento debido, la motivación es la garantía de la congruencia entre la fundamentación obrante en el expediente y el contenido de la decisión[121].

Este deber de motivar debe entenderse como un requisito vinculado directamente al deber de buena administración. Si la buena administración reclama la adopción en cada caso de la mejor decisión posible, el requisito de la motivación, al exigir hacer públicos los criterios que han llevado a adoptar la decisión, obligará a la administración a tratar de fundar correctamente su decisión, a recurrir a los elementos necesarios para configurar el contenido de su decisión, que no es un acto de imperio sustentado en su discrecionalidad volitiva, sino un acto que se legitima por el respeto del procedimiento debido en el cual se deberán tener en cuenta los diversos intereses implicados y los argumentos técnicos y económicos necesarios para la toma de la decisión. El cumplimiento de estos requisitos se hacen patentes con la motivación del acto, y por ello este elemento pasa a ser un requisito no simplemente formal sino sustantivo. Como se ha dicho, "la motivación actúa como instrumento para el logro del principio de racionalidad, por cuanto, como ha sido notado, mediante la misma se pretende no sólo obligar a la administración a exponer sus razones y comunicarlas a los interesados, sino fundamentalmente a tenerlas y expresarlas como tales"[122].

En este sentido, cuando el artículo 85 de la LBRL establece que las formas de gestión de los servicios públicos se adoptarán en base a los criterios de sostenibilidad y eficacia está exigiendo que la decisión se adopte a través de un procedimiento que permita acreditar que se han tenido en cuenta estos criterios y que la resolución motive las razones que han llevado a adoptar la

121
En este sentido es fundamental la lectura del libro de PONCE SOLÉ, J. (2001). Págs. 396- 401 y 500-528.

122
Así, PONCE SOLÉ, J. (2001). Pág. 503. Para este autor la motivación no es un simple requisito de forma que puede permitir al afectado por la decisión recurrir el acto, y conseguir en su caso su anulación con retroacción de actuaciones para que se motive, sino que debe ser una garantía de la racionalidad administrativa y de la buena administración.

decisión. La falta de motivación o su insuficiencia permitirá impugnar el acto, pero a su vez la exigencia de motivación obliga a la administración a tratar de fundar su decisión en razones objetivas, impone el deber de buena administración.

La motivación se queda dentro de la resolución. Es de hecho un elemento formal que debe acompañar al acto, pero que en el caso de las decisiones sobre el modo de gestionar un servicio público no trasciende más allá de las partes implicadas en dichos procesos, la administración titular del servicio y las empresas interesadas en la prestación del mismo. Los ciudadanos desconocen normalmente la decisión y en todo caso las razones que llevaron a tomar la decisión. O a veces pueden tener información si el caso se ha convertido en mediático, lo que puede ocurrir si existe un litigio sobre la decisión. Y esta información no siempre será muy correcta.

Por ello es necesario reivindicar la importancia de la comunicación pública como mecanismo para acercar la decisión administrativa al ciudadano y permitirle un control "político" de lo que hacen los responsables públicos, control que podrá ejercer en los procesos electorales. Por otra parte, la comunicación también sirve para legitimar la decisión adoptada, al poder explicar a los ciudadanos las razones que llevaron a la administración a decidir sobre el modo concreto de gestión de un servicio y los objetivos que se pretenden alcanzar.

En este sentido queremos señalar que no creemos que en la toma de decisiones complejas como la relativa al modo de gestión de un servicio público la participación de los ciudadanos deba llegar al corazón mismo de la decisión, es decir, articular mecanismos de participación ciudadana que impliquen codecisión, como puede ser un referéndum. Si debe abrirse al máximo el proceso decisional (información pública, transparencia), exigiendo por ejemplo la constancia de las reuniones de los responsables municipales con los representantes de las empresas licitadoras o interesadas en la gestión del servicio, la decisión final debe ser responsabilidad del responsable público, que es precisamente esto, responsable, y a él se podrá exigir el dar cuentas de su decisión.

Pero junto a esta apertura del proceso decisional, debe existir después la comunicación del resultado. Comunicación pública como información que la administración facilita a los ciudadanos[123], comunicación que puede ser de imagen, de servicio o administrativa[124]. Nos importa ahora destacar la comunicación de

123
Vid. Al respecto el libro TORNOS MAS-GALÁN GALÁN, (2000).

124
Comunicación de imagen es la dirigida a promover la imagen de la institución, la de servicio es la dirigida a suministrar información sobre los servicios que se prestan, y la administrativa es aquella dirigida a tratar de convencer a los ciudadanos en aras a la consecución de alguna finalidad de interés público. TORNOS MAS- GALÁN GALÁN,(2000). Págs. 11-12.

imagen, con el fin de justificar una decisión compleja como es la relativa al modo de prestar un servicio.

La realidad de los últimos años nos demuestra que en nuestro país el debate sobre los modos de gestión de los servicios públicos ha tenido en ocasiones un alto componente ideológico[125]. Se ha defendido la remunicipalización, mejor la reinternalización, aduciendo que el agua es un bien público que no permite que con su gestión una empresa privada haga negocio, o de forma más simple, que el agua es democracia, y que ello reclama una gestión por los propios ciudadanos. Se defiende la creación de comités ciudadanos para la gestión del servicio. Pero tal posicionamiento desconoce la complejidad de la prestación de este servicio, y que la decisión sobre prestación debe realizarse a través de criterios objetivos y razonables, valorando también la posibilidad de acudir a fórmulas CPP.

Ciertamente los ciudadanos deben poder participar en el control de la decisión que adoptan sus representantes políticos, y por ello la apertura del procedimiento, la transparencia. Pero una cosa es controlar y exigir responsabilidades, y otra codecidir. Pero precisamente para tratar de reforzar la justificación de la decisión por parte de los responsables públicos, estos deben comunicar su decisión, deben promover la defensa del criterio adoptado, deben exponer los resultados de la decisión tomada, deben hacer públicas las encuestas sobre la valoración del servicio por parte de los propios ciudadanos[126]. Como dijimos hace ya un tiempo, la comunicación imagen "es un paso más en relación a la transparencia. Si esta pretende acabar con los arcana imperii, abrir la realidad del poder a la ciudadanía para que se legitime por la razón y no por el mito, la comunicación institucional supone una actitud positiva por parte del poder público, una voluntad de transmitir información, de hacer llegar a terceros lo que uno es y entiende debe ser valorado positivamente".

125
Puede consultarse este debate en TORNOS MAS,J. (2018-2). Págs. 179-188.

126
En la mayoría de encuestas sobre la valoración ciudadana del servicio de prestación de suministro de agua por parte de empresas privadas los resultados son muy positivos.

VI.
Gobernanza y Estado garante

Las ideas que se han expuesto en los apartados anteriores sobre los criterios a tener en cuenta en el momento de adoptar la decisión pública sobre el modo de gestión de un servicio público se deben situar en el contexto general de los principios de la gobernanza, entendiendo por tal el gobierno entre todos, administración, mercado y sociedad. Gobernanza como una forma de gobierno frente a la insuficiencia de la capacidad del Estado tradicional, jerárquico, burocrático y centralizado, que debe hacer frente a una nueva realidad interconectada, dinámica y compleja, en la que además los principios de estabilidad económica y contención del gasto público se imponen como prioritarios en todo juicio de ponderación[127].

Como se ha dicho, "la crisis de la última década, solo solucionada en parte, ha cambiado la mentalidad de mucha gente, en el sentido de haber puesto el foco de las quejas, más que en el tamaño, mayor o menor de los poderes públicos, en los elementos por así decir de calidad –la mejor gobernanza, entendida en sentido material, que es algo distinto y más profundo de la gobernabilidad como noción formal y vinculada sólo a la aritmética parlamentaria- la cual se manifiesta en muchas variables"[128].

Esta gobernanza material, esta preocupación por los medios y métodos a utilizar con el fin de lograr una buena administración, de mejorar el rendimiento de las administraciones públicas, es la que debería guiar a los responsables públicos en el momento de adoptar su decisión sobre el modo de gestionar el servicio de suministro de agua a poblaciones.

127
Sobre la evolución de los diversos paradigmas del funcionamiento administrativo, burocrático, nueva gestión pública y gobernanza, vid. En términos generales, PRATS CATALÀ, J. (2004). Págs. 58-83.

128
JIMÉNEZ BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (2018). Pendiente de publicación en RAP.

Hoy la buena administración ya no es sólo aquella que respeta el principio de legalidad y evita actos arbitrarios. Hoy el derecho administrativo tiene también como finalidad asegurar la eficacia y eficiencia de la actuación pública, lo que incide directamente en el debate sobre la relación público-privado en el logro de los fines de interés general, así como en el necesario respeto de los principios de equilibrio presupuestario y reducción del déficit público de las administraciones[129].

Desde esta perspectiva nos debemos situar en el debate sobre las funciones posibles del Estado, como Estado garante o prestador. Teniendo en todo caso en cuenta que el Estado garante no supone su liberación en la responsabilidad de las tareas públicas, como en el caso de la prestación del servicio de suministro de agua, sino su presencia activa en la garantía de los fines sociales mediante la regulación, dirección y control, pero sin asumir necesariamente de forma directa la prestación, la provisión de servicios[130].

Desde la concepción del Estado garante la Administración debe mantener en todo caso la responsabilidad en el aseguramiento de que se prestarán los servicios de conformidad con los principios propios del mismo, pero la efectiva prestación del mismo y su financiación puede trasladarla a terceros, empresa privada y usuarios, si esta traslación permite obtener una mayor eficacia y eficiencia.

Por tanto el Estado garante debe poseer los medios jurídicos precisos para hacer efectivo el cumplimiento por los sujetos privados de las tareas o cometidos correspondientes a necesidades sociales y puede optar por la privatización funcional de servicios económicos (la gestión indirecta del servicio), manteniendo en todo caso la supervisión como competencia irrenunciable, ya que la privatización funcional comporta de hecho una gestión delegada por parte del privado, una gestión privada pero regulada, dirigida y controlada por la administración titular del servicio[131].

129
En el caso español deberá atenderse a lo dispuesto en el artículo 135 de la Constitución y en la reciente ley de reforma del régimen local. El artículo 135 de la Constitución establece que:

1. *Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.*
2. *El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros. Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario.*
3. *El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito.*

En desarrollo del mandato constitucional se han aprobado la Ley Orgánica 2/2012 de 27 de abril de estabilidad presupuestaria, y la Ley Orgánica 9/2013 de 20 de diciembre de control de la deuda comercial en el sector público. En la reciente reforma de la ley de bases de régimen local, llevada a cabo por la ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, entre otras cosas se nos dice que "los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente", lo que significa la exigencia de introducir los criterios de eficacia y eficiencia en la selección de los modos de gestión de los servicios públicos.

130
Sobre la construcción del concepto de Estado garante, de raíz germánica, vid. ESTEVE PARDO, J. (2015-1) y (2015-2). Pág. 11-39. PAREJO, L. (2016) Págs. 60 y ss.

131
Vid. al respecto las consideraciones de PAREJO, L. (2016). Pág. 84 a 88.

En definitiva, si la privatización sustantiva, la descalificación del servicio de suministro de agua a poblaciones no es posible dada la importancia del suministro del agua a los ciudadanos para hacer realidad los derechos a la vida y a la integridad física y moral, las tareas prestacionales son por el contrario privatizables mientras se mantengan la regulación y la supervisión sobre su ejercicio[132].

Si el Estado y el mercado aparecen como realidades complementarias y no excluyentes, lo que en todo caso es cierto es que el mercado precisa ser regulado. Por tanto, deberán reforzarse los instrumentos organizativos que permitan contar con una administración que disponga del conocimiento experto para acometer estas funciones, lo que debe llevar a reflexionar sobre el nivel óptimo de la prestación del servicio y la conveniencia de contar con una Autoridad Garante con funciones precisamente de regulación y supervisión.

Por último, hay que señalar que si se opta por la gestión indirecta del servicio se dará lugar a relaciones jurídicas triangulares, Administración-Concesionario-Usuario, lo que puede dar lugar a conflictos complejos. Así, conflictos entre el usuario y el prestador del servicio por la deficiente prestación, por el cobro de tarifas ilegales o por el corte de suministro no conforme a derecho. Habrá que determinar qué papel debe jugar la administración en relación a estos conflictos que de hecho enfrentan a dos sujetos privados.

La opción por el modo de gestión del servicio público del suministro del agua es un tema que está en la agenda de los entes responsables de la prestación de este servicio y que enciende debates apasionados. Pero precisamente por ello y por la importancia del servicio, creemos que el debate debe centrarse en argumentos contrastables centrados en razones de eficacia y eficiencia de los modelos públicos y privados al llevar a cabo la prestación de servicios públicos de contenido económico. Deben ponderarse respectivamente para cada caso concreto los factores económicos (inversiones necesarias, situación presupuestaria del ente responsable de la prestación), factores de eficiencia (capacidad profesional, tecnológica y de *know how*), tamaño y población del ente prestador del servicio, factores evolutivos (concepción de la administración como entidad reguladora y controladora y no prestadora de servicios), marco jurídico formal para recuperar la gestión directa… Como se ha dicho "no se trata, por tanto, –cuando se habla de remunicipalizar– de una nueva bandera que se pueda ondear por el simple gusto de hacer cosas diferentes aprovechando mayorías políticas coyunturales, sino una operación de gran calado político, jurídico y económico, cuyas consecuencias hay que medir atendiendo a muchas claves y a la singularidad

132
Vid. de nuevo PAREJO, L. (2016). Pág. 95.

del caso"[133]. Al plantearse una posible remunicipalización hay que tener en cuenta quién y cómo se puede tomar esta decisión, cuál será el régimen en que quedan los medios personales y materiales que venían atendiendo la prestación del servicio, qué consecuencias indemnizatorias puede tener el rescate de concesiones o empresas mixtas, qué implicaciones presupuestarias. En todo caso, lo que si es cierto, es que ya sea para gestionar como para controlar, "necesitamos personas con capacidad técnica y que se basen en datos empíricos para lograr la buena gestión y menos ideólogos que prometan soluciones mágicas y rápidas".[134]

En definitiva, el agua es un bien común, pero el servicio de suministro de agua a poblaciones es un servicio público de contenido económico. Por ello, lo que importa analizar es la eficacia y eficiencia de los modos de prestación de este servicio. Esta reflexión sobre un concreto servicio público y sus formas de gestión debe partir de la reflexión general sobre el papel sobre las funciones del Estado, como Estado garante o prestador. Si se opta por una administración que busca la colaboración con el sector privado (una administración que lleva el timón pero que no rema), no deberá olvidarse que esta administración garante no supone que pueda liberarse de la responsabilidad del éxito o fracaso de las tareas públicas, como en el caso de la prestación del servicio de suministro de agua, por lo que en todo caso debe mantener su presencia activa en la garantía de los fines sociales mediante la regulación, dirección y control, aunque no asuma forma directa la prestación de los servicios.

133
MUÑOZ MACHADO, S. (2016). Pág. 31.

134
PONCE SOLE, J. (2016). Pág. 102.

Bibliografía

ESTEVE PARDO, J. (2015-1). *Estado garante. Idea y realidad*, INNAP Investiga, Madrid.

ESTEVE PARDO, J. (2015-2). *La administración garante. Una aproximación*, *RAP* n° 197, pág. 11-39.

GIMENO FELIU, JM. (2016). *Remunicipalización de servicios locales y derecho comunitario*, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 58-59, febrero-marzo, pág. 59.

GIMENO FELIU- SALA SÁNCHEZ- QUINTERO OLIVARES. (2017). *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada*, Cambra de Comerç de Barcelona, Barcelona, pág 33.

JIMÉNEZ BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (2018) Coloquio clausura "el futuro del derecho administrativo", Sciences Po, Paris, Cátedra *Mutaciones de la acción pública y del derecho público*. Pendiente de publicación en *RAP*.

MARCOU, G. (2000). *La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos*, en Ruiz Ojeda y J.Goh Directores, *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos*. Francia, Reino Unido y España, Civitas, Madrid, pág. 20.

MUÑOZ MACHADO, S. (2016). Introducción a los trabajos sobre remunicipalización publicados en *El Cronista del Estado social y democrático de derecho*, n° 58-59, febrero-marzo, pág. 31.

PAREJO, L. (2016). *Estado y derecho en proceso de cambio*s, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 60 y ss.

PONCE SOLÉ, J. (2001). *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, LexNova, Valladolid.

(2016) *Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencia del rescate de concesión*, Cuadernos de derecho local, n° 40, febrero.

PRATS CATALÀ, J. (2004) *Las transformaciones de las administraciones públicas en nuestro tiempo*, en Sainz Moreno, director, *Estudios para la reforma de las administraciones públicas*, Madrid, INAP, págs. 58-83.

TORNOS MAS, J. (2018-1). *El contrato de concesión de servicios, en Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público*, Dir. Gimeno Feliu, JM, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, pág. 415.

(2018-2). *El servicio de suministro de agua en España*, Francia e Italia, Director. Iustel, Madrid.

TORNOS MAS-GALÁN GALÁN. (2000). *Coordinadores, Comunicación pública. La información administrativa al ciudadano*, Marcial Pons, Madrid.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2018). *La delimitación de los tipos contractuales, en Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público*, Dir. Gimeno Feliu, JM, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, pag. 415.

Capítulo III

La función de la comunicación en la colaboración público-privada

Cambra de Comerç de Barcelona

Resumen

Las colaboraciones público-privadas (CPPs) han entrado en una nueva era, más orientada a la ciudadanía, donde los valores públicos y las cuestiones éticas desafían la lógica económica y la preocupación exclusiva por el desempeño técnico de los servicios públicos. La CPP se entiende como una colaboración entre la Administración y la empresa en que han de preservarse los valores públicos. Los problemas en las CPPs aparecen cuando los actores involucrados tienen diferentes percepciones y creencias, de ahí surge el concepto de distancia cognitiva. Cuantos menos valores compartan los actores, mayor será la distancia cognitiva entre ellos; es decir, los agentes involucrados interpretarán la misma realidad de forma diferente, lo cual dificultará la preservación de los valores públicos en estas colaboraciones y el desarrollo de un sentido de comunidad entre las partes. Existen pocas experiencias que analicen la distancia cognitiva entre los distintos actores de las CPPs, identificando la presencia de diferentes dominios cognitivos que luchan por interaccionar unos con otros y que requieren un proceso de aprendizaje parcialmente compartido y coordinado. La comunicación es una de las herramientas básicas para acercar las posiciones entre los actores de la CPP, alineando sus valores y expectativas, y para incrementar su coordinación con el fin de obtener unos mejores resultados. España es uno de los países de la Unión Europea en que la distancia entre las preferencias y creencias de la ciudadanía, de la empresa privada y de la Administración es mayor. En España, gran parte de la ciudadanía está dispuesta a pagar un mayor precio en la contratación si se tienen en cuenta aspectos sociales y ambientales, y se favorece la pequeña y mediana empresa, así como la innovación. Con la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP), se replantea el proceso de interacción entre los actores públicos y privados y los ciudadanos, para incrementar su capacidad de reconfigurar y moldear sus objetivos y coordinar sus expectativas en mayor medida. Algunos ejemplos de estos cambios son realizar consultas previas al mercado, dar menos peso al precio en la adjudicación u otorgar más importancia al valor social y ambiental en la contratación.

PALABRAS CLAVE

Distancia cognitiva
Comunicación
Valor público
Objetivo compartido
Legitimación

I.
Introducción

Los gobiernos han recurrido a las colaboraciones o a los partenariados público-privados (CPP) como un instrumento para obtener mejores resultados en sus políticas y para mejorar la rentabilidad (*value for money*) de sus inversiones. Los principales factores que impulsan la mejora de la eficiencia en la prestación de los servicios públicos a través de las CPPs son el menor grado de interferencia política, la transferencia del riesgo y el conocimiento técnico y de gestión más actualizado de los agentes privados (Boycko, Shleifer y Vishny, 1996; Hart, 2003). La evidencia empírica confirma que las CPPs pueden reportar efectivamente mejoras en la eficiencia, pero ello no siempre ocurre. De hecho, pese a sus múltiples ventajas, las CPPs han sido criticadas porque conllevan dificultades de gestión y de entendimiento entre los distintos actores (Klijn y Teisman, 2003).

Estas dificultades en la gestión del día a día pueden deberse a la relación entre los actores; en efecto, las CPPs pueden suscitar resistencias, debidas a las preferencias y a las creencias de los agentes implicados en la colaboración. Los valores de cada una de las partes que intervienen en la CPP y su falta de empatía provocan la aparición de una distancia cognitiva entre ellas. Las organizaciones que se mantienen muy distantes, desde el punto de vista cognitivo, no comparten unas mismas percepciones y unos valores básicos y, por tanto, no pueden alinear sus competencias con sus objetivos. Ello dificulta no solo la implementación de la CPP, sino también su gestión diaria.

En este sentido, la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público acerca las posiciones entre el ciudadano, el sector público y el sector privado. La desaparición de la oferta económicamente más ventajosa a favor de unos criterios de adjudicación basados en el principio de la mejor relación calidad-precio es un gran avance, pues permite llevar al terreno ciudadano y político los valores que deben caracterizar la colaboración público-privada. Este es un cambio estructural que soluciona parte de los problemas de la contratación pública en España, al alinear mejor los objetivos de las partes y reducir la distancia cognitiva entre los distintos actores.

Aunque la razón de ser de las CPPs es prestar un mejor servicio público, no parece que en ellas se haya tenido suficientemente en cuenta al ciudadano. La participación ciudadana para determinar las necesidades y el grado de satisfacción de los servicios públicos en los proyectos de CPP no es un mero trámite administrativo, sino que tiene consecuencias sobre el proyecto.

La trasmisión y recepción de información contribuye a construir comunidad y apoyo político en torno a la CPP, y mejora la percepción y las expectativas de los ciudadanos con respecto a los proyectos, así como el diseño de estos, al objeto de personalizarlos conforme a las condiciones locales.

Este capítulo se organiza de la forma siguiente. Primero, se describen el concepto de integridad y los valores públicos que deben formar parte de las CPPs. Después, se analiza cuál es el actual grado de satisfacción de los ciudadanos y de las empresas con los procesos de licitación y colaboración con la Administración. A continuación, se aportan datos empíricos sobre el papel de los ciudadanos en las CPPs y se determina la distancia cognitiva entre los distintos actores de la CPP. Y, por último, se analiza el papel de la comunicación para reducir la distancia de preferencias y creencias entre los ciudadanos, la Administración y las empresas, y favorecer su coordinación, alineación y legitimación.

II.
Los conceptos de integridad y buena gobernanza

La integridad en la vida pública es un componente esencial para establecer la confianza entre los ciudadanos y sus gobiernos. Sin embargo, en las últimas décadas, ha crecido la preocupación en todo el mundo por el declive de los estándares de integridad. En parte, esta preocupación es paralela al resurgimiento de la corrupción que amenaza el buen gobierno. La atención a la integridad ha sido, en gran parte, implícita: en lugar de explorar en profundidad qué debe entenderse por integridad en la vida pública y cómo lograrla, los investigadores, activistas y legisladores han supuesto con demasiada frecuencia que la integridad sería el resultado de la eliminación de la corrupción. Sin embargo, la integridad y la buena gobernanza forman parte de los valores públicos y van mucho más allá de la lucha contra la corrupción. Antes de abordar el concepto de integridad, es necesario enmarcarlo dentro del concepto de valor público.

En la discusión sobre el valor público, es difícil definir a qué se refieren exactamente los valores públicos, ya que los valores son conceptos esencialmente controvertidos y difíciles de definir de forma inequívoca. La literatura sobre los valores públicos y su agrupación es muy variada. Mark Moore (1995) analiza tres cuestiones centrales: el papel del Gobierno en la sociedad, el papel de los directivos públicos y las técnicas necesarias de los gestores públicos. El Gobierno crea valor público en la sociedad y moldea la esfera pública. Los directivos públicos han de ser inquietos e imaginativos a la hora de buscar el valor público, y ayudar a descubrir qué puede hacer el Gobierno para crearlo. Entre las técnicas que necesitan los gestores públicos, se subraya el rol que desempeñan estos gestores en el desarrollo de las políticas públicas, en colaboración con otros actores. Y pretenden así asegurar que la finalidad de sus elecciones es crear valor público.

Bozeman (2007) describe el valor público con tres definiciones: son los valores que proporcionan un consenso normativo a los derechos, los beneficios y las prerrogativas a que los ciudadanos deberían tener derecho o no; son las obligaciones de los ciudadanos con respecto a la sociedad o al Estado, y son los principios sobre los cuales se deben basar los gobiernos y las políticas. Bozeman analiza los valores del profesional público y señala cinco como principales: la neutralidad, la eficiencia, la rendición de cuentas, el servicio y el interés público. Es interesante constatar que Bozeman no señala el rol de la integridad como uno de los valores principales relacionados con la prestación de un servicio público. En cambio, Kernaghan (2003) propone una agrupación de valores en cuatro categorías (v. Tabla 3.1), en que el principal valor público dentro de la categoría ética es la integridad.

Tabla 3.1

Categorías de valores públicos

Éticos	Democráticos	Profesionales	Ciudadanos
Integridad	Ley	Efectividad	Cuidado
Legitimidad	Neutralidad	Eficiencia	Legitimidad
Rendición de cuentas	Rendición de cuentas	Servicio	Tolerancia
Lealtad	Lealtad	Liderazgo	Decencia
Excelencia	Amplitud de miras	Excelencia	Compasión
Respeto	Capacidad de respuesta	Innovación	Coraje
Honestidad	Representatividad	Calidad	Benevolencia
Decencia	Legalidad	Creatividad	Humanidad

Fuente: Kernaghan (2003)

El reto siguiente es aplicar estos valores públicos a las CPPs, en especial el de la integridad. Los valores públicos y las CPPs se han analizado en numerosos estudios empíricos, que han mostrado unos resultados muy diferentes, e incluso divergentes. Algunos estudios sugieren que los valores públicos podrían estar en juego, mientras que otros indican que estos podrían llegar a fortalecerse gracias a las CPPs.[135] Las CPPs son colaboraciones complejas, y no pueden teorizarse ni describirse en términos dicotómicos como buenas o malas, responsables o irresponsables.

Los valores permiten definir la posición que cada uno de los actores ocupa. Cuantos más valores compartan los diferentes actores, más cercana será su posición cognitiva. Existen pocos trabajos que analicen si las CPPs tienen un efecto negativo sobre los valores públicos. Uno de estos estudios es el de Reynaers y De Graaf (2014). Estos autores señalan que la falta de datos empíricos y la importancia de las CPPs como herramienta de gobernanza en el siglo XXI requieren nuevos estudios, que describan cómo deben funcionar las CPPs con respecto a estos valores. Los resultados de su investigación demuestran que los valores públicos pueden verse amenazados, protegidos o incluso reforzados dependiendo de la fase del proyecto en que se encuentren. Por ejemplo, en la fase de selección del socio privado por parte de la Administración, la neutralidad y la eficiencia son valores importantes, mientras que, en la fase de ejecución, la

135
Para una revisión en profundidad de la literatura que señala que los valores públicos que pueden estar en entredicho en las CPPs, véanse Altshuler y Luberoff (2003), Box (1999) y Hodge (2004, 2010). Por su parte, los autores que afirman que los valores públicos están garantizados y que incluso pueden resultar fortalecidos son Domberger y Jensen (1997), Flinders (2010), Fumagalli, Garrone y Grilli (2007), Galiani, Gertler y Schargrodsky (2005) y Osborne y Plastrik (1998).

rendición de cuentas y la lealtad cobran más importancia. Apuntan que se necesitan estudios comparativos de distintos casos de CPP de diferentes dimensiones, sectores y productos, para poder disponer de información útil sobre las condiciones específicas que influyen en la relación entre las CPPs y los valores públicos. Por su parte, Reynaers y Paanakker (2016) analizan un caso en que identifican dos ingredientes principales para el éxito de las colaboraciones entre distintos sectores: la deliberación exhaustiva entre ambos socios para reevaluar periódicamente los parámetros del contrato y el seguimiento del desempeño basándose en la máxima comprensión compartida posible. Si no es posible integrar estos procesos conjuntos de adaptación y refinamiento, la colaboración puede carecer de los parámetros necesarios para mantener los valores públicos deseados. Un mejor conocimiento de lo que implica salvaguardar los valores públicos en la CPP puede dar como resultado unos contratos mejor informados y comunicados, y una mejor prestación del servicio, así como garantizar una colaboración más satisfactoria para todas las partes. Por ejemplo, con respecto a la transparencia, las CPPs pueden acabar resultando unas estructuras de gobernanza con una rendición de cuentas mucho más estricta que en muchas organizaciones públicas. Con el fin de evitar el incumplimiento del contrato, el seguimiento constante a que están sometidas estas colaboraciones para evaluar su desempeño genera un valor público que, si el servicio lo prestara directamente la Administración, acaso no tendría el mismo nivel de transparencia y de rendición de cuentas.

Pero ¿por qué hablamos de la integridad en la colaboración público-privada? Etimológicamente, la palabra *integridad* deriva del vocablo latino *integer*, que significa "intacto" o "una cosa completa en sí misma". El *Diccionario de la Real Academia Española* lo define como "que no carece de ninguna de sus partes" o "dicho de una persona: recta, proba, intachable". Así pues, una característica central de la integridad es su "totalidad", que implica la unión entre las diferentes partes, y su opuesto sería la separación y la división. La integridad está relacionada con las concepciones morales del bien. Los actores de las CPPs deben buscar el bien en su colaboración, y este concepto de integridad no tiene que contraponerse a otros valores de los actores. Por ejemplo, el hecho de que el sector privado busque un beneficio en sí no implica renuncia alguna a la integridad. Sin embargo, la búsqueda del beneficio mediante comportamientos oportunistas sí que atenta contra la integridad. Por tanto, la integridad es una condición necesaria para poder desarrollar con éxito una CPP.

III.
La percepción en la contratación

Para poder detectar problemas en cualquier colaboración público-privada, es necesario disponer de un marco que permita establecer, en lo posible, una comparativa clara y estandarizada. La ausencia de este marco puede llevar tanto a sobredimensionar unos problemas que no existen en realidad como a minimizar otros que sí son importantes. Obtener datos comparables en la contratación público-privada entre países no es fácil, pues no existen demasiadas bases de datos que realicen las mismas preguntas a muestras de países que incluyan España.[136] El objetivo principal de los subapartados siguientes es analizar la percepción que los ciudadanos y las empresas privadas tienen de las CPPs.

La percepción del sector privado

El *Flash Eurobarometer 417* (Comisión Europea, 2016) analiza el grado de satisfacción de las empresas con la Administración pública. No trata específicamente de las colaboraciones público-privadas, pero proporciona un marco comparativo de la contratación pública entre diferentes países de la Unión Europea. A continuación, se explican los resultados más destacados de este estudio con relación a España.

España suele aparecer en las últimas posiciones en la mayoría de ítems relacionados con la satisfacción en la contratación pública, junto con Grecia, Italia y Eslovaquia, mientras que Dinamarca, Estonia, Alemania y Luxemburgo suelen estar en cabeza. A grandes rasgos, las empresas europeas no están satisfechas con la Administración pública, pero existen grandes variaciones entre los estados miembros. Más de la mitad de las empresas tampoco están satisfechas con las autoridades públicas nacionales, porque no les resulta fácil obtener de ellas información fiable, y dicen que la Administración pública no es eficiente a la hora de atender sus solicitudes y que los servicios de la Administración tienen un impacto negativo en sus actividades.

En la Tabla 3.2, se comparan diferentes ítems obtenidos de una muestra de 400 empresas de España en 2015, con respecto a las más de 10.000 empresas de los diferentes países de la UE. También se indica el grado de satisfacción por tamaño de empresa. Según el Anexo I del Reglamento (UE) 651/2014 de la Comisión, las empresas pueden clasificarse en microempresas, empresas pequeñas, medianas y grandes. Utilizando el criterio de clasificación en función

136
El primer estudio que realiza el Banco Mundial sobre las CPPs (2017) excluye España.

Tabla 3.2

Satisfacción de las empresas con la Administración pública

	Nota de España (nota de la UE)	Posición de España	Nota de España por tamaño de empresa (nota de la UE)
Satisfacción del trato de la Administración pública con las empresas	2,86*** (2,11)	25 / 28	3,10 (2,71) Microempresa 2,72 (2,62) Pequeña empresa 2,72 (2,47) Mediana empresa 2,50 (2,40) Gran empresa
Satisfacción con la facilidad con que obtienen información fidedigna de la Administración	2,76*** (2,56)	23 / 28	2,93 (2,64) Microempresa 2,68 (2,56) Pequeña empresa 2,71 (2,46) Mediana empresa 2,20 (2,39) Gran empresa

1 = muy satisfecho; 2 = bastante satisfecho; 3 = bastante insatisfecho; 4 = muy insatisfecho

*** Existen diferencias significativas en los valores medios de España y la media de la UE-28 en el 99% de los casos.

Fuente: Eurobarómetro 417

del número de trabajadores,[137] encontramos que el 40% son microempresas; el 34% son pequeñas empresas; el 20%, medianas, y el 6% restante, grandes empresas.

El grado de satisfacción de las empresas con la contratación pública en España es de los más bajos de la Unión Europea: mientras la media comunitaria indica una satisfacción bastante alta de las empresas, la media de las empresas españolas se sitúa dentro de la categoría de las insatisfechas. Por tamaño de empresa, tanto en España como en la Unión Europea observamos que, cuanto mayor es la empresa, mayor es su satisfacción. Es decir, las grandes empresas son las que presentan los niveles más elevados de satisfacción con la Administración pública. Mención especial merecen las microempresas en España, por su alto grado de insatisfacción, mientras que la gran empresa presenta unos niveles similares a los de sus homólogas europeas. Obtener información de la Administración pública es otro de los grandes obstáculos de las empresas en España, aunque no tan grave como el trato que estas reciben de la Administración pública, según manifiestan. A las pequeñas empresas, les resulta especialmente complicado obtener información fidedigna, mientras que las grandes empresas obtienen puntuaciones mucho mejores que sus homólogas europeas.

137
El Eurobarómetro incluye datos sobre el volumen de negocio, pero cerca de la mitad de las empresas no reportan datos. Para no reducir la muestra, se decide clasificar las empresas únicamente en función del número de trabajadores.

La participación en los procesos de licitación no está exenta de obstáculos. Al respecto, se pregunta a las empresas cuáles son las mayores dificultades con que se encuentran a la hora de participar en dichos procesos. En la Tabla 3.3, se comparan los datos de España con los de la Unión Europea, por tamaño de empresa. La conclusión principal es que, en todos los ítems presentados, resulta más complicado participar en procesos de licitación en España que en la media de la Unión Europea. Tanto es así que España ocupa el podio en la mayoría de las dificultades descritas. El mayor obstáculo para participar en estos procesos en España es la existencia de prácticas anticompetitivas (colusión, corrupción o repartición del contrato antes del concurso, entre otras). En cambio, para los países de la Unión Europea, el principal problema es, por término medio, otorgar demasiada importancia al precio. Este también es el segundo problema en España, independientemente del tamaño de la empresa. Los dos principales problemas que se observan en nuestro país –sin restar relevancia a los demás– se abordan claramente en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, mediante los principios de buen gobierno, transparencia, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores. El sector privado español tiene más problemas que el de la mayoría de los países de la Unión Europea para participar en procesos de contratación y colaboración público-privada.

Tabla 3.3

Principales obstáculos para participar en procesos de contratación

	Nota de España (nota de la UE)	Posición de España	Nota de España por tamaño de empresa (nota de la UE)
Se da demasiada importancia al precio	1,69*** (1,87)	4 / 28	1,71 (1,89) Microempresa 1,60 (1,85) Pequeña empresa 1,79 (1,84) Mediana empresa 1,63 (1,96) Gran empresa
Todo el proceso tarda demasiado	1,73*** (1,88)	4 / 28	1,71 (1,86) Microempresa 1,69 (1,87) Pequeña empresa 1,85 (1,91) Mediana empresa 1,65 (2,02) Gran empresa
Existen prácticas anticompetitivas (colusión, corrupción...)	1,46*** (1,89)	3 / 28	1,40 (1,82) Microempresa 1,45 (1,86) Pequeña empresa 1,58 (2,03) Mediana empresa 1,52 (2,23) Gran empresa
No quedan claros los requisitos de la provisión	1,92*** (2,21)	2 / 28	1,70 (2,15) Microempresa 2,07 (2,21) Pequeña empresa 1,98 (2,26) Mediana empresa 2,55 (2,38) Gran empresa
Hay excesivos requisitos de calificación (técnicos, profesionales, financieros)	2,02*** (2,30)	3 / 28	1,95 (2,23) Microempresa 2,00 (2,31) Pequeña empresa 2,12 (2,39) Mediana empresa 2,27 (2,50) Gran empresa
El valor del contrato es demasiado grande	2,01*** (2,50)	2 / 28	1,70 (2,30) Microempresa 2,02 (2,52) Pequeña empresa 2,52 (2,75) Mediana empresa 2,47 (2,84) Gran empresa
Los servicios de contratación electrónica son de baja calidad	1,98*** (2,51)	2 / 28	1,92 (2,45) Microempresa 2,03 (2,50) Pequeña empresa 2,00 (2,59) Mediana empresa 2,21 (2,63) Gran empresa
Existe el riesgo de reclamaciones y litigaciones	2,05*** (2,42)	2 / 28	1,83 (2,38) Microempresa 2,19 (2,44) Pequeña empresa 2,27 (2,47) Mediana empresa 2,15 (2,44) Gran empresa

1 = obstáculo grande; 2 = obstáculo moderado; 3 = obstáculo menor; 4 = no es un obstáculo

*** Existen diferencias significativas entre los valores medios de España y la media de la UE-28 en el 99% de los casos.

Fuente: Eurobarómetro 417

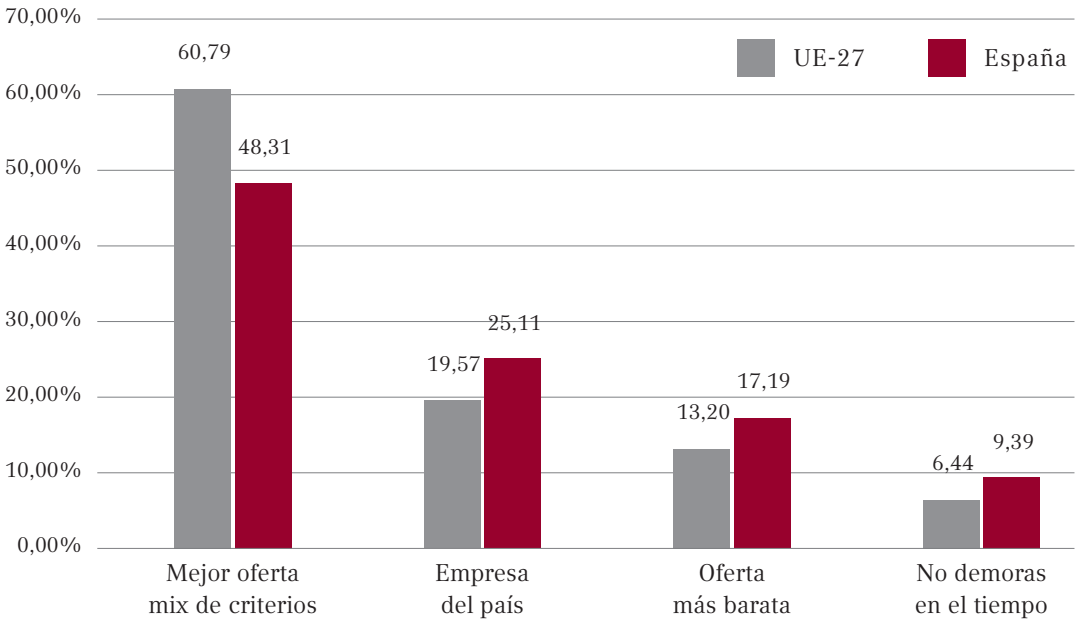
La percepción del ciudadano

El *Special Eurobarometer 363* (Comisión Europea, 2011) analiza las principales actitudes de los ciudadanos de la UE con respecto al mercado interno. Este barómetro no trata tampoco de las colaboraciones público-privadas directamente, pero recoge las opiniones y las valoraciones de la contratación pública. El *Eurobarómetro* se basa en una muestra de 26.836 entrevistados y en España se realizan un total de 1.004 encuestas.

Los criterios de adjudicación de los contratos están recogidos en la normativa de cada país y muestran una convergencia clara en los últimos años. Sin embargo, el *Eurobarómetro* pregunta a los ciudadanos cómo les gustaría que fueran estos criterios de adjudicación. En la Figura 3.1, se indican los criterios preferidos tanto en la Unión Europea de los 27 como en España. El criterio predominante en ambos casos es la mejor oferta dentro de un *mix* de criterios, con una diferencia de 12 puntos porcentuales más en la UE-27 que en España. El segundo criterio es que la empresa adjudicataria sea del país. En España, esta opción la prefieren uno de cada cuatro ciudadanos y, en la UE, uno de cada cinco. En tercera posición, se sitúa la adjudicación a la opción más barata, con una aceptación del 13% en la UE-27 y del 17% en España. Por último, que el contrato sea adjudicado rápidamente y pueda empezar a ejecutarse también rápidamente es la opción preferida en un 6% de los casos en la Unión Europea y en un 9% en España.

Figura 3.1

Factores más importantes para el ciudadano en la adjudicación de los contratos públicos



Fuente: Eurobarómetro 363

Con respecto a las posiciones relativas, cabe destacar el criterio de que la empresa sea del país. En este aspecto, España ocupa la cuarta posición de los 27 países de la UE, por detrás de Irlanda, Austria y Letonia. La posición relativa al criterio de mejor oferta dentro de un *mix* de criterios es especialmente baja en España, pues es la quinta posición por la cola, solo por delante de Austria, Irlanda, Rumanía y Portugal, que es el país con peor aceptación del *mix* de criterios.

¿Pueden las autoridades públicas desviarse de la opción más barata por algún motivo? Esta corriente de opinión se ve reflejada en la Ley de Contratos del Sector Público y el *Eurobarómetro* lo pregunta a los ciudadanos. En concreto, se les pregunta por qué factores estarían dispuestos a aceptar una opción más cara, si tienen en cuenta otros criterios. En la Tabla 3.4, se muestra el porcentaje de respuestas favorables a aceptar un precio más caro, siempre que se tengan en cuenta otros aspectos. Aunque el diferencial entre España y los países de la UE-27 es estrecho, los tests estadísticos de medias de grupos muestran diferencias significativas en todos los criterios en el 99% de los casos. El factor más aceptado en España es tener en cuenta los aspectos sociales en la contratación, mientras que el diferencial con mayor aceptación en la UE es favorecer las pequeñas y medianas empresas en la contratación.

Los criterios que son objeto de una mayor atención son los aspectos sociales en la contratación, así como favorecer las pequeñas y medianas empresas. A continuación, se buscan las diferencias en los factores socioeconómicos entre España y la UE-27.

Tabla 3.4

Disposición a pagar un sobreprecio

	España	UE-27
Aspectos sociales	91%	88%
Medio ambiente	88%	87%
Empleo local	88%	85%
Innovación	81%	79%
Favorecer la PYME	86%	76%
Empresa nacional	72%	68%

Fuente: Eurobarómetro 363

Tabla 3.5

Disposición a pagar un sobreprecio en función de la ubicación ideológica

	FAVORECER LA PYME		ASPECTOS SOCIALES	
	España	UE-27	España	UE-27
Extrema izquierda (1-2)	91,76%	78,99%	95,44%	92,72%
Izquierda (3-4)	93,34%	77,48%	96,71%	92,75%
Centro (5-6)	92,98%	79,50%	95,80%	92,13%
Derecha (7-8)	95,52%	77,52%	98,55%	90,11%
Extrema derecha (9-10)	96,77%	77,96%	93,75%	91,07%

Fuente: Eurobarómetro 363

En la Tabla 3.5, se indica el grado de aceptación de unos precios más elevados en función de estos dos criterios y por ubicación ideológica. Para el caso de las pequeñas y medianas empresas, en España el votante de derechas es más proclive a ello que el de izquierdas, tendencia que no se observa en los demás países de la UE, donde la situación es más equilibrada. En cuanto a los aspectos sociales en la contratación, no se observa ninguna tendencia destacable ni en España ni en los países de la UE-27.

El trabajador por cuenta propia es el trabajador más favorable al trato preferente para la pequeña y mediana empresa, mientras que el trabajador por cuenta ajena es el que menos (v. Tabla 3.6). Los trabajadores por cuenta ajena valoran más los aspectos sociales que los trabajadores por cuenta propia.

Tabla 3.6

Disposición a pagar un sobreprecio por tipo de trabajador

	FAVORECER LA PYME		ASPECTOS SOCIALES	
	España	UE-27	España	UE-27
Trabajador por cuenta propia	100,00%	79,07%	92,15%	90,49%
Trabajador por cuenta ajena	90,04%	77,87%	96,01%	91,81%
No trabaja	93,91%	78,75%	95,50%	92,02%

Fuente: Eurobarómetro 363

IV.
La ciudadanía y las colaboraciones público-privadas

La Administración pública decide qué servicios públicos proveer. Y los puede producir con medios propios (gestión directa), o bien optar por cualquier otra fórmula que implique el sector privado, con menor o mayor grado. Sin embargo, sea cual sea la fórmula de producción, los ciudadanos consideran el sector público responsable de la provisión de los servicios públicos y del buen funcionamiento de su prestación. Es decir, siendo el sector público quien escoge un modelo de prestación y no otro posible, sobre él recaen las responsabilidades de su suministro correcto (Costas, 2007).

La mayoría de la literatura sobre las CPPs ha ignorado las funciones de la ciudadanía como agente de estas colaboraciones y se han centrado principalmente en la interacción entre la Administración y las empresas prestadoras de los servicios. Las preferencias y las creencias de la ciudadanía acerca de estas prácticas no se consideran esenciales para la prestación del servicio, o bien una caja negra que los gerentes tienen en cuenta implícitamente a la hora de diseñar y decidir la estrategia de contratación que seguir. Así, se echan en falta estudios que analicen con más profundidad esta relación.

Conceptualmente, existen distintas razones por las cuales los ciudadanos pueden apoyar la CPP. La visión de los consumidores de los servicios públicos proporciona la base teórica para la CPP, que se fundamenta en la premisa de que la competencia entre los proveedores privados reducirá los costos, y aportará más eficiencia y mejores resultados del servicio, mejor información y mejores estándares de servicio a los ciudadanos. Así, ante la oportunidad de elegir entre distintos proveedores, la ciudadanía deja de ser un receptor pasivo del servicio y pasa a ser un consumidor activo (Lowndes, 1995).

Desde la perspectiva del consumidor, la CPP es deseable porque, aprovechando los recursos, las habilidades y el conocimiento del sector privado, los servicios públicos tienen el potencial de resultar incluso más eficientes, efectivos y receptivos a las necesidades públicas. Los defensores del movimiento del Nuevo Servicio Público, también conocido como *post New Public Management* (NPM) o paradigma de la gobernanza, cuestionan la aplicabilidad de la perspectiva del consumidor a la prestación de los servicios públicos (Klijn, 2012) y subrayan la necesidad de centrarse más bien en la equidad social, en la implicación ciudadana y en el empoderamiento ciudadano. Desde esta perspectiva, la ciudadanía no son meros individuos consumidores, sino que también están preocupados por las necesidades de la comunidad, entienden los beneficios de las acciones colectivas y se aseguran de que la Administración pública presta los servicios

para que la ciudadanía en conjunto pueda beneficiarse de ellos (Lowndes, 1995). Así, en la CPP, la ciudadanía participa no solo en la creación de valor, sino también en su distribución y se pregunta quién sale beneficiado de ella (Kivleniece y Quelin, 2012).

La preocupación por el acceso equitativo a los servicios públicos y la tensión potencial entre los proveedores privados, el Gobierno y los intereses sociales, debida a sus objetivos heterogéneos, requieren una gestión esmerada (Powell *et al*., 2010). Esta es la razón por la cual los defensores de la perspectiva ciudadana insisten en la necesidad de la equidad procesal, la gobernabilidad democrática, la deliberación, la integridad, la transparencia y la responsabilidad (Bevir y Trentmann, 2007; Box, 1999; Denhardt y Denhardt, 2000; Jørgensen y Bozeman, 2002). Los defensores de la perspectiva ciudadana son más reacios a apoyar la CPP porque la estructura de gobierno de las empresas privadas no se basa en los principios de representación democrática, deliberación y equidad social, y no existe garantía alguna de que los intereses de las minorías y los agravios de los más desfavorecidos sean tomados en consideración en la planificación y en la prestación de los servicios.

Diversos estudios empíricos parecen apoyar la noción de que los ciudadanos son algo más que meros consumidores de servicios públicos. Por ejemplo, al estudiar un caso de subcontratación en un municipio en Dinamarca, Jørgensen y Bozeman (2002) descubrieron que los opositores temían que las políticas del alcalde en materia de CPP destruyeran el municipio como comunidad. Potter (1988) también observó que los ciudadanos que hacen énfasis en los principios de responsabilidad pública y transparencia posiblemente no quieren las CPPs, y un estudio de Hefetz y Warner (2007) revela que las reivindicaciones de los ciudadanos han reducido las nuevas contrataciones y han aumentado los casos de remunicipalización, eso es, el retorno a la prestación directa.

La CPP ha entrado en una nueva era. En la fase inicial del NPM, sus defensores se centraban en la responsabilidad de la gestión y en la eficiencia técnica, y utilizaban la lógica del desempeño para argumentar a favor de la transformación de la prestación del servicio público (Osborne y Gaebler, 1992). En la era *post* NPM, más orientada a la ciudadanía, se plantean otros valores públicos y las cuestiones éticas, para desafiar la lógica económica y la preocupación exclusiva por el desempeño técnico de los servicios públicos (Christensen y Laegreid, 2011; Zafra-Gómez *et al*., 2013).

Guo y Ho (2018) sugieren que, desde la perspectiva del ciudadano, la relación dicotómica entre eficiencia y gobernanza parece inexistente. La CPP se acepta como un mecanismo legítimo de prestación de servicios y se asocia con otras

medidas políticas que tratan de lograr la sostenibilidad financiera y el gasto responsable del Gobierno. Esta lógica facilita la comprensión de la CPP a la opinión pública, y proporciona nuevos conocimientos e implicaciones para la gestión pública. Las teorías institucionales argumentan que las preferencias individuales no son tan exógenas, ordenadas y económicamente racionales como los economistas neoclásicos han argumentado. Más bien están conformadas por un sistema culturalmente definido cuyo significado está establecido e institucionalizado por reglas, regulaciones, expectativas profesionales, mitos y símbolos (DiMaggio y Powell, 2000). Esta lógica parece explicar por qué la ciudadanía puede no estar pensando de forma "racional" y "coherente" en los beneficios o en los problemas de la CPP, y simplemente está utilizando la lógica de la "idoneidad" y se centra en la importancia simbólica de la colaboración multisectorial como una buena práctica de gobierno. Estos argumentos están relacionados con los resultados que se presentan en el capítulo 6, según los cuales las tradiciones administrativas acaban teniendo un papel determinante en la adopción o no de las CPPs.

V.
La distancia cognitiva entre los actores

Es bien sabido que el potencial de la ventaja colaborativa depende de la capacidad de cada socio de aportar diferentes recursos al proyecto. Estos recursos varían en función de las diferencias institucionales y organizacionales, que producen las tensiones propias de cualquier iniciativa de colaboración (Huxham y Beech, 2003; Ospina y Saz-Carranza, 2010). Por tanto, cabe esperar diferencias entre los socios de la colaboración público-privada. Klijn y Teisman (2003) señalan algunas de las dificultades que conlleva esta colaboración entre los actores de ambos sectores, debidas a sus diferencias; es probable que los actores involucrados tengan diferentes objetivos, así como percepciones y antecedentes distintas. Del mismo modo, Herranz (2008) ha descrito las dificultades causadas por las diferencias entre los distintos sectores en la gestión de redes.

Las dificultades de la gestión del día a día pueden deberse a la relación entre los actores; las CPPs pueden suscitar resistencias a colaborar debidas a las preferencias y las creencias de los actores implicados. Es esencial que la Administración muestre el deseo de colaborar (Jacobson y Ok Choi, 2008), como también que exista un buen contrato que determine la relación entre la Administración y la empresa privada (Liu y Wilkinson, 2014).

Saz-Carranza y Longo (2012) analizan la lógica institucional en las iniciativas de colaboración público-privada. Recomiendan que los gerentes reconozcan las diferencias sectoriales, en especial las diferentes lógicas institucionales, cuando colaboran sectores diferentes. Estos deben tratar de movilizar la legitimidad comunicándose con las partes interesadas externas, así como facilitar la interacción de los socios proporcionando espacios de aprendizaje conjunto. Tradicionalmente, las organizaciones de los sectores público y privado han seguido trayectorias muy distintas en la relación con sus audiencias.

Hablamos de *distancia cognitiva* para referirnos al hecho de que cada individuo percibe y da sentido a su mundo de acuerdo con unas categorías mentales únicas, que se desarrollan a lo largo del tiempo y que dependen de las experiencias educativas, profesionales y sociales que ha vivido de forma directa e indirecta. Cuanto más dispares sean estas historias personales, mayor será la distancia cognitiva entre los agentes. En contextos caracterizados por una gran distancia cognitiva, los agentes involucrados interpretan la misma realidad de diferentes maneras y definen su intencionalidad para actuar en función de estas interpretaciones distintas (Weick, 1995; Weick *et al*., 2005). En estos contextos, es probable que la desalineación cognitiva de los distintos agentes lleve a adoptar comportamientos descoordinados.

Las organizaciones que están muy distantes, desde el punto de vista cognitivo, no comparten las percepciones y los valores básicos y, por tanto, no pueden alinear sus competencias ni sus objetivos. Estas organizaciones no pueden cooperar con éxito, ni siquiera para establecer una asociación (Nooteboom, 2000; Nooteboom *et al*., 2007; Wuyts *et al*., 2005). Sin embargo, el contexto juega un papel importante a la hora de reducir o aumentar la distancia cognitiva de los agentes, así como de alentar o desalentar la innovación, por ejemplo, mediante el fortalecimiento de las normas sociales que respaldan la colaboración o, por el contrario, aquellas que respaldan el comportamiento opuesto.

Existen pocas experiencias que analicen la distancia cognitiva entre los actores de una colaboración público-privada. Caloffi y Gambarotto (2017) analizan la distancia cognitiva entre diferentes actores del sector de la construcción en Italia y Eslovenia, a partir de un análisis textual. En concreto, analizan cuatro actores: los políticos, los técnicos de la Administración, las empresas y las asociaciones. Todos ellos están claramente definidos, pero cabe puntualizar que identifican como asociaciones a las cámaras de comercio y las asociaciones de empresarios. A partir de este análisis, las diferentes variables se agrupan en dos componentes principales. El análisis detecta la presencia de diferentes dominios cognitivos que pugnan por interaccionar unos con otros y que requieren un proceso de aprendizaje parcialmente compartido y coordinado.

La necesidad de generar confianza entre el sector público, como promotor y licitador, y los operadores privados tiene en cuenta la calidad de la relación entre ellos a largo plazo. La relación no solo consiste en intentar construir confianza, sino también en gestionar la complejidad organizativa de la CPP, en términos de tamaño y estructura de gobierno (Van Slyke, 2006; Fernández, 2009). La cifra de negocio objeto del acuerdo y la complejidad de su estructura son factores que contribuyen a disminuir la confianza entre los actores. También mina la confianza la aplicación de una multa al socio privado en caso de incumplimiento. En definitiva, explicar a las diferentes partes implicadas en un proyecto complejo cuál es la estrategia y cuáles son las habilidades de los demás agentes facilita la búsqueda de *partners* y el trabajo colaborativo. Su papel no se limita a mejorar la comunicación, sino que contribuye también a reforzar el entendimiento mutuo, a alinear las diferentes estrategias y a resolver cualquier obstáculo en el proceso de toma de decisiones.

No queremos eludir el debate entre privatización y colaboración público-privada. Savas (2000) sostiene que el concepto de CPP tiende a confundirse con la privatización, que tiene una connotación más negativa que la CPP. La confusión de ambos términos ante el ciudadano pretende agrandar aún más la distancia cognitiva entre los actores de la CPP. La desalineación cognitiva de los distintos

agentes lleva a adoptar comportamientos no solo descoordinados, sino de deslegitimación. Por tanto, la comunicación no solo tiene el papel de favorecer el entendimiento entre los actores para propiciar la CPP, sino también el de legitimarla. Es precisamente en los procesos de política pública de alta complejidad y polarización, como es el caso de las CPPs, donde la dimensión de la retórica adquiere más importancia. La calidad de la comunicación a la hora de definir y compartir unos objetivos claros y concretos y sociabilizar los impactos conseguidos son factores determinantes para el desempeño de la CPP y su legitimación social.

En este sentido, el derecho del usuario a ser consultado sobre su grado de satisfacción con respecto a los servicios públicos y a las actividades de la Administración comienza también a ser reconocido legalmente en algunas de las regulaciones vigentes sobre la transparencia y el buen gobierno. Esta consulta se prevé efectuarse mediante evaluaciones periódicas y de manera regular, lo cual permite incrementar la comunicación y la rendición de cuentas en relación con los resultados obtenidos. Es evidente que, en la CPP, un alto grado de satisfacción en la prestación del servicio por parte del ciudadano consolida el objetivo de calidad que se persigue y refuerza el propio modelo de colaboración.

VI.
La comunicación y la Ley de contratos del sector público

No queremos dejar de analizar las principales soluciones que la Ley 9/2017 aporta a los problemas que se han detectado. Ello ha de permitir a todos los actores (políticos, empresas y ciudadanos) proponer la CPP como una solución para la prestación de los servicios públicos.

El ciudadano y la colaboración público-privada

Los artículos 1.3 y 28.2 de la LCSP 9/2017 exigen que, en cualquier proceso de contratación, se incorporen los criterios sociales y ambientales de manera transversal y preceptiva; se facilite el acceso a la contratación a las pequeñas y medianas empresas, y se valore la inclusión de consideraciones sobre el fomento de la innovación. Como ya hemos explicado en apartados anteriores de este capítulo, el 91% de los ciudadanos españoles están dispuestos a pagar un mayor precio si se incluyen los aspectos sociales; el 88%, si se incorporan criterios ambientales; el 86%, para favorecer la pequeña y mediana empresa, y el 81%, si se fomenta la innovación. Estos valores, muy por encima de los de la UE-27, evidencian que la legislación contractual administrativa ha mantenido un componente anacrónico entre lo que el ciudadano requería a la contratación administrativa y lo que esta le ofrecía. Así pues, la LCSP aborda el déficit histórico y estructural de España en esta materia: el ciudadano español está dispuesto a pagar un sobreprecio si se tienen en cuenta los aspectos anteriores. La desaparición del concepto de oferta económicamente más ventajosa constituye, pues, un acercamiento a las demandas del ciudadano en materia de contratación pública. La percepción de que las empresas privadas solo buscan el beneficio queda más diluida con la aparición de unos valores que se acercan más a las preferencias de los ciudadanos.

Asimismo, como señala Gimeno Feliú (2018), se refuerza la posición de los trabajadores en los contratos, al establecerse obligaciones esenciales sobre la calidad de las condiciones de empleo y de retribución cuyo incumplimiento puede justificar la resolución del contrato. Y se elimina la posibilidad de realizar «*dumping*» social mediante la precarización de las condiciones laborales, al establecer la obligación de respetar los convenios sectoriales. Estas nuevas medidas están destinadas a garantizar un empleo de calidad y a subsanar, en parte, la problemática surgida a raíz de las subcontrataciones en las CPPs.

Las empresas y la colaboración público-privada

La relación entre la Administración pública y la empresa privada genera una gran insatisfacción en las empresas que acuden a la contratación pública. En efecto, su grado de satisfacción con el trato que reciben de la Administración pública es de los más bajos de la UE-27, y también con la facilitad de obtener información fidedigna de la Administración.

El artículo 115 de la LCSP 9/2017 incluye las consultas preliminares al mercado, para que la Administración pueda preparar correctamente la licitación e informar a los operadores económicos de sus planes y de los requisitos que se exigen para concurrir en el procedimiento. El órgano de contratación se sirve de estas consultas para planificar el procedimiento de licitación, de modo que los pliegos incluyen los resultados de las consultas realizadas, salvo que se indique lo contrario y se especifiquen los motivos. Esta nueva iniciativa permite acortar la distancia entre las empresas y la Administración pública, y salvaguardar los principios de la competencia en la contratación.

Como ya hemos visto en el apartado sobre la percepción del sector privado sobre la contratación, las empresas españolas no solo tienen una percepción mucho peor de la contratación, sino que, cuanto más pequeña es la empresa, mayor es el diferencial con respecto a sus homólogas de la Unión Europea. Para revertir esta situación, la Ley 9/2017 facilita a las PYMEs mejoras en cinco ámbitos:

- *Menor carga administrativa*. La ley simplifica los procedimientos.
- *Acceso a más contratos*. La división de los contractos en lotes permite a las PYMEs acceder más fácilmente a ellos, y la solvencia técnica y económica que se exige es proporcional al contrato.
- *Mayores ganancias*. Dado que desaparece la idea de la oferta económicamente más ventajosa, la PYME ya no tiene que competir principalmente en precio y se valora más la calidad.
- *Menos morosidad*. Dado que la Administración ahora puede pagar directamente al subcontratista, que solía ser una PYME subcontratada por una gran empresa en contratos de alto valor, las pequeñas y medianas empresas salen beneficiadas.

Así, igual que en el caso de los ciudadanos, la ley acerca las empresas, en especial las pequeñas y medianas empresas, a los valores de los demás actores de la CPP. Seguramente, será difícil que los obstáculos a participar en estos procesos sean los mismos por el tamaño de la empresa, como también ocurre a las empresas de los demás países de la Unión Europea.

VII.
Conclusión

La eficacia de las políticas públicas depende, en gran medida, de cómo se eligen y se llevan a la práctica. La formulación de las políticas y su aplicación requieren una negociación entre diversos actores; en este sentido, es fundamental entender las motivaciones, alinear las expectativas y coordinar a los actores para su correcta implementación (Banco Mundial, 2017). En España, con la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP), se replantea el proceso de interacción entre los actores públicos y privados y los ciudadanos, con objeto de incrementar su capacidad de reconfigurar y moldear sus objetivos (preferencias y creencias de los actores) y coordinar más sus expectativas. Algunos ejemplos de estos cambios son realizar consultas previas al mercado, dar menor peso al precio en la adjudicación y otorgar más importancia al valor social y ambiental en la contratación.

Alinear las expectativas y coordinar a los actores públicos, privados y a los ciudadanos es fundamental para preservar los valores públicos en la implementación de las políticas públicas a través del modelo de colaboración público-privada. Sin embargo, la CPP no está exenta de complicaciones, y uno de sus principales retos es la dificultad de lograr unos objetivos compartidos entre los actores. Los valores públicos permiten definir la posición que ocupa el sector público, y preservar estos valores cuando el sector privado participa en la prestación de servicios públicos es uno de los desafíos más significativos de estas colaboraciones. Cuantos menos valores compartan los diferentes actores en la CPP, más lejana será la posición cognitiva entre ellos, los agentes involucrados interpretarán la misma realidad de diferentes maneras y definirán su intencionalidad para actuar en función de estas interpretaciones distintas. Esta distancia cognitiva dificulta aún más tanto el desarrollo de un sentido de comunidad entre las partes como la gestión de la colaboración.

España es uno de los países de la Unión Europea en que la distancia entre la Administración, la empresa privada y la ciudadanía es mayor. Es precisamente en los procesos de política pública de alta complejidad y polarización, como es el caso de las CPPs, donde la dimensión de la retórica adquiere una mayor importancia y la comunicación resulta determinante para alinear los objetivos, las preferencias y las creencias de la Administración, las empresas y la ciudadanía. Esta reducción de la distancia cognitiva entre todas las partes ha de contribuir a incrementar el desempeño de estas colaboraciones y dotarlas de una mayor legitimación social como forma de implementar determinadas políticas públicas de forma óptima.

Bibliografía

ALTSHULER, A. A.; LUBEROFF, D. E. (2004): *Mega-Projects: The changing politics of urban public investment*. Brookings Institution Press.

BANCO MUNDIAL (2017): *World Development Report 2017: Governance and the law: Main report (English)*. Washington, DC: World Bank Group. http://documents.worldbank.org/curated/en/774441485783404216/Main-report

BEVIR, M.; TRENTMANN, F. (2007): "After Modernism: Local reasoning, consumption, and governance". En: *Governance, Consumers and Citizens*. Londres: Palgrave Macmillan, pp. 165-190.

BOX, R. C. (1999): "Running government like a business: Implications for public administration theory and practice". *The American Review of Public Administration*, 29(1): 19-43.

BOYCKO, M.; SHLEIFER, A.; VISHNY, R. W. (1996): "A Theory of Privatisation". *The Economic Journal*, pp. 309-319.

BOYER, E. J.; VAN SLYKE, D. M.; ROGERS, J. D. (2015): "An empirical examination of public involvement in public-private partnerships: Qualifying the benefits of public involvement in PPPs". *Journal of Public Administration Research and Theory*, 26(1): 45-61.

BOZEMAN, B. (2007): *Public Values and Public Interest: Counterbalancing economic individualism*. Georgetown University Press.

BROADBENT, J.; LAUGHLIN, R. (2003): "Public-Private Partnerships: An introduction". *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, 16(3): 332-341.

CALOFFI, A.; GAMBAROTTO, F. (2017): "Cognitive distance in public procurement and public-private partnerships: An analysis of the construction sector". *Environment and Planning C: Politics and Space*, 35(5): 765-783.

CHRISTENSEN, T.; LAEGREID, P. (2011): "Democracy and administrative policy: contrasting elements of New Public Management (NPM) and post-NPM". *European Political Science Review*, 3(1): 125-146.

COMISIÓN EUROPEA (2011). *Special Eurobarometer 363 / Wave 75.1: Internal Market: Awareness, Perceptions and Impacts*. Bruselas: TNS Opinion & Social.

COMISIÓN EUROPEA (2016): *Flash Eurobarometer 417. European Businesses and Public Administration*. Bruselas: TNS Opinion & Social.

COSTAS, A. (2007): "De consumidor a ciudadano: el papel de la satisfacción del ciudadano en la sostenibilidad de los mercados de servicios públicos". *Evaluación de Políticas Públicas*, 836 (mayo-junio). Información Comercial Española.

DENHARDT, R. B.; DENHARDT, J. V. (2000): "The New Public Service: Serving rather than steering". *Public Administration Review*, 60(6): 549-559.

DIMAGGIO, P. J.; POWELL, W. W. (2000): "The iron cage revisited institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields". En: *Economics Meets Sociology in Strategic Management*. Emerald Group, pp. 143-166.

FERNÁNDEZ, S. (2009). "Understanding contracting performance: An empirical analysis". *Administration & Society*, 41(1): 67-100.

FLINDERS, M. (2010): "Splintered logic and political debate". En: Hodge, G.; Greve, C.; Boardman, A. (eds.), *International Handbook on Public-Private Partnerships*. Northampton, MA: Edward Elgar, pp. 115-131.

FUMAGALLI, E.; GARRONE, P.; GRILLI, L. (2007): "Service Quality in the Electricity Industry: The role of privatization and managerial behavior". *Energy Policy*, 35(12): 6212-6224.

GALIANI, S.; GERTLER, P.; SCHARGRODSKY, E. (2005): "Water for Life: The impact of the privatization of water services on child mortality". *Journal of Political Economy, 113(1), 83-120.*

GIMENO FELIÚ, J. M. (2018): "La nueva Ley de Contratos del Sector Público: hacia un modelo de contratación pública transparente". *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, 153, pp. 34-39.

GRADUS, R.; BUDDING, T. (2017): *Political Explanations for Increasing Dutch Re-Municipalization*. Washington: 2016 APPAM Conference. Sesión: "Understanding Privatization Reversals among Local Governments in the US and Europe".

GUO, H.; HO, A. T. K. (2018): "Support for Contracting-Out and Public-Private Partnership: Exploring citizens' perspectives". *Public Management Review*, pp. 1-21.

HART, O. (2003): "Incomplete contracts and public ownership: Remarks, and an application to public-private partnerships". *The Economic Journal*, 113(486).

HEFETZ, A.; WARNER, M. (2004): "Privatization and Its Reverse: Explaining the dynamics of the government contracting process". *Journal of Public Administration Research and Theory*, 14(2): 171-190.

HEFETZ, A.; WARNER, M. (2007): "Beyond the market versus planning dichotomy: Understanding privatization and its reverse in US cities". *Local Government Studies*, 33(4): 555-572.

HERRANZ JR., J. (2007): "The multisectoral trilemma of network management". *Journal of Public Administration Research and Theory*, 18(1): 1-31.

HODGE, G. A. (2004): "The risky business of public–private partnerships". *Australian Journal of Public Administration*, 63(4): 37-49.

HODGE, G. (2010): "Reviewing public-private partnerships: Some thoughts on evaluation". En: Hodge, G.; Greve, C.; Boardman, A. (eds.), *International Handbook on Public-Private Partnerships*. Northampton, MA: Edward Elgar, pp. 81-112.

HUXHAM, C.; BEECH, N. (2003): "Contrary Prescriptions: Recognizing good practice tensions in management". *Organization Studies*, 24(1): 69-93.

JACOBSON, C.; OK CHOI, S. (2008): "Success Factors: Public works and public-private partnerships". *International Journal of Public Sector Management*, 21(6): 637-657.

JØRGENSEN, T. B.; BOZEMAN, B. (2002): "Public Values Lost? Comparing cases on contracting out from Denmark and the United States". *Public Management Review*, 4(1): 63-81.

KERNAGHAN, K. (2003): "Integrating Values into Public Service: The values statement as centerpiece". *Public Administration Review*, 63(6): 711-719.

KIVLENIECE, I.; QUELIN, B. V. (2012): "Creating and Capturing Value in Public-Private Ties: A private actor's perspective". *Academy of Management Review*, 37(2): 272-299.

KLIJN, E. H. (2012): "New Public Management and Governance: A comparison". *Oxford Handbook of Governance*, pp. 201-214.

KLIJN, E. H.; TEISMAN, G. R. (2003): "Institutional and Strategic Barriers to Public-Private Partnership: An analysis of Dutch cases". *Public Money and Management*, 23(3): 137-146.

LIU, T.; WILKINSON, S. (2014): "Critical factors affecting the viability of using public-private partnerships for prison development". *Journal of Management in Engineering*, 31(5).

LOWNDES, V. (1995): "Citizenship and Urban Politics". *Theories of Urban Politics*, cap. 9, p. 160.

MOORE, M. H. (1995): *Creating Public Value: Strategic management in government*. Harvard University Press.

NOOTEBOOM, B. (2000): "Institutions and forms of co-ordination in innovation systems". *Organization Studies*, 21(5): 915-939.

NOOTEBOOM, B.; VAN HAVERBEKE, W.; DUYSTERS, G.; GILSING, V.; VAN DEN OORD, A. (2007): "Optimal cognitive distance and absorptive capacity". *Research Policy*, 36(7): 1016-1034.

OSBORNE, D.; GAEBLER, T. (1992): *Reinventing Government: How the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*. Addison-Wesley.

OSBORNE, D.; PLASTRIK, P. (1998): *Banishing Bureaucracy: The five strategies for reinventing government*. Nueva York: Penguin Books.

OSPINA, S.; SAZ-CARRANZA, A. (2005): "Paradox and collaboration in coalition work". En: *A New Vision of Management in the 21st Century.* Annual Meeting of the Academy of Management, agosto, pp. 5-10.

POTTER, J. (1988): "Consumerism and the public sector: How well does the coat fit?" *Public Administration*, 66(2): 149-164.

POWELL, M.; GREENER, I.; SZMIGIN, I.; DOHENY, S.; MILLS, N. (2010): "Broadening the focus of public service consumerism". *Public Management Review*, 12(3), 323-339.

REYNAERS, A-M.; DE GRAAF, G. (2014): "Public Values in Public–Private Partnerships". *International Journal of Public Administration*, 37(2): 120-128.

REYNAERS, A. M.; PAANAKKER, H. (2016): "To privatize or not? Addressing public values in a semi-privatized prison system". *International Journal of Public Administration, 39(1): 6-14.*

ROSELL, J. (2017): "Qué dice la academia sobre la remunicipalización". *Observatorio de las Ideas*, 51.

SAVAS, E. (2000): *Privatization and Public Private Partnership*. Nueva York: Chatham House.

SAZ-CARRANZA, A.; LONGO, F. (2012): "Managing competing institutional logics in public-private joint ventures". *Public Management Review*, 14(3): 331-357.

TORNOS, J. (2016): "Servicios públicos y remunicipalización". *Derecho PUCP*, 76, pp. 51-76.

VAN SLYKE, D. M. (2006): "Agents or Stewards: Using theory to understand the government non-profit social service contracting relationship". *Journal of Public Administration Research and Theory*, 17(2): 157-187.

WEICK, K. E. (1995). *Sense-making in Organizations*. 3 vols. Sage.

WEICK, K. E.; SUTCLIFFE, K. M.; OBSTFELD, D. (2005): "Organizing and the process of sense-making". *Organization Science*, 16(4): 409-421.

WUYTS, S.; COLOMBO, M. G.; DUTTA, S.; NOOTEBOOM, B. (2005): "Empirical tests of optimal cognitive distance". *Journal of Economic Behavior & Organization*, 58(2): 277-302.

ZAFRA-GÓMEZ, J. L.; RODRÍGUEZ BOLÍVAR, M. P.; MUNOZ, L. A. (2013): "Contrasting New Public Management (NPM) *versus* post-NPM through financial performance: A cross-sectional analysis of Spanish local governments". *Administration & Society, 45(6): 710-747.*

Capítulo IV

Requerimientos básicos de capacidad institucional en la colaboración público-privada

Cambra de Comerç de Barcelona

Resumen

Las capacidades institucionales explican el grado de éxito o fracaso de las CPPs. Sin embargo, tres elementos transversales marcan ya el éxito de cualquier iniciativa de CPP: la seguridad jurídica, la transparencia y la *accountability*. Podemos constatar, pues, que el papel de las instituciones en la gobernanza de las CPPs, pese a haber sido históricamente un tema relegado en la literatura, es hoy reclamado y restituido por los propios investigadores y *practitioners*. La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017 (LCSP) pone el foco en las capacidades institucionales para la fase de gestión de las CPPs. Dentro de las capacidades institucionales, la administrativa focalizada en los recursos humanos cobra también importancia. Con la LCSP la gestión de la contratación pública pasa de tarea administrativa a profesión estratégica. Al fin y al cabo, la profesionalización es una de las claves de la nueva gobernanza de la contratación pública impulsada desde la UE. Así, es necesario elaborar estrategias de profesionalización a largo plazo, más allá de los ciclos electorales ordinarios, con profesionales orientados a la resolución de problemas, colaborar en red, adaptables, con iniciativa e imaginación, entre otras características. A modo ilustrativo de las capacidades institucionales necesarias para el éxito de la CPP, se describe el caso Entidades de Base Asociativa (EBAs) en la atención primaria de la sanidad.

PALABRAS CLAVE

Capacidad institucional
Seguridad jurídica
Transparencia
Accountability
Profesionalización
Entorno institucional
Estrategia nacional de Contratación Pública
Gestor integral de la contratación

I.
Introducción

En este capítulo, vamos a intentar identificar cuáles son las principales capacidades institucionales que las iniciativas de CPP ponen en juego y explican, por tanto, en alguna medida, el grado de éxito o fracaso de las diferentes experiencias. Para ello, comenzaremos por abordar el concepto de capacidad institucional y su aplicabilidad a la CPP y deslindar aquellas capacidades que son requeridas en cualquier iniciativa de colaboración, cualquiera que sea su modalidad o la forma que revista. Describiremos aquí tres capacidades básicas transversales, comunes a cualquier modo de CPP: seguridad jurídica, transparencia y rendición de cuentas. Abordaremos a continuación la noción de entorno institucional, acuñada por la OCDE y otros organismos internacionales, como una de las claves para el éxito de los proyectos de la CPP. Y completaremos el marco teórico analizando la gestión del talento y la profesionalización en la contratación pública como un factor clave de la capacidad institucional de la CPP, en la línea de lo que desde principios de siglo viene planteando la OCDE y que finalmente se ha plasmado en una ambiciosa propuesta de la Comisión Europea (Recomendación 2017/1805, de 3 de octubre de 2017).

Por último, introduciremos una ilustración de todo este aparato conceptual y describiremos con cierto detenimiento una experiencia valiosa de CPP: la de las Entidades de Base Asociativa (EBAs) en la prestación de servicios de atención primaria de salud en Cataluña. Analizaremos esa experiencia a la luz de los conceptos avanzados en los apartados anteriores, así como la importancia de la gestión del talento y el profesionalismo compartido.

II.
La capacidad institucional y la colaboración público-privada

La capacidad institucional es un concepto en movimiento y su definición ha ido modificándose a lo largo del tiempo. En los años noventa, se abre paso la idea de que ni los mercados ni las democracias pueden funcionar bien si los gobiernos no son capaces de administrar los recursos equitativamente, con eficiencia y transparencia, con el fin de responder a las demandas ciudadanas para el bienestar social. Es lo que a día de hoy llamamos buena gobernanza o buen gobierno.

Rosas Huerta (2008) nos describe el concepto de capacidad institucional de forma más actual, y la divide en dos componentes o subtipos: administrativa y política. La capacidad administrativa hace referencia a las habilidades técnico-burocráticas del aparato estatal requeridas para instrumentar sus objetivos oficiales. Destacan dentro de ésta dos componentes: los recursos humanos y la organización. Por otra parte, la capacidad política se refiere a la interacción política que, enmarcada en ciertas reglas, normas y costumbres, establecen los actores del Estado y el régimen político con los sectores socioeconómicos y con aquellos que operan en el contexto internacional.

Así, la capacidad institucional no sólo va a depender de la existencia de cuadros burocráticos expertos y bien motivados y de organizaciones administrativas coherentes, sino también de las constituciones y de la acción de los actores sociopolíticos involucrados. Como señala Rosas Huerta (2008), centrar la atención en la capacidad administrativa constituye una necesidad analítica para evaluar la capacidad institucional, pero también es necesario tener en cuenta la capacidad política.

La CPP se ha visto, lógicamente, afectada por esta convicción crecientemente extendida acerca de la relevancia de la capacidad institucional para el funcionamiento de los sistemas públicos. Y así, la calidad del entorno institucional ha acabado por abrirse paso en la literatura sobre CPP como un factor clave de éxito de las iniciativas y proyectos en este campo. El significado de esto es, en otras palabras, que más allá de la calidad técnica de los proyectos y el rigor de los análisis económicos subyacentes, los factores de capacidad institucional se consideran, de manera muy compartida por los expertos, cruciales para el éxito de las experiencias de CPP.

¿De qué capacidades hablamos y hasta qué punto su relevancia es común a las diferentes clases y formatos de CPP? De entrada, y sin perjuicio de entrar más adelante en estas diferencias, podemos avanzar que el éxito de cualquier iniciativa de CPP requiere la concurrencia, en el entorno institucional, de ciertos

elementos que podríamos llamar transversales, abundantemente citados por la literatura especializada. y comunes a las diferentes modalidades de colaboración a las que aludiremos más adelante. Al menos tres de estos elementos transversales nos parecen, de entrada, identificables. En primer lugar, la seguridad jurídica, que debe combinar la claridad de la legislación aplicable, y su estabilidad, entendida especialmente como resistencia a los ciclos políticos, así como la fiabilidad de los órganos jurisdiccionales encargados de velar por su cumplimiento. Cabe resaltar aquí que la seguridad jurídica requiere arreglos institucionales formales (reglas, procesos, estructuras) pero también informales (confianza social, normas implícitas de reciprocidad, cumplimiento espontáneo de pactos y normas). En general, cuanto mayor sea la dotación de estos últimos, menores serán los costes de transacción inherentes a las experiencias de CPP, más probable será la disposición de los actores privados a realizar inversiones y con más fluidez se producirán, por tanto, los acuerdos entre los actores. Para medir la seguridad jurídica, un indicador útil es el de *WJP Rule of Law*, publicado anualmente por el *World Justice Project*. Este índice contempla para 113 países los derechos fundamentales, orden y seguridad, cumplimiento normativo, y justicia civil y criminal, así como las restricciones de los poderes del gobierno, la ausencia de corrupción o el gobierno abierto.

En segundo lugar, la transparencia de los marcos y acuerdos de colaboración. El acceso libre y fluido a toda la información de carácter público no clasificada por razones legales es comúnmente aceptada en nuestros días como un requisito inherente a las prácticas de buena administración. En materia de CPP, un alto grado de transparencia es imprescindible, específicamente, por dos razones: a) para reducir los riesgos de colusión de intereses o desprotección del patrimonio público que deben ser cuidadosamente evitados en cualquier clase de interacción entre lo público y lo privado; y b) para contribuir al mayor grado de adhesión social de las iniciativas de CPP en un campo en el que los riesgos de corrupción producen a menudo reticencias en la ciudadanía que pueden ser políticamente manejadas y explotadas en contra de la CPP. En este sentido, la legislación de contratos del sector público (Colet, 2018: pp.58) amplía sustancialmente los actos del procedimiento que deben publicarse en el perfil del contratante, así como los informes, hasta ahora considerados internos, que deben motivar las diferentes decisiones de los órganos administrativos a lo largo del mismo. Un índice bien conocido, en estrecha relación con la transparencia, es el *Corruption Perception Index*, de Transparencia Internacional. Este índice recoge para 180 países los niveles percibidos de corrupción en el sector público según expertos y empresarios.[138]

138
El papel de la transparencia en las políticas de un país a favor de la CPP y de una mejor gobernanza de ésta es analizado con más profundidad en el capítulo último de esta publicación.

En tercer y último lugar, la *accountability* de las colaboraciones, esto es, la exigencia y rendición de cuentas rigurosa de sus resultados. Hay que señalar en este punto que la *accountability* se inicia desde el mismo diseño de la CPP, cuando se fijan los objetivos que se pretende alcanzar y de los que habrá que rendir cuentas. También aquí, hablando de la ley de contratos, señala Colet (2018: pp. 56) que las directivas europeas de cuarta generación obligan a transitar desde los tradicionales objetivos de ejecución presupuestaria y de ahorro en el precio del contrato hacia objetivos de eficiencia en la aplicación de fondos públicos, introduciendo un nuevo esquema de criterios de adjudicación que se centra en el valor de las proposiciones como relación entre los *outcomes* y los costes asociados, y se vincula a una estrategia de crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Pues bien, del logro de todo ello habrá que rendir cuentas en el momento o momentos apropiados. El mero hecho de que un gobierno proporcione más información económica, social y financiera no se traduce en una mayor *accountability*. Es recomendable en este sentido el índice propuesto por Williams (2015) para medir la *accountability* para más de 190 países. Williams (2015) nos muestra que, a pesar de que la transparencia y la *accountability* se hallan correlacionadas, los índices de una y otra pueden ser más o menos próximos según los países de que se trate.

Y, desde luego, la rendición de cuentas exige en la gestión de las iniciativas de CPP, cualquiera que sea la modalidad de la que hablemos, una atención significativa a las actividades de monitoreo de la ejecución y evaluación de la experiencia. Solo una alta capacidad de supervisión operativa –reclamada, como veíamos, por la OCDE- permitirá al actor público estar en condiciones de contrastar lo realizado con los objetivos perseguidos y dar cuenta de ello con base en evidencias; tal como queda ejemplificado en el caso de las de las Entidades de Base Asociativa (EBAs).

III.
El entorno institucional y su relación con el éxito de la colaboración público-privada

¿De qué hablamos, cuando lo hacemos de "entorno institucional? La OCDE (OECD 2012), así como un conjunto de organismos multilaterales, en el marco del *PPP Knowledge Lab* (IBRD/The World Bank, 2017) coinciden en la importancia de asegurar un entorno institucional adecuado para el éxito de los proyectos de CPP. El primero de estos documentos conceptualiza este entorno distinguiendo en el mismo tres ámbitos o niveles: 1) el macro-institucional, que debe asegurar el conocimiento público de los costes, riesgos y beneficios asociados, la definición y asunción de los roles y responsabilidades institucionales clave, y un entorno regulatorio claro, transparente y eficaz; 2) el de la gobernanza de la iniciativa, que debe garantizar el liderazgo del gobierno, la selección de la opción de inversión más adecuada, la transferencia de los riesgos al actor más capaz de gestionarlos, la capacidad pública de supervisión de la fase operativa, la aptitud para renegociar si cambian las circunstancias y la existencia de una suficiente competencia en el mercado; y 3) el del marco presupuestario, que implica una autoridad central garante de la sostenibilidad de la inversión, un proceso presupuestario transparente y un sistema de garantías de la integridad en el proceso de contratación.

En un sentido análogo, Jooste et al. (2011) han utilizado la noción de "campo habilitador" de la CPP, entendiendo por tal el conjunto de elementos regulativos, normativos y cognitivos que habitan o conforman el entorno institucional dentro del cual se emprende una CPP (Scott, 2008). Los elementos reguladores se caracterizan por su fijación explícita de reglas, procesos de monitoreo y sanción (Powell y DiMaggio, 1983). Los elementos normativos son concepciones de lo "preferido" junto con la construcción de estándares que son formas legítimas de buscar valores que no están codificados, pero que se siguen según corresponda (Stinchcombe, 1997). Los elementos cognitivo-culturales consideran las concepciones compartidas que constituyen la naturaleza de realidad social (Scott, 2008).

En esta línea, Delhi y Mahalingam (2017) estudian toda la literatura existente y la experiencia sustantiva de expertos en CPP para desarrollar sistemáticamente una tipología integral de condiciones institucionales y estrategias específicas de proyectos que pueden resultar significativas para lograr un desempeño satisfactorio posterior a la adjudicación de proyectos de CPP. Más de 354 documentos identifican 19 dimensiones en el entorno institucional y de características del proyecto para definir el entorno en el que se implementa una iniciativa.

Un primer resultado del estudio es que tanto los investigadores como los profesionales reconocen el papel de los elementos institucionales y de los mecanismos estratégicos para gestionar mejor las CPPs. En segundo lugar, se constata que la medición del éxito de un proyecto de CPP debe ir más allá del coste y el rendimiento en el tiempo. En tercer lugar, el estudio identifica una tercera e importante interfaz entre varias agencias públicas que da lugar a otro conjunto de mecanismos estratégicos para gestionar la fase posterior a la adjudicación de los proyectos de la CPP. La Figura 4.1 muestra el esquema de gobernanza propuesto después de un análisis con el método Delphi.

Desde la perspectiva de un profesional, estas vías pueden ser útiles para los diseñadores de proyectos. Los promotores y diseñadores pueden elegir estrategias específicas para la implementación en función de las características del proyecto y el ambiente institucional dentro del cual está situado. Así, la presencia de apoyos cognitivos en el entorno institucional combinado con estrategias, tales como el uso de integradores para el enlace entre departamentos, puede permitir que los proyectos se completen a tiempo y con el presupuesto superando los retrasos en la coordinación de la construcción. Los investigadores invitan a ampliar o modificar el esquema de calibración y, cuando sea posible, a aumentar su granularidad actual, al tiempo que también se generan y prueban propuestas relacionadas con cómo las CPPs se pueden gobernar con éxito.

El estudio es un paso inicial para reunir y estudiar las complejas interrelaciones entre los contextos institucionales, las características del proyecto y las estrategias de gobierno en la gestión de proyectos para el éxito a lo largo de su ciclo de vida. La investigación futura debería analizar en mayor detalle la interacción entre los elementos del marco en proyectos de CPP para relacionar empíricamente las instituciones y proyectar estrategias específicas para el desempeño posterior a la adjudicación en los proyectos de CPP.

Podemos constatar, pues, que el papel de las instituciones en la gobernanza de las CPPs, pese a haber sido históricamente un tema relegado en la literatura es hoy reclamado y restituido por los propios investigadores y *practitioners*, tal como encuentran Delhi y Mahalingam (2017). A su vez, en España, mientras en las anteriores leyes de contratación del sector público se había puesto el foco en la fase de adjudicación de los proyectos, tanto la Ley 9/2017 como las aportaciones de la academia caminan en una dirección distinta y análoga: lo que cuenta, más que ninguna otra cosa, es la gobernanza de las instituciones.

Figura 4.1

Esquema de la gobernanza de la CPP

ENTORNO INSTITUCIONAL

Regulatorio

- Legislación
- "Reales decretos"
- Políticas gubernamentales
- Supervisores independientes

Cognitivo

- Líder del proyecto
- Prácticas consolidadas
- Políticas gubernamentales

Normativo

- Influencia agencias financiadoras
- Influencia agencias multilaterales
- Influencia de consultores
- Modelos estandarizados
- Historias de éxito de CPPs

ESTRATEGIAS DE GOBERNANZA

Interacción público-privada

- Gobierno de la junta del proyecto
- Equidad gubernamental
- Resolución de conflictos
- Amortiguadores financieros del proyecto
- Innovación en la gestión del proyecto
- Flexibilidad en los contratos

Interfaz *stakeholders*

- Retroacción de los usuarios
- Divulgación información
- Proceso razonable y transparente

Interfaz sector público

- Continuidad
- Selección consultores
- Integradores
- Rigor en el intercambio de proyectos

CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO

Capacidades

- Sector público
- Sector privado
- Consultores

Complejidad

- Tamaño e incentivos
- Incertidumbre finalización
- Incertidumbre demanda
- Interdependencias proyecto

RESULTADOS

Fase de construcción

- Sobrecostes construcción
- Retrasos construcción

Fase de ejecución

- Reestructuración
- Rendimiento sostenido
- Sostenibilidad financiera
- Adaptabilidad
- Legitimidad

Fuente: Delhi y Mahalingam (2017)

IV.
Las personas como un factor clave de la capacidad institucional: la profesionalización en la colaboración público-privada

Corresponde ahora analizar un elemento especialmente relevante, el de las personas, que forma parte de uno de los dos componentes de la capacidad institucional, la capacidad administrativa, tal y como hemos visto que la describe Rosas Huerta (2008). La Comisión Europea le dedica una atención especial a este elemento al apostar por la profesionalización de la contratación pública, en la que se enmarca la CPP, con la finalidad de "aumentar el perfil, influencia, impacto y reputación de la contratación pública en la consecución de objetivos públicos" (Considerando número 6 de la Recomendación 2017/1805, de 3 de octubre de 2017). De esta manera, tal y como remarca Gimeno Feliu (2018a: pp. 128-129), la Unión Europea refuerza una idea clave que queda muy diluida en la Ley de Contratos del Sector Público, pues "la profesionalización es en estos momentos una de las claves de la nueva gobernanza de la contratación pública impulsada desde la UE". Esto supone un auténtico cambio de cultura, tal y como había apuntado Sanmartín Mora (2012: pp. 407 y 430) en un estudio pionero y especialmente lucido por su visión anticipativa, al afirmar que la gestión de la contratación pública debía pasar de tarea administrativa a profesión estratégica; entendiendo la profesionalización en sentido amplio como "la necesidad de responder a los grandes retos de la contratación pública con formación, información y apoyo a los agentes implicados, tanto autoridades y empleados públicos de los poderes adjudicadores como a los operadores económicos". La propia OCDE refuerza esta concepción al reconocer la contratación pública como una profesión en sí misma; y lo hace en una Recomendación sobre la contratación pública del año 2015 a la que se refiere expresamente la Recomendación de la Comisión Europea de 2017. Pero hay una crítica importante que se le puede hacer a esta Recomendación sobre la profesionalización y que es especialmente relevante en el caso de la CPP: que no se incluye a los operadores económicos y agentes privados implicados, tal y como vemos que planteaba Sanmartín Mora y como también señala el Comité Económico y Social Europeo en su dictamen de 14 de febrero de 2018 (publicado el 28 de junio de 2018).

El reto ahora es poner en marcha esa apuesta por la profesionalización y para ello es necesario combinar un doble análisis: el del contenido de la Recomendación y el de la actual situación del empleo público en España para responder a esos objetivos, como lo es por ejemplo el diseñar una carrera profesional específica en el ámbito de la contratación pública.

V.
Construir una arquitectura institucional para la profesionalización de la contratación pública

Nos encontramos ante una Recomendación técnicamente muy ambiciosa cuya finalidad principal es constituir un marco de referencia para que cada Estado desarrolle su propio modelo de profesionalización a partir de dos requisitos previos. El primer requisito es la realización de un diagnóstico riguroso de las necesidades, recursos y estructura administrativa vinculada a la contratación pública; y el segundo requisito es decidir si las estrategias de profesionalización de la contratación a largo plazo se desarrollan de manera autónoma o como parte de políticas más amplias de profesionalización de la administración pública. En el caso de España nos encontramos con que la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017 ha creado la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, que entre sus responsabilidades tiene la de promover la profesionalización en la contratación pública, mediante un nuevo instrumento jurídico vinculante para todo el sector público, la denominada Estrategia Nacional de Contratación Pública, que se diseñará y ejecutará en coordinación con las Comunidades Autónomas y Entidades Locales con un horizonte de cuatro años. De modo que entendemos que a este nuevo órgano le corresponde impulsar la propuesta del modelo de profesionalización, para lo que cuenta con una División de estudios, profesionalización y formación especializada; un órgano cuya creación, en palabras de Betancor Rodríguez (2018: pp. 689), es "el cambio más relevante acaecido en la denominada gobernanza de la contratación desde la creación, en los años 60 del siglo pasado, de la Junta Consultiva".

La arquitectura institucional de la profesionalización se basa en tres pilares: la definición de una política de profesionalización, una adecuada gestión de los recursos humanos, y el desarrollo de sistemas para el suministro de herramientas y metodologías para el apoyo de la práctica profesional. En una primera aproximación sobre los retos que plantea esa apuesta por la profesionalización, resultan ilustrativas las conclusiones del taller realizado en el I Congreso Anual de Contratación Pública del Observatorio de la Contratación Pública (ObCP, diciembre 2017):

- Elevar la figura del profesional de la contratación: mayor reconocimiento, más cercanía a figuras directivas, mayor relevancia política, involucrarlos como parte de la cadena de valor en la prestación de servicios públicos y mayores incentivos.
- Más y mejor formación: formación innovadora y especializada, itinerarios formativos para distintos perfiles, formación práctica, introducir elemen-

tos/iniciativas que motiven a formarse, más allá de la formación jurídica, formar equipos y no personas y formación para el sector privado.

- Crear entornos de colaboración: redes de conocimiento para conectar unidades de contratación, mayor relación entre académicos/gestores/políticos, intercambio de conocimiento entre profesionales y mayores entornos colaborativos.
- Mayor soporte a la aplicación de las normativas, recomendaciones y mejores prácticas: órgano coordinación y consulta, mayor colaboración y coordinación del Estado y aplicación según realidad (estatal/autonómica/local).
- Contratación como herramienta: contratación pública como herramienta para promover políticas públicas, con la inclusión de PYMEs.
- Mejoras en TI y metodología: mayor planificación y coordinación para reducir presión en departamentos de contratación, planificación y seguimiento de contratos, visión integral del ciclo de contratación, equipos multidisciplinares, así como encajar distintos perfiles.

La definición de una política de profesionalización

Es condición indispensable que la política de profesionalización cuente con un elevado nivel de respaldo político, tanto para su elaboración y aplicación como para garantizar su continuidad más allá de los ciclos políticos (por ejemplo, como veremos más adelante en este capítulo el caso de las entidades de base asociativa para la provisión de la atención primaria en Cataluña). La existencia y continuidad de ese respaldo político debe fundamentarse en la construcción de amplios consensos ante la compleja organización que ha diseñado la LCSP con la creación de nuevos órganos estatales, en los que también participan las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales y, en algunos casos, las organizaciones representativas del sector privado; así, aparecen como nuevos órganos, la ya citada Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, el Comité de Cooperación en materia de contratación pública y la Oficina Nacional de Evaluación.

Es necesario elaborar estrategias de profesionalización a largo plazo, más allá de los ciclos electorales ordinarios; por ello nos parece que debe revisarse el horizonte de cuatro años que, por ejemplo, se le otorga a la planificación de la Estrategia Nacional de Contratación Pública y en la que se incluye el objetivo de incrementar la profesionalización. Además, esas estrategias a largo plazo deben cumplir dos requisitos. El primer requisito es en cuanto a su ámbito, pues debe dirigirse a todos los participantes en el proceso de contratación tanto a nivel

estatal, como autonómico y local; para ello es imprescindible reforzar los mecanismos de colaboración y cooperación. Y el segundo requisito es cuanto su relación con otras políticas públicas, tanto transversales, como son las de la profesionalización de los recursos humanos con carácter general, como las sectoriales que inciden en la contratación, como las relativas al medio ambiente, a la responsabilidad social o a la innovación.

Por otro lado, la política de profesionalización debe contribuir a seguir avanzando en lo que Gimeno Feliu (2018: pp. 129) ha denominado la "descontaminación política" de las decisiones estrictamente administrativas, pues la integridad, tanto a nivel individual como institucional, debe ser parte intrínseca de la conducta profesional. Estamos evidentemente ante un tema de gran envergadura que depende en gran medida del correspondiente diseño organizativo a partir de tres parámetros: la naturaleza de las funciones, el grado de discrecionalidad para tomar las decisiones y el perfil de los órganos que participan en el proceso decisorio. De ahí la importancia de trabajar las estructuras organizativas diferenciando el nivel político para priorizar objetivos, del nivel directivo profesional para elegir la alternativa más adecuada para conseguirlos y, por último, del nivel ejecutivo a cargo de los empleados públicos para aplicarlos; sin duda, en el caso de España la principal asignatura pendiente sigue siendo la de institucionalizar una función directiva profesional (Jiménez Asensio, 2018). El ejemplo clásico de contaminación política es el de la composición de las mesas de contratación, que es un órgano de asistencia técnica especializada y en el que resulta difícilmente justificable la presencia de cargos políticos, por lo que la LCSP establece que en ningún caso podrán formar parte de las mismas ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos públicos representativos, el personal eventual, ni el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, y el personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente. Pero la propia Ley admite una excepción en el ámbito local, dónde se sigue permitiendo la participación de cargos electos, que nunca podrán ser más de un tercio. Este sigue siendo un tema controvertido entre los quienes defienden que es una especificidad justificada por la especial naturaleza de los municipios en los que los cargos electos también forman parte del gobierno y administración del ayuntamiento (Colás Tenas: 2018, pp. 1598), frente a quienes entienden que es una anomalía que contamina el carácter técnico de la mesa negociación y que por ello el modelo a seguir es el aplicable a los órganos de selección de personas en el que no caben electos ni en el ámbito local (Malaret: 2016, pp. 50). A nuestro entender, está segunda postura es la que nos parece más adecuada para reforzar la profesionalidad de unos órganos cuyo criterio de composición debe ser la especialización y no la representación.

Por último, es conveniente conocer y valorar las distintas experiencias internacionales para aprender de las mismas y decidir sobre su posible adaptación. En este sentido, la Recomendación está acompañada de una recopilación con numerosos ejemplos de buenas prácticas (*Library of good practices and tools accompanying the European Commission Recommendation)*; y también es de especial utilidad "la hoja de ruta" elaborada de la OCDE en 2016 a partir de las experiencias de los países que más han avanzado en la profesionalización de la contratación pública (*Road Map: How to elaborate a Procurement Capacity Strategy?*).

Una adecuada gestión de los recursos humanos

Este es uno de los objetivos claves de la Recomendación pues es condición necesaria para "atraer y retener a personal cualificado en la contratación pública" (punto 5). Para contribuir a la profesionalización en la CPP se debe garantizar la existencia de personal capacitado, con experiencia y motivado. Dado que esto es común a cualquier sistema de recursos humanos, hay que enmarcar estos objetivos de la Recomendación en la situación actual de empleo público en España, que se caracteriza por [Losada y Albareda (2017) y Longo y Férez (2017)]:

- A nivel cuantitativo, el volumen de empleo público directo en España, que representa un 17% de la población empleada, está ligeramente por debajo de la media de la OCDE (21% de la población empleada). Más que un problema de número estamos ante una carencia de flexibilidad y tecnificación/adecuación de competencias para abordar las actuales y las nuevas necesidades de acción pública. Pero estas cifras deben ser complementadas con las de la compra pública como un instrumento muy importante de gestión pública que debe tener como finalidad la mejora de la eficiencia de un servicio o función que tradicionalmente desempeña la Administración, pero manteniendo su calidad; nos mantenemos como uno de los países de la OCDE que dedica un menor porcentaje del PIB a la compra de bienes y servicios. En relación con las externalizaciones, estas representan un 7,8% del PIB español; porcentaje similar al de otros países mediterráneos como Italia, Portugal y Grecia, pero inferior a la media de la OCDE (10,2%).
- La Administración Estatal española cuenta con menos trabajadores especializados y tecnificados que la UE en su conjunto. Si comparamos la Administración Estatal de España con el conjunto de la UE, España cuenta con un mayor porcentaje de empleados cuyos puestos no requieren niveles de especialización altos ni titulaciones universitarias. Este hecho está alineado con la idea de que la tecnificación de los empleados públicos en España es menor que en la mayor parte de los países europeos, que han optado por externalizar una parte importante de las funciones que requieren menores niveles de cualificación.

- Tenemos demasiada temporalidad no deseable en términos de tecnificación y calidad del servicio público, y poca temporalidad de la que se necesita por requerimientos de flexibilidad en el servicio público.
- Tenemos un problema grave de envejecimiento ante la oleada de jubilaciones de cara a la próxima década, pues se calcula que deberán incorporarse un millón de empleados públicos (Ramió y Salvador: 2018a), lo cual puede ser una oportunidad para incorporar nuevos perfiles y redimensionarla distribución de puestos potenciando los de mayor cualificación; aquí es dónde entendemos que deben focalizarse prioritariamente los esfuerzos para definir los dos perfiles profesionales más relevantes desde la perspectiva de la CPP: el perfil de especialista y el perfil de gestor integral en la contratación pública, tal y como sugiere Padrós (2018: pp. 99), por entender que esta es una necesidad que ha puesto de manifiesto la crisis económica. Desgraciadamente, no hay señales de que nuestras Administraciones estén adoptando las excepcionales medidas que serían necesarias, salvo alguna honrosa excepción como es el País Vasco (Gorriti y Jiménez Asensio: 2018); y lo que es peor, se está actuando en sentido contrario al aprobar ofertas de empleo público que reproducen los perfiles actuales y que apenas permiten la renovación porque tienen como finalidad "aplantillar" a la mayoría de interinos y temporales que llevan muchos en situación irregular.
- Después de una década desaprovechada, es necesario desarrollar los entonces novedosos temas contemplados en el Estatuto Básico del Empleado Público del año 2007 y que condicionan las posibilidades de potenciación de la profesionalización en la contratación pública: la evaluación del desempeño, la carrera horizontal, el empleo directivo y lo códigos de conducta; y aplicar con todo su potencial de mejora lo relacionado con el acceso (Arroyo, 2015), el empleo temporal, la planificación, la formación y la movilidad.

Para la consecución de los objetivos de la Recomendación es necesario partir de la gestión de personas como un sistema "cuya finalidad básica o razón de ser es la adecuación de las personas a las estrategias de una organización o sistema multiorganizativo para la producción de resultados acordes con las finalidades perseguidas" (Longo, 2004); por eso debe existir una colaboración entre los responsables de la contratación y los responsables del empleo público. Veamos cómo avanzar para el logro de los objetivos concretos.

a) Identificación de capacidades y competencias de los profesionales

Se debe establecer un marco de capacidades y competencias que debe reunir cualquier profesional de la contratación pública, teniendo en cuenta la naturaleza multidisciplinaria de los proyectos de contratación. Aquí, hemos de distinguir las competencias técnicas vinculadas al perfil de especialista de las competencias para la gestión vinculadas al perfil de gestor integral en la contratación pública. Para ello resulta útil partir de la identificación de los ámbitos dónde esa especialización es más necesaria en función de las diferentes fases de la contratación, tal y como los describe Padrós (2018: pp. 100):

- El ámbito de la preparación del contrato y especialmente la elaboración de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, en el que hay que superar inercias repetitivas y prácticas basadas en la utilización de modelos no siempre adaptados a numerosos y frecuentes cambios normativos. La crisis también ha evidenciado la necesidad de contar con especialistas capaces de evaluar la evolución de los mercados y las peculiaridades del sector afectado en términos de competencia para determinar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional del posible adjudicatario en la CPP.
- En el ámbito de la selección del contratista y la adjudicación del contrato es necesario valorar adecuadamente el procedimiento a seguir, garantizando la solidez de los responsables o equipos negociadores si el procedimiento incluye una fase de negociación, determinando cuidadosamente los criterios objetivos y / o subjetivos a emplear. Aquí conviene reiterar la necesidad a la que hemos hecho referencia anteriormente de profesionalizar al máximo los procesos de toma de decisiones de los diversos órganos que intervienen en la fase de selección y de adjudicación.
- Y hay que reforzar especialmente la profesionalización en el ámbito de la ejecución pues, tal y como hemos analizado en el primer capítulo, ha adquirido un gran protagonismo tras la configuración del nuevo modelo de contratación partir de las directivas europeas. Es evidente que la ejecución acostumbra a conllevar una complejidad mayor en las diferentes modalidades de CPP, dónde es necesario ir más allá de la figura del responsable de la ejecución del contrato, a pesar de que ahora tenga carácter obligatorio; por ello creemos que es necesario apostar por institucionalizar el gestor integral de la contratación, tal y como propone Padrós.

Y, a modo de orientación, podemos tomar como referencia para identificar posibles competencias en función de los ámbitos que debe abarcar un gestor integral de la contratación uno de los ejemplos que utiliza la OCDE, el caso de Escocia (*The procurement competency framework*, Scottish government):

- Procesos de contratación. Tiene el conocimiento y la comprensión suficientes en los métodos de contratación y licitación para llevar a cabo tareas asociadas con su rol.
- Negociación. Tiene la capacidad de negociar dentro del alcance del rol.
- Desarrollo de estrategias y análisis de mercado. Posee las habilidades de desarrollo de estrategia y análisis de mercado necesarias para realizar tareas.
- Financiero. Tiene el conocimiento y la comprensión financiera necesaria para llevar a cabo las tareas asociadas con el rol - los elementos incluyen la evaluación de las posiciones financieras de los proveedores, el coste total, y los marcos de cumplimiento que existen para la financiación del sector público y las adquisiciones.
- Legal. Tiene una comprensión suficiente de los marcos legislativos relacionados específicamente con adquisición para llevar a cabo los deberes asociados a la función.
- Enfoque de resultados. Es consciente de cómo los objetivos personales y de equipo contribuyen al éxito de la organización, y continuamente demuestra compromiso para lograr esto.
- Comprensión sistémica. Tiene el conocimiento y entendimiento de los sistemas y procesos utilizados en la adquisición de bienes y servicios.
- Conciencia organizativa. Comprende claramente los roles y responsabilidades, cómo deben organizarse las adquisiciones y dónde deben ubicarse dentro de la organización.

Al lado de la identificación de las competencias técnicas en la contratación, sobre cuya identificación se puede conseguir un alto consenso en los términos que ha señalado Padrós, la gran dificultad de este primer objetivo es ser capaz de visualizar cuáles serán las capacidades y competencias que van a ser las más necesarias en entornos cambiantes con independencia del sector profesional. Uno de los principales especialistas en estos temas, Mikel Gorriti (2018: pp. 82) nos dice que ante el progresivo avance de la tecnología y de la robotización "el hecho diferencial de las personas serán aquellas competencias que tengan que ver con su capacidad para diagnosticar y resolver problemas, con la visión sistémica, y con aspectos superiores de su personalidad como la iniciativa, la creatividad, la curiosidad y la imaginación"; y ha realizado la siguiente adaptación de las destrezas identificadas por la Singularity University (Bidshahri, 2017):

- Pensamiento crítico y resolución de problemas: Preguntar y hacerlo bien es el corazón del pensamiento crítico. Antes de que se pueda resolver un problema se debe ser capaz de formularlo bien y sospechar lo que lo causa. También la capacidad para cuestionarnos el statu quo y criticar lo establecido.
- Colaboración en la red. Liderar la influencia: Una de las principales tendencias hoy es la desubicación de los trabajos y los trabajadores no constantes o contingentes. En los próximos años los trabajadores remotos llegarán al 40%. También en la nube. Desde este punto de vista saber colaborar en red y liderar la influencia es esencial. Un liderazgo por influencia y no por jerarquía.
- Agilidad y adaptabilidad*:* Vivimos en entornos VUCA (*volatile*, *uncertain*, *complex and ambiguous*). Desde este punto de vista adaptarse y hacerlo de modo ágil es esencial. La educación actual enseña para rutinas y para procedimientos establecidos. Ya no es necesario. Debemos seleccionar personas para estar constantemente aprendiendo y olvidando. El impacto de la tecnología así lo exige.
- Iniciativa y emprendizaje: Debemos seleccionar personas que sean capaces de buscar oportunidades, ideas y estrategias de mejora. Nada es estático.
- Eficacia en la comunicación oral y escrita: Comunicar bien es una extensión de pensar claramente. Y de presentar argumentos de modo persuasivo. Inspirar a otros. Captar los elementos críticos de lo que se quiere decir y la propia promoción o del producto.
- Analizar y evaluar información: Tanto como accedemos a mucha información también lo hacemos a mala información. Necesitamos seleccionar y formar para ser capaces de evaluar las fuentes y generar conocimiento desde el análisis de buena información y datos.
- Curiosidad e imaginación: Sin curiosidad no hay nuevo conocimiento ni innovación. La imaginación es más importante que el conocimiento (A. Einstein). Importan personas que sean capaces de cuestionarse cosas y buscar soluciones más que recitar temas.

Lo importante es trabajar para identificar perfiles competenciales lo más adaptables posible para potenciar su empleabilidad. Desde una perspectiva organizativa, lo aconsejable es delimitar áreas funcionales relacionadas con la contratación lo más grandes posibles para facilitar la movilidad y la polivalencia en las diferentes fases de los procesos de contratación. Pero hoy en día el reto relevante es cómo atraer el talento si no repensamos a fondo los actuales procedimientos de selección; sobre este tema acaba de publicar un valioso número monográfico

la Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, coordinado por Rafael Jiménez Asensio (Número especial 2/2018).

b) Desarrollar un modelo de formación integral

Existe unanimidad en la necesidad de abordar en profundidad el tema de la formación ante el reto que supone llevar a la práctica la nueva concepción de la contratación pública. En el caso español nos parece que lo aconsejable es optar por abordar de una manera integral toda lo relacionado con la formación en materia de contratación pública y para ello es necesario abarcar cuatro niveles: una formación previa al acceso al empleo público vinculada a alguna formación o titulación académica; una formación como parte del proceso de selección; una formación para la promoción; y una formación permanente. Y aquí la Recomendación de la Comisión Europea apunta varias líneas concretas de trabajo: multiplicar la oferta de formación a través de soluciones innovadoras e interactivas o herramientas de aprendizaje electrónico, así como programas de repetición; aprovechar la cooperación académica y la investigación para desarrollar un respaldo teórico firme para soluciones de contratación; y, manera especial, reforzar toda la formación relacionada con las nuevas tecnologías.

c) Potenciar la carrera profesional

Este es un tema clave para ayudar a atraer y retener el talento en la contratación pública. La regulación de la carrera profesional es uno de los temas nucleares y más novedosos del Estatuto Básico del Empleado Público (arts. 16 y 17) cuya puesta en práctica depende de un desarrollo legislativo que, desgraciadamente, a día de hoy no se ha realizado, salvo en alguno pocos casos autonómicos, pero no en el ámbito de la Administración General del Estado. Hay una apuesta clara por la flexibilidad, pues se abre la puerta a diferentes modalidades de carrera y se favorecen los poderes de dirección para organizar y gestionar los RRHH. Se define la carrera como el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad. La carrera profesional aplicable en cada ámbito podrá consistir, entre otras, en la aplicación aislada o simultánea de alguna o algunas de las siguientes modalidades: carrera horizontal, carrera vertical, promoción interna vertical y promoción interna horizontal.

Sin duda alguna, la novedad más relevante es reconocer plenamente y potenciar la modalidad de carrera horizontal, que nos parece la mejor alternativa para encauzar la profesionalización en la contratación en general y en la CPP en particular, pues garantiza la estabilidad de los especialistas al no tener que ir cambiando de puesto para mejorar su retribución y estatus profesional, además

de permitir institucionalizar la figura del gestor integral de la contratación. Ahora le corresponde a los legisladores decidir si apuestan por esta modalidad de carrera de progresión en el puesto partiendo de tres premisas : primera, la articulación de un sistema de grados, categorías o escalones de ascenso fijándose la remuneración de cada uno de ellos; segunda, los ascensos serán consecutivos con carácter general, salvo en aquellos supuestos excepcionales en los que se prevea otra posibilidad; y tercera, se deberá valorar la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño, pudiendo incluirse otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida. Por tanto, estamos ante una concepción amplia y flexible de la carrera que es una gran puerta abierta para contribuir a cumplir con lo que hemos visto viene reclamando de manera clara y contundente la OCDE, para convertir la contratación pública en una profesión en si misma: "Ofrecer a los profesionales de la contratación pública un sistema de carrera atractivo, competitivo y basado en el mérito, estableciendo vías de ascenso según méritos claros, brindando protección frente a las injerencias políticas en el procedimiento de contratación pública, y promoviendo en las esferas nacional e internacional las buenas prácticas para los sistemas de carrera profesional al objeto de mejorar el rendimiento de estos empleados." (Recomendación de la OCDE de 2015).

VI.
La experiencia de las Entidades de Base Asociativa (EBAs) para la provisión de atención primaria de salud en Cataluña

Introducción

En el año 1990, la Ley 15/1990, de Ordenación Sanitaria en Cataluña, inspirada en la reforma del NHS británico, separó la provisión de la financiación y compra de los servicios sanitarios. Este hecho llevo al inicio del proceso de diversificación de la provisión de servicios de atención primaria, lo que abrió paso –al menos desde el punto de vista del modelo- a la posibilidad de que entidades no públicas pudieran hacerse cargo de la prestación de estos últimos.

Este cambio legislativo permitió la aparición de las Entidades de Base Asociativa (en adelante, EBAs). Una EBA es una sociedad formada por profesionales sanitarios (médicos, enfermeros y otros especialistas) que se constituyen en empresa para prestar, integrados en el Sistema Público de Salud, servicios de Atención Primaria. La EBA recibe ordinariamente el encargo de gestionar un Área Básica de Salud (ABS, núcleo básico de la atención primaria en salud en Cataluña) tras ganar un concurso público convocado al efecto por el regulador, el Servicio Catalán de la Salud (CatSalut).

En la actualidad existen en Cataluña 13 EBAs, ubicadas mayoritariamente en la provincia de Barcelona. Entre ellas hay 11 equipos de atención primaria, una cooperativa de servicios de pediatría, ginecología y obstetricia, y una entidad especializada en salud mental y adicciones. Las EBAS ofrecen estos servicios de salud a más de medio millón de ciudadanos de referencia, lo que supone algo más del 7,5% de la población de Catalunya. No existen EBAs ni modelos similares de prestación de esta clase de servicio fuera de Cataluña.

El volumen de la atención primaria catalana gestionada a través de EBAs se mantiene estable en los últimos años, sin expandirse ni verse reducido. Las entidades, pese a mantener una comunicación fluida y una relación estable con el Departamento de Salud, no han encontrado oportunidades para hacerse con nuevos contratos. Raramente se convocan concursos para gestionar ABS, ya que los encargos que se realizan a las gestionadas por el ICS se formalizan directamente vía convenios.

Valoración de la experiencia

¿Cuáles han sido los resultados de esta experiencia? Ningún estudio publicado muestra diferencias significativas en resultados de salud entre modelos de gestión directa y modelos de relación contractual. Dicho esto, en el caso de las EBAs, algunos análisis comparativos de indicadores corregidos parecen ser ligeramente positivos a favor de las EBAs en la atención primaria de salud: la media de la tasa de urgencias por cada mil habitantes es un 19% más baja que la media del sistema (SISCAT), mientras que las hospitalizaciones evitables son un 6% menos que el promedio del sistema. Lo que sí ha demostrado el modelo de EBAs es su capacidad para producir servicios de calidad en todo caso no inferior al resto del sistema a un coste inferior, lo que sin duda es una aportación trascendente en términos de sostenibilidad (Ledesma, 2012).

En lo que respecta a satisfacción, las EBAs obtienen excelentes resultados en la valoración que otorgan tanto los usuarios del sistema como los profesionales. La satisfacción expresada por los usuarios se sitúa por encima de la media del sistema, según la encuesta PLAENSA (2015) promovida por el Departamento de Salud de la Generalitat de Cataluña. Las 11 EBAs que ofrecen servicios de Atención Primaria consiguen un grado de satisfacción global por encima de la media de Cataluña, con un 8,27 respecto al 7,94 de Cataluña. De las 369 Áreas Básicas de Salud (ABS) que han participado en el estudio, cuatro Equipos de Atención Primaria de ACEBA se sitúan entre las 20 primeras ABS de Cataluña. Por la parte de los profesionales, estos salen la mayoría muy por encima de la media del sistema, en conceptos de accesibilidad y satisfacción, efectividad, capacidad resolutiva y coste eficiencia.

Un elemento explicativo central de estos buenos resultados es que cada EBA está gestionada por sus propios profesionales. Los recursos humanos son un aspecto clave en la gobernanza de estas entidades, cuyo gasto es, en más de tres cuartas partes, en personal. Las expectativas de participación, además de en la gestión, en la propiedad de la entidad, permite alinear los objetivos del personal sanitario con los de la entidad, lo que se refuerza con incentivos retributivos. El modelo organizativo busca potenciar la autonomía de los profesionales, llevándola más allá de lo que es común en la gestión pública. El profesional se implica para responder a la autonomía que se le concede, lo que –además de contribuir a mejorar la calidad asistencial- permite que la empresa se pueda gobernar con un organigrama muy horizontal que reduce los costes de producción del servicio.

Desde el punto de vista del riesgo laboral, la incertidumbre de los profesionales ante la eventual finalización del contrato es relativamente baja, ya que tienen garantizada la subrogación de sus contratos a la empresa ganadora. El principal

riesgo corresponde a los médicos socios, que verían disminuido el valor de su participación, lo que introduce entre estos incentivos poderosos de mejora de la gestión con vistas a revalidar la adjudicación. Por lo que respecta a la incertidumbre de demanda, esta es relativamente baja al ser estable a lo largo de los años.

Las EBAs han sido también un claro motor de innovación. Dos casos iniciados en ellas y, posteriormente extendidos a todo el sistema sanitario público catalán, son ejemplos de ello. La primera innovación de estas entidades es que fueron pioneras en asumir, contra su propio presupuesto, en el año 1996, el riesgo de gestión de las pruebas complementarias que hasta entonces venía pagando el conjunto del sistema (CatSalut), respondiendo a las peticiones de los prestadores del servicio. Tal fue el éxito de la prueba piloto que, al año siguiente, se trasladó a la totalidad de proveedores del sistema sanitario catalán. El siguiente caso de éxito corresponde al gasto farmacéutico, en que las EBAs fueron pioneras en asumir el riesgo y, al año siguiente, se trasladó también a todo el sistema de proveedores. El caso fue un éxito de innovación y compra pública que se extendió a la totalidad del sistema. Así, el proyecto de las EBAs, ha permitido trasladar sus beneficios a la totalidad del sistema.

La mayor autonomía de las EBAs se ha trasladado a sus resultados económicos y financieros, dotándolas de un mejor músculo para afrontar los momentos de dificultades económicas. Así, durante la gran recesión, se congeló el reparto de excedentes durante tres años. Esto les permitió financiarse cuando desde la Administración no lo tenían garantizado, así como no rebajar el sueldo de los profesionales.

Gobernanza de las EBAs

En lo que respecta el entorno institucional, lo dividiremos en tres componentes: regulatorio, cognitivo y normativo (Figura 4.2). En cuanto al primero, la ley catalana de 1990 fue sin duda la norma que hizo posible la aparición de esta figura. Este marco regulatorio favorable, aprobado con un consenso superior al 90 por ciento en el Parlamento catalán, permitió, como hemos visto, diferenciar con claridad los roles del regulador y los prestadores de servicio. Es la norma que alumbró el nacimiento de la agencia pública aseguradora (CatSalut) cuya misión era garantizar la atención sanitaria de cobertura pública, integral y de calidad a todos los ciudadanos de Cataluña y asignar los recursos al universo de prestadores públicos o privados que la realizan, utilizando técnicas contractuales para relacionarse con ellos. Aunque este diseño institucional se ha vuelto, casi treinta años después, un tanto borroso, el marco jurídico se ha mantenido inalterado en sus fundamentos hasta la actualidad, lo que ha permitido la supervivencia y consolidación de las EBAs.

Yendo al componente cognitivo, la articulación de núcleos de atención primaria en salud mediante sociedades profesionales de médicos que gestionan autónomamente el servicio y asumen el riesgo económico, operando desde fuera de las estructuras de la administración pública sanitaria, era, en los años 90 -y hasta cierto punto sigue siendo hoy- una idea contracultural y disruptiva. La dotación cognitiva de la CPP en este caso debe apoyarse fuertemente en el liderazgo. Los líderes surgieron –hoy hablaríamos de "intraemprendimiento"- desde dentro del propio sistema. Una alta directiva del Instituto Catalán de la Salud (agencia que integraba a los prestadores -hospitales y centros de salud- de titularidad y gestión pública) la Dra. Helena Ris, impulsa la iniciativa con carácter experimental desde el interior de las estructuras rectoras del sistema. Un médico, especialista de prestigio en atención primaria, el Dr. Albert Ledesma, asume el desafío de crear y dirigir la primera sociedad profesional, lo que exige atraer a profesionales dispuestos a abandonar sus plazas de funcionarios y abrazar un proyecto naciente y sin historia. La Administración apoyaba el proyecto, aunque con ciertas reticencias; más que constituirse en impulsor del modelo, acabó no poniendo pegas a su desarrollo. Los otros actores del sistema (trabajadores y sindicatos de la sanidad pública, partidos de la oposición…) eran más bien contrarios.

Entrando en la dimensión normativa, fue decisivo, para poder legitimar el modelo y fortalecer un entorno institucional favorable, el papel desempeñado por la corporación profesional (Colegio de Médicos de Cataluña), como avalador e impulsor de la experiencia, vinculado a ella desde sus primeros pasos. A su vez, una vez creada y en funcionamiento la primera EBA, el Dr. Ledesma combinó la gestión de la ABS que le fue encomendada con la conceptualización y difusión del modelo al interior del sistema y en el entorno social. Los buenos resultados del sistema desde sus primeras experiencias ayudaron a consolidar esta base normativa. También lo hizo la progresiva configuración de una red de EBAs que fue tomando vuelo en torno a una plataforma de carácter asociativo que ayudó a fortalecer el proyecto y dotarlo de un discurso y un relato cada vez más sólidos.

Figura 4.2

Esquema de la gobernanza de la CPP: Entorno institucional

ENTORNO INSTITUCIONAL		
Regulatorio	**Cognitivo**	**Normativo**
• Legislación: Ley 15/1990 • Políticas gubernamentales desarrollando la Ley 9/2017 y a favor de las EBAs • Supervisores independientes: desarrollo del CatSalut	• Líder del proyecto: Helana Ris i Albert Ledesma • Práctica consolidada: prestadores de servicios privados, sin ánimo de lucro y públicos en el sistema sanitario catalán históricamente • Políticas guvernamentales con gobierno no contrario a las EBAS	• Influencia Colegio de Médicos de Catalunya • Historias de éxito de CPPs en el mapa sanitario catalán

Las capacidades institucionales en las EBAs

Las EBAs son, en nuestra opinión y a la vista de lo anterior, una historia de éxito de CPP. El objeto de haber incorporado esa historia a este capítulo es justamente relacionar el éxito y, en su caso, los déficits o límites del mismo, con las capacidades institucionales puestas en juego. Lo haremos primero considerando las capacidades que hemos llamado transversales, para pasar después a caracterizar las EBAs como modalidad específica de CPP y centrarnos en las capacidades que en ese contexto preciso nos parecen más relevantes.

Entre las capacidades institucionales que hemos considerado necesarias para el éxito de cualquier proyecto de CPP, la primera era la seguridad jurídica. Ya hemos mencionado que la existencia de un marco normativo donde la experiencia encajara constituía la primera necesidad, satisfecha por la reforma legal de 1990. A partir de ahí, la estabilidad de ese marco regulador ha facilitado la extensión moderada de la iniciativa y su duración en el tiempo. El ciclo político, si bien ha limitado, como veremos luego, la ampliación de las EBAs, no ha alterado las reglas de juego y los incentivos básicos que definen el modelo.

Algo parecido puede decirse sobre las otras dos capacidades institucionales transversales: transparencia y *accountability*. De hecho, la separación entre financiación y prestación y el consiguiente formato contractual del modelo de funcionamiento de la sanidad pública que presidieron la reforma del 90 en Cataluña supusieron un enorme impulso a la aparición de información sobre la gestión sanitaria y un avance sin precedentes en la construcción de ratios, estándares e indicadores. Insertas en ese marco, las EBAs se vieron al mismo tiempo exigidas y favorecidas, ya que la transparencia de los datos y la rendición de cuentas incentivaron la buena gestión y contribuyeron a legitimarlas y superar las objeciones que caracterizan a la práctica totalidad de iniciativas de CPP.

Desde este ángulo, es relativamente fácil apreciar que en las EBAs concurren, en grado alto, los dos tipos de capacidad institucional que encontrábamos imprescindibles en estas modalidades de colaboración. Por una parte, la aptitud para cooperar, incuestionable en la etapa fundacional que arranca de un discurso compartido y que se mantiene aparentemente a lo largo del tiempo, a medida que va decantándose una dotación apreciable de confianza entre las partes. Por otra parte, el liderazgo colaborativo, esencial, como veíamos, en los proyectos innovadores con altas dosis de emprendimiento social, ha estado bien presente, como acabamos de resaltar, en ambas partes de la ecuación colaborativa que las EBAs han significado.

La de las EBAs es una experiencia de CPP que no resulta comprensible si no se atiende a un sustrato básico de profesionalismo compartido. Por una parte, las sociedades de profesionales entienden y aplican el concepto de valor público en la toma de decisiones, ya que se ven impulsados por su sistema de creencias a velar por la prevalencia de la calidad profesional y el interés público del sistema. Por otra parte, el actor público reconoce la autonomía de los profesionales como ingrediente de la calidad asistencial y asume que las EBAs buscan, asumiendo los riesgos, producir un beneficio que mejore las compensaciones de los profesionales, considerando que esta mejora es un incentivo justo y deseable. Tanto la competencia profesional en ambas partes de la CPP, como la proximidad y apertura a la voz de los usuarios son constatables en la experiencia. A su vez, es constatable en el caso de las EBAs otra capacidad institucional que reclamábamos en este ámbito: el alto grado de conocimiento del negocio por parte de un actor público que ha podido, además, tener siempre a su alcance la comparación entre dos modelos: uno de estricta prestación pública y otro de CPP.

Ahora bien, si las EBAs han sido una experiencia satisfactoria de CPP, provista de las capacidades institucionales más relevantes para asegurar el éxito del modelo, ¿por qué su extensión ha quedado limitada a una parte pequeña del sistema de atención primaria de salud en Cataluña?, ¿cuál es la razón de que la adjudicación más reciente a una EBA se remonte al año 2012, sin que desde entonces se haya ampliado la dimensión del servicio atendido mediante esta modalidad de prestación?

Desde el ángulo de las capacidades institucionales, habría que volver a un aspecto que anteriormente habíamos considerado importante para una buena gobernanza de la contratación. Nos referimos a la existencia de un mercado suficientemente competitivo. En el caso de las EBAs, la inexistencia de este mercado ha sido desde el principio una de las restricciones del sistema, lo que obligó a la Administración a buscar para cada caso de manera proactiva a los operadores dispuestos a constituirse en EBA y recibir la correspondiente adjudicación. Da la impresión de que lo limitado del número de experiencias ha dificultado el logro de la masa crítica necesaria para que aparezcan, entre los profesionales, nuevos proyectos deseosos de sumarse a esta modalidad de prestación. Esto, a su vez, a modo de círculo vicioso, ha bloqueado la formación de un mercado de prestadores potenciales capaces de presionar a la Administración para el ensanchamiento del volumen de ABS susceptibles de ser gestionadas de este modo.

La otra parte de la explicación corresponde a un déficit detectable en una capacidad institucional que hemos mencionado antes: la percepción compartida de legitimidad, que relacionábamos, entre otras cosas, con el alejamiento del ciclo político-electoral.

Lo cierto es que las EBAs respondían al modelo de salud pública impulsado por el gobierno bajo el que fueron concebidas y creadas. Como hemos dicho, ese modelo recibió un amplísimo apoyo parlamentario que se ha mantenido implícitamente a lo largo del tiempo. La experiencia de las EBAs, en concreto, se ha beneficiado, como hemos dicho, de la estabilidad de los marcos regulatorios que la hicieron posible. Ahora bien, una cosa es la estabilidad de esos marcos y otra la permanencia del impulso promotor de nuevas experiencias. Tampoco los consensos políticos de antaño son los de hoy. De hecho, la promoción de nuevas ABS gestionadas mediante EBAs fue paralizada, por razones ideológicas, por las fuerzas políticas que gobernaron en Cataluña en el período 2003 a 2010, y posteriormente la polarización política y la conversión de la CPP en munición para el debate ideológico han hecho que, pese al éxito de la fórmula y sus buenos resultados, el número de experiencias no haya crecido en los últimos años. El grado alcanzado de alejamiento del ciclo político ha sido suficiente para la supervivencia de la experiencia, pero insuficiente para el pleno desarrollo y extensión del ámbito cubierto por las EBAs.

Probablemente, la revitalización y pleno desarrollo del modelo pasaría por la convocatoria de nuevos concursos, abiertos a la competencia. Des de las EBAs, se asegura –basándose en la experiencia de estos años– que serían capaces de hacerse con la gestión de nuevas ABS si dicha gestión se abriera a concurso, y que estarían en condiciones de presentar, sin bajas temerarias, unos precios menores que las entidades de carácter público, con plenas garantías de satisfacer o superar los estándares de calidad que se establecieran.

Bibliografía

ARROYO, L.M. (2015). *El acceso al empleo público y la adquisición de la condición funcionarial: nuevas perspectivas para su regulación*. Atelier: Barcelona.

BETANCOR RODRÍGUEZ (2018): "Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la contratación", libro col. *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público"*, Aranzadi, Cizur Menor.

BIDSHAHRI, R. (2017). *7 Critical Skills for the Jobs of the Future*. https://singularityhub.com/2017/07/04/7-critical-skills-for-thejobs-of-the-future/#sm.0000074rzvzw87f2ewgijjqqcpnd9.

COLÁS TENAS, J. (2018). *Las especialidades de la contratación pública en la Administración Local*, libro col. *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público"*, Aranzadi, Cizur Menor.

COLET, N. (2018). *El nou marc legal de la col·laboració publicoprivada: la Llei 9/2017, de 8 de noviembre. Revista Economica de Catalunya*, 77, 54-65.

DELHI, V. S. K., & MAHALINGAM, A. (2017). "Factors influencing the post-award governance of PPP projects: A proposed framework". *Engineering Project Organization Journal*, *7*.

DIMAGGIO, P., & POWELL, W. W. (1983). "The iron cage revisited: Collective rationality and institutional isomorphism in organizational fields". *American sociological review*, *48*(2), 147-160.

GIMENO FELIU, J.M. (2018A): "La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente", libro col. *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público"*, Aranzadi, Cizur Menor.

GORRITI, M. (2018). "Innovar en selección desde la evidencia empírica y las nuevas competencias". *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. Especial 2/2018.

ISTRATE, E., & PUENTES, R. (2011). "Moving forward on public private partnerships: US and international experience with PPP units".

JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2017a). "Una mirada «comparada» sobre algunas experiencias de códigos éticos y de conducta en la función pública". *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 13.

JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2018a). "Repensar la selección de empleados públicos: momento actual y retos de futuro". *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. Especial 2/2018.

JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2018b). "Alta Dirección Pública en España y en otros sistemas comparados. Politización versus Profesionalización". Recuperado del Blog «La mirada institucional»: https://rafaeljimenezasensio.com/2018/06/01/la-noriapolitica-cambio-de-gobierno-y-alta-administracion/

JIMÉNEZ ASENSIO, R. Y GORRITI, M. (2018). "¿Marchitar o florecer? La función pública ente el reto de su descapitalización por el envejecimiento de las plantillas». Recuperado de https://novagob.org/amarchitar-o-florecer-lafuncian-pablica-ante-el-reto-de-su descapitalizacian-por-elenvejecimiento-de-las- plantillas.

JOOSTE, S. F., LEVITT, R., & SCOTT, D. (2011). "Beyond 'one size fits all': how local conditions shape PPP-enabling field development". *The Engineering Project Organization Journal*, *1*(1), 11-25.

LEDESMA, A. (2012). "Autogestión o autonomía de gestión?". *Informe SESPAS 2012. Gaceta Sanitaria*, *26*, 57-62.

LONGO, F. (2004). "Mérito y flexibilidad. La gestión de las personas en las organizaciones del sector público". Barcelona: Paidós.

LOSADA, C. Y ALBAREDA, A. (Eds.) (2017). "El empleo público en España: desafíos para un Estado Democrático más eficaz". Madrid: Instituto de Estudios Económicos.

MALARET, E. (2016). "El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia". *Revista digital de Derecho Administrativo, nº 15*. [Bogotá: Universidad Externado de Colombia], p. 21-60.

"Organisation for Economic Co-operation and Development". (2010). Dedicated Public Private Partnership Units: A Survey of Institutional and Governance Structure.

"Organisation for Economic Co-operation and Development." (2012). Recommendatinos of the Council on Principals for Public Governance on Public-Private Partnerships.

PADRÓS, XAVIER (2018). "La contractació pública entre 2007 i 2017: temps de crisi, temps de canvis". *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 56 (juny 2018), p. 78-104

RAMIÓ, C. Y SALVADOR, M. (2018a). "Relevo intergeneracional y procesos selectivos: ¿cómo puede la administración pública captar el talento?" *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. Especial 2/2018.

RAMIÓ, C. Y SALVADOR, M. (2018b). "La nueva gestión del empleo público. Recursos Humanos e Innovación de la Administración", Tibidabo Ediciones, Barcelona.

ROSAS HUERTA, A. (2008). "Una ruta metodológica para evaluar la capacidad institucional". *Política y cultura*, (30), 119-134.

SANMARTÍN MORA, A. (2012): "La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea", libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas.

SCOTT, W.R. (2008), "Institutions and Organizations: Ideas and Interests", 3rd ed. Sage Publications, Los Angeles, CA.

STINCHCOMBE, A. L. (1997). "On the virtues of the old institutionalism". *Annual review of sociology*, *23*(1), 1-18.

WILLIAMS, A. (2015). "A global index of information transparency and accountability". *Journal of Comparative Economics*, *43*(3), 804-824.

Capítulo V

El liderazgo en la colaboración público-privada

Cambra de Comerç de Barcelona

Resumen

Este capítulo aborda el liderazgo en el marco de las CPPs. En primer lugar, el capítulo pretende fundamentar con estudios empíricos la relevancia del liderazgo en el éxito o fracaso de una CPP. No se trata de una variable más del conjunto de la gestión de una CPP, sino de una de las variables que pueden ser decisivas. En consecuencia, el capítulo desarrolla, para hacer más práctica la reflexión sobre el "liderazgo necesario" en las CPPs, las características propias del sector público y del sector privado necesarias sobre el liderazgo. A continuación, se añaden las peculiaridades del liderazgo colaborativo como aquel tipo de liderazgo más adecuado para dirigir y gestionar la CPP. Dada la diversidad de la CPP, el capítulo continúa con una reflexión sobre variables de contexto que pueden modificar de manera sustancial el liderazgo. Así, diferentes proyectos y diferentes formas de gobernanza de las colaboraciones requerirán liderazgos diferentes, para contextos técnicos, políticos o mixtos. El capítulo acaba con una descripción de los riesgos más clásicos en la CPP y que generan mayores fracasos en las CPPs, con el fin de orientar la atención y prioridades de los líderes para asegurar el correcto desarrollo de una CPP.

PALABRAS CLAVE

Liderazgo
Liderazgo colaborativo
Dirección
Riesgo

I.
Introducción

En los capítulos anteriores, especialmente del primero al tercero, se han explicado los nuevos retos que tiene la Colaboración Público-Privada en España después de la aprobación de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. En el capítulo cuarto se ha abordado las capacidades institucionales necesarias para garantizar el éxito en la CPP, con especial énfasis en el papel de la capacitación de las personas. En este capítulo, queremos centrarnos en una de las capacidades institucionales claves para el éxito de la CPP: el liderazgo.

Detrás de una CPP, hay un gran número de personas, y según el tipo de proyecto, ésta puede llevar des de unos meses en su preparación hasta varios años. Esto implica que estamos en procesos altamente costosos, en que una adecuada planificación, con una visión estratégica clara y posterior gestión, nos puede permitir ahorros de costes considerables para el contribuyente o el usuario. El liderazgo en las CPPs requiere de gran cantidad de habilidades de desarrollo organizacional, siendo los líderes de CPP claramente perfiles interdisciplinares y con gran experiencia.

Vaya por delante que, actualmente, la cantidad de artículos académicos y, por tanto, el interés de la comunidad científica, en el papel del liderazgo en la CPP es más bien escaso. Sabemos de la importancia del liderazgo tanto en el sector privado como en el sector público (ver, por ejemplo, Day & Antonakis, 2012; Ospina, 2017). Sin embargo, el papel que tiene que jugar el liderazgo en garantizar un mayor éxito de la CPP está aún por resolver, aunque toda persona con experiencia en CPP lo afirma en mayor o menor medida.

Esta cuestión es la que da sentido a este capítulo. Queremos convencer al lector de la importancia del liderazgo en el sector público y en el sector privado, y del rol fundamental que ostenta en el desarrollo de la CPP. Para ello, estructuraremos este capítulo de la siguiente forma: describiremos la importancia del liderazgo, tanto en el sector público como en el sector privado, haciendo énfasis a liderazgos entre ambos sectores. Esto nos llevará a analizar qué tipo de liderazgos son necesarios en la CPP, qué tipo de líderes y para qué situaciones. Seguidamente, describiremos la importancia del contexto, pues no se puede considerar el liderazgo sin entender su incardinación en la contingencia de cada proyecto. Finalmente, miraremos la importancia del liderazgo en la minimización de riesgos de la CPP para conseguir unos mejores resultados en la CPP.

II.
Importancia del liderazgo

La primera cuestión es el porqué de la necesidad de su liderazgo. ¿Por qué debemos hablar de liderazgo cuando tratamos la CPP? Recientemente, algunos autores de esta publicación hemos tenido la oportunidad de estudiar la CPP en uno de los momentos más críticos en el desarrollo de una colaboración: su formación (Esteve, Boyne, Sierra, y Ysa, 2013). Estudios previos apuntaban razones por las que las CPPs se creaban, discutiendo la importancia de factores económicos, características intrínsecas de los proyectos, o necesidades organizativas (ver, por ejemplo, Hodge y Greve 2007; Koppenjan y Enserink 2009; Krueathep, Riccucci, y Suwanmala, 2010; Mandell y Steelman 2003; Mullin and Daley 2010; Smith 2009). Se discutían recomendaciones como la de colaborar en aquellos casos en los que no se disponía de las competencias necesarias para emprender un proyecto, pues suele ser más efectivo confiar en otra organización que ya posea ese conocimiento que tener que crearlo dentro de nuestra organización. ¿Pero cuál es el rol de los directivos y directivas en este proceso? Se desconocía. Parecía que la figura del directivo o directiva se imaginaba como un ser completamente racional que haría un análisis de coste-beneficio para tomar la decisión de si realizar un proyecto en colaboración con otro sector, o preferiría realizarlo solo. ¿Qué podemos afirmar con base al conocimiento académico existente? Tras el análisis de 228 directivos y directivas de CPPs en Cataluña, pudimos comprobar cómo, independientemente de variables económicas u organizativas, las características de los responsables de las CPPs tenían una gran importancia para su desarrollo. Mayor edad, mayor nivel educativo u orientación hacia el desarrollo personal de cada directivo y directiva, afecta positivamente a la colaboración en organizaciones públicas. En general, los resultados del estudio demostraron que la figura de los líderes de las CPP tiene mucha importancia en la decisión de desarrollar una CPP, contrariamente a lo que la literatura en CPPs abogaba hasta el momento. Vale la pena puntualizar que en este estudio no se medía la calidad de la CPP, sino si un proyecto se desarrollaba en colaboración con otro sector o si en cambio se decidía llevarlo a cabo desde la misma organización.

Sabemos también que son muchos los factores que se han relacionado con el éxito de una CPP. Para que las CPPs tengan éxito, se requiere mucha negociación y consenso para desarrollar un entendimiento común del proyecto en cada fase entre los principales interesados. Es también común que los contratos incluyan requisitos que aborden las inquietudes de una multitud de partes interesadas y haya un debate tanto en la etapa de preparación, contratación como de gestión o ejecución. Sin embargo, la pregunta más importante que tenemos encima de la mesa es, si el liderazgo es realmente relevante no solo para la decisión de colaborar entre actores, sino para determinar si será exitosa tal colaboración.

En este sentido, un reciente estudio de Ysa, Sierra y Esteve (2016) ofrece datos empíricos sobre la importancia del liderazgo en la consecución del éxito de una colaboración interorganizativa.

Su análisis demuestra que el liderazgo llamado *facilitador*, aquél que equilibra un comportamiento orientado a tareas y al mantenimiento e integridad del grupo, tiene un impacto positivo en la confianza en la red, con resultados positivos del proyecto. El liderazgo facilitador pretende ayudar a que las cosas pasen, en contraposición al liderazgo clásico autoritario en el que el directivo o directiva tienen que definir el objetivo y monitorizar su cumplimiento. Es decir, la intensa actividad de dirección para ayudar al desarrollo del proyecto genera confianza en la red para alcanzar resultados. En su estudio, los autores afirman que, sobre todo cuando la forma organizativa de la colaboración es informal, como por ejemplo una red de organizaciones, el número de interacciones que la dirección del proyecto mantiene con cada miembro acaba afectando al éxito del proyecto. Por tanto, es necesario hacer llamadas, enviar emails, hablar mucho con cada uno de los miembros del proyecto. Todo ello afecta al éxito del proyecto.

Otro resultado de estos autores es que el liderazgo facilitador tiene un impacto positivo en los esfuerzos de gestión para aprovechar las oportunidades al gestionar la red: los gerentes pueden desarrollar un enfoque más estratégico cuando la red se administra intensamente. Así, se puede llegar a dar que partes interesadas altamente antagónicas, que también son altamente dependientes entre sí, puedan avanzar hacia procesos de colaboración exitosos, si existe ese liderazgo. Por el contrario, las partes interesadas con una base fundamentada en la confianza y los valores compartidos pueden fallar cuando colaboran sin tal liderazgo porque a las partes interesadas les puede resultar más fácil alcanzar sus objetivos de manera unilateral si existen alternativas. Cuando las partes interesadas son altamente interdependientes, un alto nivel de conflicto en realidad puede crear un incentivo poderoso para la gobernabilidad colaborativa si existe un liderazgo facilitador.

Como hemos dicho, en la CPP, en las que las partes son altamente dependientes entre sí y, a su vez, son altamente antagónicas, pueden darse procesos de colaboración exitosos si existe el liderazgo adecuado. Por ejemplo, en la CPP los diferentes actores pueden no compartir los mismos valores públicos (en el capítulo tercero de la función de la comunicación, se tratan los valores públicos como conceptos de integridad y buena gobernanza). Los directivos públicos pueden ser inquietos e imaginativos en la búsqueda de valor público, ayudando a descubrir qué puede hacer el gobierno para crear valor público a través de la CPP, mientras que los directivos del sector privado pueden estar centrados en la eficiencia del proyecto y en la búsqueda del beneficio privado. Estos valores,

no compartidos entre ellos, si existe un liderazgo facilitador para aprovechar las oportunidades para gestionar la CPP, puede resultar provechoso según el citado estudio (Ysa, Sierra y Esteve, 2016).

En el capítulo de esta publicación sobre los factores que explican porque un país tiende a ser más o menos proclive a las CPPs (capítulo sexto), encontramos como los casos de corrupción dañan a la CPP. La transparencia es uno de los factores que permite que la CPP tenga una mejor calidad, tanto en la fase de selección, adjudicación como en la de gestión o ejecución. Actualmente, el marco en el que se desarrolla la CPP en nuestro país, no es fácil con un debate abierto desde posiciones políticas sobre como los dos sectores, el público y el privado, tienen que evitar relacionarse. Es evidente que podemos describir una cadena de efectos perversos: a mayor corrupción, menos confianza entre los diferentes actores. Como mecanismo de defensa, el sector público aumenta los niveles de normativización y burocracia, con el fin de reducir la corrupción. Sin embargo, este aumento de la normativización aumenta las dificultades en las relaciones entre socios en las CPPs, con lo cual tiende a reducirse esta colaboración.

Con el fin de reducir las dificultades que aparecen en las relaciones entre socios, una dirección, un liderazgo que genere confianza es una de las mejores soluciones (Gulati, 1995). Debemos entender la confianza como un concepto multinivel: podemos confiar en la organización, en el proyecto o en la persona que lo lideren (Bigley y Pearce, 1998). Se han analizado diversas CPPs en las que las organizaciones decidían colaborar porque confiaban mucho en la persona que estaba al cargo de la CPP. En otros casos, podían confiar mucho en el potencial del proyecto, a pesar de no conocer a la persona que se encargaría de liderarlo. Inicialmente, estos tres niveles de confianza pueden no estar relacionados, y será trabajo de la dirección de la CPP ver cómo se pueden crear sinergias entre los tres niveles.

En definitiva, es necesaria la figura de un líder visible en la CPP; se necesitan liderazgos que generen liderazgos. Como sostiene el profesor emérito de la Universidad de Indiana (Estados Unidos), Robert Agranoff: los equipos directivos que participan tienen que estar también involucrados en el liderazgo de la colaboración, y mantener una relación fluida con la dirección de la CPP (Agranoff, 2006). Así, se necesitan liderazgos que mejoren a los equipos. Esto viene a ser el contrario de los liderazgos heroicos e individualistas, que ocasionan graves consecuencias en la gestión de proyectos, especialmente cuando estos líderes abandonan el proyecto. Así, hacen falta liderazgos generosos con los equipos de trabajo que institucionalicen las buenas prácticas de gestión. A continuación, desarrollamos el tipo de liderazgo que, a nuestro entender, puede beneficiar más el desarrollo de CPPs.

III.
Liderar en el ámbito público y privado: el camino hacia la colaboración público-privada

En el ámbito público, no es hasta los años noventa en que los académicos empiezan a ver un papel más amplio del liderazgo para los gerentes públicos (Ospina, 2017). El gerente público tenía el potencial de ser "un creador activo de valor público, es decir, un líder con discreción, avanzando, configurando y dirigiendo –con convicción– una agenda compleja de implementación de políticas". La creación de valor público debe estar en el centro de la CPP. En el capítulo tercero, dedicado a la comunicación, se ha hecho referencia a la importancia de compartir el valor público tanto el sector público como en el sector privado de la CPP. Bryson, Crosby y Bloomberg (2014, 2015) han argumentado que el liderazgo es uno de los medios cruciales por los cuales se crea y conserva el valor público. Pero creemos con Ospina que el movimiento dentro del campo de los estudios de liderazgo debe pasar de "enfoques centrados en el líder a enfoques centrados en los sistemas". Este enfoque puede ayudar a desarrollar modelos más integrales de liderazgo público en un momento en que se espera que los directivos públicos practiquen el liderazgo y cuando los negocios se manejan cada vez más mediante redes de prestación de servicios y alianzas. La colaboración entre lo público y lo privado está en el centro de tales redes y alianzas.

Llegados a este punto, es de interés rescatar el trabajo de Andersen (2010). En él se identifican diversos trazos de la dirección y el liderazgo que son relevantes para las CPP. En primer lugar, los gerentes públicos que tienen el estilo de liderazgo orientado al cambio, usan de manera más intensa la intuición cuando toman decisiones y tienen el perfil de motivación de logro. Los gerentes privados son predominantemente orientados a las relaciones. También son intuitivos a la hora de tomar decisiones y están motivados por el poder. Tanto los gerentes públicos como los privados se caracterizan por la intuición como la principal función de toma de decisiones. Andersen presenta tres explicaciones de las diferencias en el comportamiento de liderazgo entre los gerentes de los sectores público y privado. La primera se refiere a las diferencias organizativas que conducen a diferencias de comportamiento. Es decir, los directivos se comportan de forma distinta porque desarrollan sus funciones laborales en contextos distintos. El segundo tiene que ver con la elección de profesión o vocación. En este sentido, Andersen propone que los directivos del sector publico tendrán una mayor tendencia a liderazgos más participativos, que ayuden a contentar a los distintos grupos de *stakeholders* con los que normalmente debe lidiar una administración. Finalmente, los criterios utilizados por las organizaciones para promover a las personas a posiciones de liderazgo pueden presentar otra explicación de estas diferencias.

Sin embargo, para un mejor funcionamiento de la CPP, el liderazgo debe permitir disminuir los estereotipos que tiene el sector privado sobre el sector público, y viceversa. Como decía el politólogo Barry Bozeman, es conveniente ver que el sector público y privado son, fundamentalmente, diferentes en los aspectos menos importantes, pero pueden funcionar adecuadamente en una CPP. De hecho, a nivel internacional, estamos viendo como cada vez cuesta más diferenciar a ambos sectores. A pesar de ello, tal y como se describe en el capítulo sobre la capacidad institucional, en el caso de la retribución de los recursos humanos, está apareciendo una gran diferencia a favor del sector privado. En muchos países, la Administración no puede hacerse cargo de sueldos competitivos para el personal directivo de la Administración, implicando que profesionales de gran valía y necesarios para una buena gestión de la CPP por parte del sector público, acaben formando parte del sector privado en detrimento de la Administración.

En la siguiente sección, desarrollamos las principales claves y roles de liderazgo que se han relacionado con la gestión colaborativa.

IV.
Claves de liderazgo colaborativo

Conviene recordar que, hace más de diez años, cuando las CPPs empezaron a proliferarse por Europa y Estados Unidos, Czajkowski (2007) propuso una serie de recomendaciones para los directivos y directivas que tuvieran que gestionarlas. En primer lugar, les pedía centrarse en generar confianza y compatibilidad entre actores -muy en la línea de lo que hemos comentado en los párrafos anteriores. Así mismo, debían diseñar y comunicar un propósito único compartido (diferenciando entre el propósito compartido del proyecto y los objetivos secundarios de cada actor, y asegurando que estos últimos no influyan negativamente en la consecución del objetivo común). Czajkowski les pedía que buscaran sistemas de gobernanza compartida y toma de decisiones común. A pesar de ello, recomendaba que las funciones y responsabilidades tienen que estar definidas con claridad. En cuanto a la comunicación, esta debe ser abierta, transparente y frecuente. Y finalmente, les urgía a no menospreciar los recursos (financieros y humanos) que las CPPs necesitan en ningún caso. La Tabla 5.1 muestra las acciones directivas recomendadas por Czajkowski.

Tabla 5.1
Acciones directivas para gestionar CPPs

Fase de Preparación	Fase de Desarrollo	Fase de Resultados
Identificar los beneficios para las organizaciones	Definir roles y responsabilidades	Recoger y revisar información
Evaluar el clima político	Establecer canales formales de comunicación	Determiniar si se han cumplido los objetivos
Evaluar el clima social	Monitorizar el clima político y social	Evaluar el problema que pretendía abordar la CPPs
Definir el propósito y los objetivos	Ajustar quién forma parte del grupo	Retroalimentar el proceso con la información obtenida
Seleccionar colaboradores en los que confiemos	Crear sistemas de decisión compartidos	Completar una evaluación sumatoria
Seleccionar los miembros adecuados al proyecto	Desarrollar medidas para los objetivos	Continuar o cesar la CPPs
Dedicar recursos humanos	Completar una evaluación formativa	Identificar problemas emergentes
	Medir los niveles de confianza	

Fuente: Adaptado de Czajkowski (2007).

Czajkowski hace una propuesta que distingue muy claramente tres distintas fases de una CPP. A pesar de que sus argumentos pueden ser de gran utilidad para los líderes de colaboraciones interorganizativas, conviene recordar que a menudo no es conveniente segmentar un proyecto de CPPs de manera tan categórica, pues la realidad de las CPP es más difusa. Por ejemplo, un factor fundamental cuando hablamos de liderazgo en CPPs es el de celebrar las pequeñas victorias, sin esperar al final del proyecto. Teniendo en cuenta el esfuerzo que pediremos a los trabajadores y trabajadoras que se encuentren participando en el proyecto, debemos ser capaces de buscar pequeños logros que les permitan ver como su trabajo y esfuerzo está sirviendo para el propósito de la CPP. Muchas veces, el éxito de la colaboración es muy difícil de medir. Mark Moore, profesor de la Kennedy School of Goverment de Harvard, nos recomienda diferenciar entre los *outputs*, objetivos a corto plazo, con los *outcomes*, aquellos objetivos más a largo plazo, que son los que vertebran y dan sentido a un proyecto organizativo (Moore, 1995). Debemos tener liderazgos que pongan en valor la consecución de los *outputs* a medida que se alcanzan. Es más, en estas celebraciones o reconocimientos, conviene trazar la relación entre los objetivos (*outputs*) y el objetivo final, el *outcome*. (o impacto social deseado).

Es también interesante recuperar el trabajo realizado por el profesor Agranoff: es una aportación limitada pero útil. Agranoff desarrolla el modelo POSDCORB[139], uno de los modelos más utilizados a lo largo de las últimas décadas en gestión, que a pesar de haber sido muy criticado por sus limitaciones en captar la realidad directiva puede ser de utilidad al haber sido adaptado específicamente a las CPPs. Para Agranoff, la aportación de un directivo a la CPP consiste en:

- Planificar: Esta fase debe ser muy flexible y debe durar hasta justo antes del momento de la implementación.
- Organizar: La organización ha de tener una estructura de gobernanza lateral (en oposición a las jerarquías clásicas), donde el conocimiento pueda ser transmitido de forma rápida y directa.
- Asignar recursos: facilitar la movilización de los recursos de los distintos participantes hacia donde sean necesarios.
- "*Staffing*": La contratación de personal ha de estar centrada en el conocimiento, con especial énfasis en aquellas habilidades que nos permitirán lidiar con distintos directivos de otras organizaciones.
- Coordinar: en el sentido de "poner de acuerdo y evitar precisamente "descoordinaciones. En este caso, la coordinación es simultánea, y no

139
Acrónimo de las palabras inglesas "Planning, Organizing, Staffing, Directing, Co-Ordinating, Reporting y Budgeting".

secuencial como se sugiere en el modelo tradicional (weberiano) de las jerarquías clásicas.

- Supervisión: En este caso el énfasis se pone en que el "reporting" debe prepararse conjuntamente.
- Presupuestar: El presupuso tendría que ser ad hoc (casi imposible). Una condición necesaria para poder realizar esta función es que los distintos actores deben acordar procesos y producto final (outputs) previamente a la presupuestación, al menos en un grado que permita la presupuestación.

Es de interés referirnos de manera más específica a la formación y la retención de talento de los equipos de una CPP, función normalmente considerada en el modelo como "*staffing*". Son muchas las estrategias que a nivel internacional se han propuesto para evitar la pérdida de talento en el sector público, pues resulta muy habitual, que trabajadores del sector público que están especializados en la gestión de contratos de colaboración decidan dejar el gobierno e irse a trabajar al sector privado. Esto está especialmente documentado en los países anglosajones. Sus capacidades son muy valoradas en las empresas que gestionan proyectos vía CPPs, pues les ayudan a comprender como lidiar mejor con el sector público. Un ejemplo reciente de como mitigar la perdida de talento lo ofrece, precisamente, la Cabinet Office (oficina del gabinete del primer ministro) del Reino Unido. Como parte de sus responsabilidades la Cabinet Office se encarga de la gestión de los grandes contratos de CPPs. Para mitigar la perdida de trabajadores clave en este departamento, seleccionaron a los mejores especialistas en gestión de CPPs y les propusieron formar parte de un cuerpo de élite, llamado de informalmente como el 'equipo de los paracaidistas". Su responsabilidad sería la de colaborar con los distintos departamentos y agencias del gobierno cuando estos tuvieran un problema con la gestión de una CPP. A cambio, se les dotaría de un sueldo mucho mayor del que estaban recibiendo, y tendrían mucho más prestigio laboral. A pesar de que la medida puede resultar, a priori, interesante, de momento parece que ha suscitado mucha resistencia a nivel interno: los departamentos no ven con buenos ojos que otra unidad del gobierno les diga cómo gestionar sus proyectos. Del mismo modo, el sector privado lo ha visto como una buena oportunidad para identificar los mayores expertos del sector público en gestión de CPPs, y parece ser que todavía están recibiendo ofertas más atractivas para desarrollar sus funciones en el sector privado.

A parte de velar por la retención y el desarrollo del talento en la organización, los líderes de CPPs deben prestar especial atención a la comunicación, función poco desarrollada en el modelo POSDCORB. En una colaboración intersectorial, son frecuentes altos grados de incertidumbre e inseguridad sobre qué decisiones tomar o cómo gestionar ciertas situaciones. En estos casos, los participantes

del proyecto buscarán en el equipo de dirección las respuestas a sus preguntas. Deberán ejercer el rol llamado "comunicador". Los líderes tendrán que reconocer los canales de comunicación de las organizaciones que participan en la colaboración y, actuar como un filtro y emisor de información. Tendrán que también gestionar la retórica que envuelva la CPP, creando el discurso que se quiere transmitir tanto a los miembros de la colaboración como a los usuarios del servicio: este componente no es menor, pues permite "dar sentido" al trabajo que realizan los diversos colaboradores de la CPP y suele ser una buena fuente de motivación, aportación central que debe realizar un líder. En el capítulo tercero de la función de la comunicación en la Colaboración Público-Privada, ha sido tratado con más detalle.

Carton, profesor de la escuela de negocios de Wharton, nos explica que cuando el hombre llegó a la luna, fue fruto de una colaboración entre diferentes agencias pública, privadas y una miríada de individuos. Estudiando los documentos escritos en la época, Carton cuenta que el presidente Kennedy tuvo un papel muy relevante liderando ese proyecto de la NASA. Una de sus tareas fue la de reducir el número de objetivos de la NASA a uno solo: la conquista del espacio (*outcome*). Después definió que la conquista del espacio se haría a partir de la llegada y retorno de la persona humana a la luna (*output*). Así fue capaz de sintetizar y dar sentido a la gran complejidad de objetivos que tenía la NASA. La capacidad de esta organización para hacer que todos sus trabajadores y trabajadoras sintieran como suyo el objetivo de la organización era un reto colosal. Se cuenta una anécdota ilustrativa de este tema protagonizada por John Fitzgerald Kennedy. En una de las visitas de al centro de Cabo Cañaveral al acercarse a un trabajador de mantenimiento que estaba fregando el suelo y saludarlo, este se dirigió de manera espontánea al Presidente diciéndole: "Hola Presidente, yo también estoy ayudando a enviar un hombre a la luna". Los líderes tienen que sintetizar y dar sentido.

Los mensajes que los líderes usan en sus organizaciones presentan una gran paradoja: las mismas propiedades que dan significado a las grandes aspiraciones de una organización no permiten a los empleados vincularlas de manera directa con sus actividades diarias de sus puestos de trabajo. Es más, el propósito último de un proyecto puede ser útil para motivar, pero no para organizar operativamente el trabajo de una unidad específica donde los objetivos deben ser más específicos, medibles, alcanzables,… Existe, pues, una gran tensión entre significado y "gestionabilidad" (McGregor and Little, 1998), es decir, entre dar objetivos que sean suficientemente específicos para que tengan sentido para los trabajadores, y al mismo tiempo sean suficientemente amplios para motivarlos (Little, 2011). ¿Cómo fue posible gestionar estas dificultades en el caso de la NASA?

Kennedy comunicó objetivos específicos conectados a las tareas principales de los trabajadores y trabajadoras. Puso una serie de objetivos concretos en pizarras por todas las oficinas de la NASA, para que todo el mundo las viera a diario. Finalmente, Kennedy creo una retórica para vincular la principal aspiración de la NASA con el objetivo concreto, y decidió realizar distintos discursos en público para propagar su retórica. Esto ayudó a alinear a muchas de las organizaciones que colaboraban en el proyecto.

Este ejemplo permite concretar algunas de las propuestas de liderazgo expuestas en este capítulo. Evidentemente los proyectos de CPPs que se desarrollan en España no tendrán demasiado parecido al proyecto que llevo a la NASA a enviar una persona a la luna, pero las habilidades de liderazgo mostradas por Kennedy al mando del proyecto si pueden ser útiles para desarrollar otro tipo de proyectos en colaboración.

Liderar colaboraciones quiere decir sobre todo ser capaz de movilizar los recursos de todas las organizaciones que participan en la colaboración. No resulta fácil, dado que a menudo los recursos organizativos no son fáciles de identificar, no están exclusivamente asignados a la CPP y hace falta conocer bien cómo funciona cada organización. Pero en la medida que seamos capaces de movilizar estos recursos el éxito del proyecto estará más encarrilado. Este rol lo podríamos denominar como el rol movilizador.

La complejidad de la gestión de una CPP, que puede leerse entre líneas con lo hasta este momento dicho, nos lleva a la recomendación lógica de disponer de equipos directivos, sobre todo en el sector público, que tengan continuidad. Ante el riesgo de discontinuidades y cambios importantes en los equipos, toma de nuevo relevancia la ya menciona necesidad de liderazgos más compartidos: en muchas ocasiones las CPPs acaban dependiendo demasiado de los liderazgos individuales, así que hay que desarrollar liderazgos relacionales y compartidos. A este factor se le añade un hecho peculiar de las CPPs que hace más relevante lo comentado: los líderes y seguidores en una CPP viven en un mundo relacional, un mundo en el que el liderazgo ocurre en redes complejas de relaciones y contextos que cambian dinámicamente (Uhl-Bien y Ospina, 2012), lo que aboga todavía más por una cierta estabilidad en los equipos. Los costes de aprendizaje y creación y mantenimiento de las redes requeridas son muy altos si buscamos el buen funcionamiento de la CPP.

V.
Liderazgo y contexto en colaboraciones público-privadas

Para una CPP, los liderazgos serán diferentes en función de la problemática o situación a gestionar (Lorsch, 2010; Yukl, 1989). Hay que remarcar que las ideas que se han recogido en las secciones anteriores serán de menor o mayor importancia en función de los factores contextuales. No existe pues, una receta que los directivos y directivas de CPPs puedan seguir para asegurar el éxito de sus proyectos colaborativos. Diferentes proyectos y diferentes formas de gobernanza de las colaboraciones requerirán liderazgos diferentes. La Tabla 5.2 muestra las principales características que parece que pueden incidir de manera más importante en el tipo de dirección / liderazgo en opinión del profesor de Harvard, R. Heifetz, al ser las que marcan más el contexto donde se ejerce la dirección. Estas características o factores contextuales están relacionados directamente por el "tipo de problema" a gestionar, en nuestro caso, por la CPP.

Tabla 5.2
Variables que definen el contexto

Situación	Definición del problema	Solución e implementación	Tipo de trabajo	Ámbito público más propicio	Ámbito privado más propicio
Técnica	Clara	Clara	Técnico	Departamento de contratación y otros departamentos de la Administración implicados	Departamentos técnicos de las empresas
Mixta	Clara	Requiere aprendizaje	Técnico y adaptativo	Gerentes de áreas / directivos públicos	Responsables de las empresas ante la Administración
Adaptativa	Requiere aprendizaje	Requiere aprendizaje	Adaptativo	Ámbito político	Altos directivos de la empresa

Fuente: Adaptado de Heifetz (1995) y elaboración propia.

Situación técnica

Las características propias de los problemas técnicos afectan tanto a la parte pública como a la parte privada. Los técnicos de la Administración como los de las empresas, deberán ejecutar en sus equipos la parte encomendada para llevar a cabo la CPP. Por ejemplo, en el caso del sector público, para CPPs de alta complejidad, se necesitará de equipos que puedan llevar un proceso de licitación con un gran conocimiento técnico específico del proyecto, pero en este equipo se necesitará disponer de uno o más líderes que lleven el equipo de personal de la Administración. Son liderazgos internos en los equipos de la CPP, que permiten que las funciones del sector público en una CPP, como es la definición del proyecto, sea hecha con el mayor rigor posible. El fruto final de un buen liderazgo en este tipo de problemas no es solo un pliego de condiciones técnico-económico-administrativas, sino el disponer un conocimiento acumulado que se pone al servicio de la gestión de la CPP antes, durante y al final de la misma con un espíritu proactivo que permite dar de manera anticipada las respuestas necesarias en la provisión del bien público que se trate y con una consideración alta del *partner* privado que garantice la sostenibilidad de la CPP. Pero en todo caso estamos en situaciones muy conocidas con soluciones conocidas y experiencia por las dos partes de la CPP.

Situación mixta

Sin embargo, en la CPP cuando abordan problemas "mixtos" en los que se requiere cierto nivel de aprendizaje para dar solución al problema público, esto no es suficiente: existe la necesidad de una clara coordinación entre sector público y privado. Para que una CPP pueda tener éxito, se necesita que los líderes del sector público y sector privado se entiendan entre ellos, que exista coordinación, tal y como apuntábamos anteriormente. Se necesita de líderes que respondan ante situaciones adaptativas, ya que cada CPP tiene sus peculiaridades, y las problemáticas que pueden surgir son diversas y muchas veces imprevisibles. De ahí la importancia de disponer de líderes con esta capacidad.

Al estar ante situaciones mixtas se necesiten líderes "específicos" para cada CPP con una clara capacidad adaptativa lejana de posiciones rígidas burocráticas (lo que no aboga por un buenismo de la administración, si no por flexibilidad e inteligencia para el aprendizaje necesario). A la vez son situaciones donde no se pueden minimizar los requerimientos de conocimientos técnicos. Son posiciones típicas de directivos de áreas de la Administración pública y de directivos privados responsables ante la Administración de la prestación del servicio público en el caso de la empresa privada. En el sector privado, estos directivos "adaptativos" suelen ser personas con experiencia en la relación con la Administración, con

los actores sociales, con la sociedad civil en general. Esto les permite ser vistos como los líderes de empresas de prestación de servicios. Son líderes "pro-activos".

Situaciones adaptativas

Nos encontramos aquí con las situaciones públicas y sociales más complejas. La definición del problema público no es sencilla: los diversos actores implicados reclaman una interpretación del problema social diferente (pensemos por ejemplo en políticas de inmigración). En consecuencia, la propia solución, el propio contenido de la CPP es difícil de definir a priori y de diseñar soluciones, reparto de responsabilidades y gestión compartida. Solo un proceso de interacción fuerte y una gran capacidad de aprendizaje y flexibilidad pueden orientar la CPP. Estamos, en definitiva, ante situaciones que reclaman altos niveles de adaptabilidad. Son situaciones donde el directivo público suele ocupar posiciones políticas y es el facilitador de la CPP. Tiene la función de alinear objetivos no sólo en la Administración pública, sino también entre la ciudadanía o agentes sociales (asociaciones, fundaciones sociales, ONGs, colectivos vecinales, etc.). Lo propio de directivos en posiciones políticas es enfrentarse a problemas de dificultad alta o muy alta (situaciones cambiantes, muy fluidas, con alto nivel de incertidumbre, complejas –muchos actores que se interrelacionan entre ellos de manera no sistemática- y con altos niveles de indefinición y ambigüedad). Gestionar estas situaciones a través de CPP es un reto, pero es ineludible: la administración por sí misma no puede dar respuesta a determinados problemas sociales y requiere de la colaboración del sector privado y del sector no lucrativo. Es lo que se ha venido en llamar la administración (el estado) relacional (Vernis y Mendoza, 2009; Mintzberg, 2015). Estas situaciones son de dificultad superior a las que tradicionalmente reciben los directivos funcionariales. A esa mayor complejidad se añade una mayor "atipicidad", lo que conduce a que no tengamos claros antecedentes y conocimiento acumulado para tratar tales problemas sociales – o demandas sociales con pocos precedentes o ninguno - (Losada, 2003) que desea abordar la CPP, lo que conduce a subrayar de nuevo la capacidad de aprendizaje de los equipos directivos y de la consiguiente adaptabilidad. Identificar mecanismos institucionales que puedan favorecer tal "inteligencia y aprendizaje" deviene clave. En este sentido, en el capítulo cuarto, hemos hecho referencia a la importancia de la movilidad horizontal del personal de las administraciones públicas para diferentes cuerpos o escalas del mismo subgrupo profesional. Esto va ligado con la existencia de personal en la Administración pública capacitada para liderar diferentes CPPs desde el ámbito público, que tengan una movilidad entre diferentes proyectos, pero con capacidad de enfrentarse a problemas diferentes, con soluciones atípicas, nuevas interrelaciones y heterogeneidad en las demandas, siendo muchas ellas más allá de las propias fronteras organizativas de la CPP.

En estas situaciones adaptativas el directivo público en posiciones políticas de la CPP deberá ser más un líder externo que interno. Su liderazgo se desarrollará especialmente con personas externas a su unidad: ciudadanía afectada, instituciones públicas y privadas afectadas, agentes sociales, entre otros *stakeholders*. En la CPP, el liderazgo debe ser sobre el sistema social sobre el que se actúa, implicando ejercer el liderazgo tanto en ámbitos en los que hay o no autoridad formal. El líder deberá desplegar todas sus capacidades de liderazgo (como la persuasión, o la argumentación, entre otras) para alinear a los diferentes actores para un mejor desarrollo de la CPP. Necesitará trabajar con las diversas motivaciones de personas y colectivos afectados, establecer una amplia red de relaciones interpersonales, algunas con componentes afectivos, que le permitan realizar ese trabajo de alineación. Toda esta responsabilidad requiere personas altamente formadas y con capacidad de movilidad horizontal entre diferentes proyectos de CPP, que puedan solucionar problemáticas no previstas en la CPP, así como den garantías de minimización de riesgos en la CPP, tema que abordamos a continuación.

VI.
Liderazgo y riesgos en la colaboración público-privada

Es necesario acabar esta reflexión con un comentario sobre los riesgos propios en la CPP y su reparto entre los diversos actores. El hacerlo así puede ayudar a los directivos a focalizar mejor su atención en medio de un gran número de demandas cotidianas sobre ellos mismos que reclaman su atención y que son de difícil priorización, como es propio de todo trabajo directivo (Losada, 1999; Mintzberg, 2013). Empecemos por decir que, en las CPPs, la correcta distribución de riesgos permite minimizar el coste de la prestación del servicio (Bing et al., 2015; Hodge, 2004; Klijn & Teisman, 2003). En los contratos de Colaboración Público-Privada, la distribución de riesgos óptima es inherente a cada contrato y a cada sector y, requiere de un examen tanto de los incentivos creados por la relación contractual como de los riesgos asumidos por las diferentes partes. La creación y buen diseño de estos incentivos debe ser una de las preocupaciones y ocupaciones prioritarias. Según la teoría estándar del principal-agente, los riesgos deben distribuirse de acuerdo con la capacidad de control (tanto de la incertidumbre como del origen de los riesgos) de las diferentes partes. Además, el riesgo se asignará a la parte que tiene relativamente un mayor control sobre el factor de riesgo o bien se asignará a la parte más capaz de soportar los riesgos en casos de escenarios con alta aversión al riesgo, con el fin de reducir el coste del proyecto. Esto debe reflejarse también en la distribución de costes y beneficios de la CPP. La adhesión a estos criterios debería garantizar una menor prima de riesgo y con ello un menor coste de capital que permita ser compensado con las mejoras de eficiencia esperadas de la gestión de los proyectos.

De aquí se desprenden dos características importantes de los líderes para una reducción de los riesgos en la CPP. La primera corresponde a la capacitación de estos líderes, que ha sido tratada con más profundidad en el capítulo de las capacidades institucionales en la CPP. La segunda corresponde al papel que tiene el liderazgo en la reducción de estos riesgos. La literatura académica que relaciona el papel del liderazgo con la reducción de riesgos es inexistente. Esto nos lleva a argumentar en los próximos párrafos porqué el liderazgo es importante en la reducción de los riesgos, y en qué riesgos este liderazgo les puede afectar en mayor medida. Planteamos alguno de los riesgos que puede existir en una CPP, así como su correcta asignación. Aunque la asignación de riesgos óptimas puede varias entre sectores, existe cierto consenso sobre cuál de las partes puede soportar menor determinado riesgo.

- El riesgo de diseño: es aquel riesgo relacionado con la adecuación o inadecuación de la prestación, el servicio o la obra a ser gestionada en el futuro. Se trata de un riesgo característico de aquellas CPPs que van ligadas a la construcción y explotación de una infraestructura, y acostumbra a ser un riesgo que se recomienda que soporte el sector privado. En este caso, es muy clara la importancia del liderazgo de los directivos del proyecto para asegurar que el sector privado es capaz de entregar la obra con los plazos y prescripciones acordadas con la Administración. Aquí es clave la atención en la "traducción" de las necesidades sociales en objetivos, de estos en requerimientos funcionales y, la más compleja, de estos requerimientos a los requerimientos técnicos. Este proceso de "traducción o conversión" es considerado una de las fuentes de más importantes de riesgos y errores (Frame, 2003).

- El riesgo de *ius variandi* consiste en la potestad que dispone la Administración para modificar de forma unilateral el contrato y la obligación que genera por parte de la parte privada de aceptarla. Este riesgo puede verse disminuido si entre la Administración y el sector privado hay elevados niveles de confianza y colaboración que permita tomar decisiones drásticas en algún momento de la fase de gestión del proyecto para balancear las ganancias de una parte con las pérdidas de la otra. Hoy este riesgo es especialmente difícil de gestionar dado el entorno político en que nos movemos: la pedagogía política, la transparencia y la gestión de medios de comunicación y redes sociales devienen clave para gestionar la enorme sospecha colectiva que existen sobre la modificación de las condiciones de las CPP.

- El riesgo de demanda (englobado en el también llamado riesgo operacional) ha sido ampliamente tratado en el capítulo 1, con la incorporación de éste en la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017 de una forma clara. El riesgo de demanda debe ser gestionado por la parte privada según la ley, mientras que los enfoques teóricos recomiendan una compartición del riesgo con la Administración. La Administración debe ser suficientemente madura como para buscar una colaboración con el sector privado con unas estimaciones de demanda suficientemente robustas que permitan a la empresa tener unos datos bastante fiables. Los directivos públicos deben ser capaces de hacer valer su criterio profesional para sacar adelante proyectos con unas rentabilidades aceptables para el sector privado, minimizando las renegociaciones iniciales.

- El riesgo regulatorio se genera en la parte pública, más concretamente de la parte política. Cambios en la legislación, en el funcionamiento del sector o de la economía de un país son ejemplos de ello. El liderazgo,

concretamente el liderazgo en situaciones adaptativas y político, debe permitir que los cambios estén plenamente justificados y, intentar que sean aceptados de la mejor forma posible por las dos partes en la CPP. Aquí, nuevamente, la capacidad de pedagogía política, la transparencia y la gestión de medios de comunicación y redes sociales devienen clave para gestionar la enorme sospecha colectiva que existen sobre la modificación de las condiciones de las CPPs. Junto a ello la capacidad técnica para la recopilación de datos relevantes y la capacidad analítica de los equipos técnicos serán piezas clave para amortiguar los riesgos inherentes a este tipo de riesgos, como para los riesgos anteriores.

Del conjunto de riesgos en una CPP, la dirección de calidad permite focalizarse en ellos en el momento adecuado y el liderazgo permite rebajarlos hasta niveles más aceptables por las dos partes. El resultado más importante es que se consigue unos menores costes de capital con una mitigación de estos riesgos, implicando, al fin y al cabo, un *value for money* mucho mejor para el ciudadano.

VII.
Conclusiones

El liderazgo es importante tanto para la creación (Esteve, Boyne, Sierra y Ysa, 2013), como para el posterior éxito de una colaboración entre organizaciones (Ysa, Sierra y Esteve, 2016). En este capítulo hemos ofrecido un análisis de qué tipo de liderazgos pueden ser más convenientes para dirigir con éxito una CPP. En particular, no hemos centrado en el liderazgo facilitador, en el que la dirección se pone al servicio del proyecto para asegurar su éxito. Recordando las palabras de Agranoff, las CPPs requieren de liderazgos que generen liderazgos. Hemos apuntado también la importancia de otras cuestiones relacionadas con la dirección de una CPP, como la necesidad de transparencia, o la de generar confianza entre los distintos actores de la CPPs. Medidas que sin duda pueden ayudar a romper los estereotipos que tanto el sector público como el privado ostentan sobre el uno y el otro. Así mismo, hemos destacado algunas de las acciones directivas principales que resultan significativas en una organización.

Sería demasiado simplista proponer las variables que pueden afectar al liderazgo y a la dirección de una CPP sin tener en consideración los factores contextuales que harán de cada CPP un caso único. Por este motivo, hemos categorizado los principales entornos en los que las CPPs se pueden desarrollar, para apuntar como estos afectan al tipo de gestión que más conviene al proyecto. Basándonos en la clasificación propuesta por Heifetz (1995), hemos analizado las características de las situaciones técnicas, mixtas y adaptativas.

Finalmente, el capítulo ofrece una reflexión sobre cuáles son los principales riesgos que los líderes de las CPPs deberán afrontar en el ejercicio de sus funciones. En concreto, se han identificado cuatro riesgos principales: aspectos como el diseño de la colaboración, el riesgo de *ius variandi* de terminación del contrato por parte de la Administración, el de demanda sobre el servicio ofrecido por la CPP, y el riesgo regulatorio.

En conclusión, cabe destacar que, a pesar de la complejidad contractual de las CPPs, gestionar CPPs no deja de ser gestionar personas. A pesar de que cada CPP tiene características distintas, podemos observar como ciertos tipos de liderazgo pueden ayudar a su correcto funcionamiento. Por este motivo, a pesar de la necesidad de desarrollar estudios futuros para poder comprender mejor el papel de los distintos tipos de liderazgo en las CPPs, podemos concluir que el liderazgo y la dirección son herramientas indispensables para asegurar el correcto desarrollo de una CPP.

Bibliografía

AGRANOFF, R. (2006). "Inside collaborative networks: Ten lessons for public managers". *Public Administration Review* 66:56–65.

AGRANOFF, R. (2012). *Collaborating to Manage: A Primer for the Public Sector*. Washington, DC: Georgetown University Press.

ANDERSEN, J. A. (2010). "Public versus private managers: How public and private managers differ in leadership behavior". *Public Administration Review*, *70*(1), 131–141.

BIGLEY, G. A., & PEARCE J. L. (1998). "Straining for shared meaning in organization science: Problems of trust and distrust". *Academy of Management Review*, 23(3): 405–421.

BING, L., AKINTOYE, A., EDWARDS, P. J., & HARDCASTLE, C. (2005). "The allocation of risk in PPP/PFI construction projects in the UK". *International Journal of Project Management*, 23(1), 25–35.

BRYSON, J. M., CROSBY, B. C., & BLOOMBERG, L. (2014). "Public value governance: Moving beyond traditional public administration and the new public management". *Public Administration Review*, *74*(4), 445-456.

BRYSON, J. M., CROSBY, B. C., & BLOOMBERG, L. (Eds.). (2015). *Public value and public administration*. Georgetown University Press.

DAY, D., & ANTONAKIS, J. (2012). *The nature of leadership*. California: Sage.

ESTEVE, M., BOYNE, G., SIERRA, V., & YSA, T. (2013). "Organizational collaboration in the public sector: Do chief executives make a difference?" *Journal of Public Administration Research and Theory*, *23*(4), 927-952.

FRAME, J. D. (2003). *Managing projects in organizations: how to make the best use of time, techniques, and people*. John Wiley & Sons.

GULATI, R. (1995). "Does familiarity breed trust? The implications of repeated ties for contractual choice in alliances". *Academy of Management Journal*, 38:85–112.

HEIFETZ, R. A. (1994). "Leadership without easy answers" (Vol. 465). *Harvard University Press*.

HODGE, G. A. (2004). "The risky business of public–private partnerships". *Australian Journal of Public Administration*, 63(4), 37-49.

HODGE, G. A., & GREVE, C. (2007). "Public-private partnerships: An international performance review". *Public Administration Review* 67:545–58.

KLIJN, E. H., & TEISMAN, G. R. (2003). "Institutional and strategic barriers to public—private partnership: An analysis of Dutch cases". *Public Money and Management*, 23(3), 137–146

KOPPENJAN, J. F. M., & ENSERINK, B. (2009). "Public-private partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability". *Public Administration Review* 69: 284–96.

KRUEATHEP, W., RICCUCCI, N. M., & SUWANMALA, C. (2010). "Why do agencies work together? The determinants of network formation at the subnational level of government in Thailand". *Journal of Public Administration Research and Theory*, 20:157–85.

LORSCH, J. (2010). "A contingency theory of leadership". *Handbook of leadership theory and practice*, 13(1), 411-432.

LOSADA, C. (1999). "¿De burócratas a gerentes?» BID, Washington, DC.

LOSADA, C. (2003). *A Contribution to the Study of the Differences in Managerial Function: Political Managers' Function and Civil Service Managers' Function* (Doctoral dissertation). Barcelona. Universitat Ramon Llull.

MANDELL, M. P., & STEELMAN, T. A. (2003). "Understanding what can be accomplished through interorganizational innovations". *Public Management Review* 5:197–224.

MINTZBERG, H. (2013). *Simply managing: What managers do—and can do better.* Berrett-Koehler Publishers.

MINTZBERG, H. (2015). *Rebalancing society: Radical renewal beyond left, right, and center*. Berrett-Koehler Publishers.

MOORE, M. (1995). *Creating Public Value: Strategic Management in Government*. Cambridge: Harvard University Press.

MULLIN, M., & DALEY D. M. (2010). "Working with the state: Exploring interagency collaboration within a federalist system". *Journal of Public Administration Research and Theory* 20:757–78.

OSPINA, S. M. (2017). "Collective leadership and context in public administration: bridging public leadership research and leadership studies". *Public Administration Review*, *77*(2), 275-287.

SMITH, C. R. 2009. "Institutional determinants of collaboration: An empirical study of county open-space protection". *Journal of Public Administration Research and Theory* 19:1–21.

UHL-BIEN, M., & OSPINA, S. M. (2012). *Advancing relational leadership research: A dialogue among perspectives*. IAP.

VERNIS A., & MENDOZA, X. (2009). "Una aproximación a la conceptualización del nuevo rol del Estado: el Estado relacional". *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, (44).

YSA, T., SIERRA, V., & ESTEVE, M. (2014). "Determinants of network outcomes: The impact of management strategies". *Public administration*, *92*(3), 636-655.

YUKL, G. (1989). "Managerial leadership: A review of theory and research". *Journal of Management*, 15(2), 251-289.

Capítulo VI

Determinantes de las políticas de colaboraciones público-privadas: el papel de la Unión Europea

Cambra de Comerç de Barcelona

Resumen

Las Colaboraciones han proliferado enormemente en las últimas tres décadas a raíz del interés creciente de los gobiernos por adoptarlas. Diversas presiones, tanto externas como internas, han llevado a los gobiernos a garantizar una mejor adopción y gestión de estas CPPs. Este capítulo analiza cuáles son los factores que determinan el desarrollo de las políticas a favor de las colaboraciones público-privadas de un país, con un especial énfasis en la Unión Europea. Utilizando la base de datos *Procuring Infrastructure CPPs 2018* del Banco Mundial, que contiene datos de 135 países, se analiza el impacto de las distintas tradiciones jurídicas, la pertenencia a la Unión Europea, la transparencia y los indicadores macroeconómicos en la adopción, la contratación y la gestión de las CPPs. Observamos que la transparencia actúa como el aceite de transmisión de las políticas en materia de CPP, y que estas colaboraciones son vistas con reticencia en los países escandinavos. La gran contribución de la UE es en asegurar un buen proceso de contratación, mientras que su papel en promover y gestionar mejor las CPPs no es significativo. Además, los efectos de los indicadores macroeconómicos en la política nacional a favor de las CPPs no son claros.

PALABRAS CLAVE

Políticas a favor de CPPs
Unión Europea
Infraestructuras
Ranking por países
Marco institucional

I.
Introducción

Las colaboraciones público-privadas (CPP) ha aumentado rápidamente en los últimos treinta años, tanto en número de proyectos como en inversión total, en la mayoría de los países (Iossa y Martimort, 2015). Las CPP permiten a los gobiernos asumir proyectos que, de lo contrario, les pueden resultar inalcanzables. Las presiones sobre las finanzas públicas desempeñan un importante papel en la adopción de las CPPs. Por ejemplo, los países con mayores deudas o déficits tienden a recurrir a las CPP con más frecuencia que otros países. Así, este vehículo acaba siendo utilizado con más frecuencia por parte de algunos países.

Sin embargo, pese al uso creciente de las CPPs –y el consiguiente incremento de la investigación sobre el tema–, aún carecemos de respuestas concluyentes sobre cómo y por qué los gobiernos que operan en contextos distintos desarrollan marcos institucionales, políticas y regulaciones diferentes para implementar la CPP (Verhoest *et al*., 2013). A través de estudios cualitativos y basados en pocos datos, los académicos han señalado una serie de factores que repercuten en el éxito de las CPP. Los investigadores han encontrado que, desde el punto de vista estructural, la capacidad institucional de un país parece incidir en el éxito de las CPPs; la estabilidad contractual de la CPP es mejor en un marco institucional más desarrollado (Soecipto y Verhoest, 2018).

Las preguntas en este capítulo corresponden son:

- ¿Qué determina que un país elija tener una política a favor de las CPPs, así como también que ésta sea buena?
- ¿Qué papel ha tenido la Unión Europea en una mejor adopción, contratación y gestión de las CPPs?

Viendo las grandes diferencias entre países a la hora de adoptar y recurrir con éxito a las CPP (Verhoest *et al*., 2015a), es necesario desarrollar estudios comparativos entre dichos países manejando mayores cantidades de datos. Hasta la fecha, no hay ningún estudio concluyente que trabaje con un número de países bastante grande, así como también que se apoye en la econometría. En efecto, las variables del contexto macroinstitucional inciden en la política pro CPPs: la tradición jurídica y cultural, el contexto económico-financiero específico del país, su modelo económico y societario, así como su desarrollo administrativo (Bouckaert, 2004; Verhoest *et al*., 2010; Verhoest *et al.*, 2015b). Disponer de un gran número de países, nos permite testear el efecto que ha tenido la Unión Europea respecto al resto de países.

Este capítulo contribuye a la literatura de la materia analizando cuáles son los factores determinantes de un país a la hora de recurrir a las CPPs, focalizándose en la Unión Europea. Cabe señalar que no pretendemos analizar qué elementos determinan que una CPP tenga éxito,[140] sino más bien centrarnos en los antecedentes de la cadena conceptual causal que conducen a la adopción, contratación y gestión de las CPPs. En concreto, analizamos los efectos de las tradiciones jurídicas de los países, de los indicadores macroeconómicos, de la transparencia administrativa y de la pertenencia a la Unión Europea (UE) sobre la política a favor de las CPPs de un país, así como la calidad de ésta. Utilizamos las puntuaciones de *Procuring Infrastructure PPPs 2018* del Banco Mundial como indicadores de la política de un país en relación en favor de las CPPs. En este estudio, no nos limitamos a la descripción de un caso y a realizar una investigación basada en unos pocos datos, como señala Hodge *et al*. (2018), sino que también medimos la calidad de la política pro-CPPs en su adopción, proceso de contratación y en su ejecución o gestión.

140
En Hodge *et al. (2018) se ilustra un debate reciente sobre los factores que caracterizan las CPPs de éxito.*

II.
Características que afectan a la política a favor de las colaboraciones público-privadas

En su trabajo de revisión de la literatura en materia de CPPs, Wang *et al*. (2018) concluyen que los principales factores que explican la adopción de las colaboraciones público-privadas en los países desarrollados son la presión fiscal, la búsqueda de una mayor eficiencia pública y un entorno político favorable. En los países en vía de desarrollo, el recurso a las CPPs a escala local se ve afectado principalmente por una mayor presión de parte de las instancias superiores de gobiernos (por ejemplo, el gobierno provincial), por la presión a su mismo nivel procedente de las ciudades vecinas, y por el hecho de si los gobiernos permiten todo tipo de colaboraciones público-privadas. Los principales riesgos de las CPPs provienen de los contextos institucionales en que se desarrollan los proyectos (Carbonara *et al*., 2015). El apoyo contingente del gobierno también es una razón necesaria, aunque no suficiente, para explicar la adopción de una CPP (Verhoest *et al*., 2015b).

La existencia de marcos políticos orientados explícitamente a las CPPs y el compromiso político a largo plazo son factores cruciales para el éxito de estos mecanismos políticos (Matos-Castaño *et al*., 2014). Según estos autores, los entornos institucionales que posibilitan la existencia de la CPP se encuentran en aquellos países orientados al cambio institucional a largo plazo y dispuestos a aprender y a modificar las instituciones de transición, si fuera preciso. Las CPPs de éxito son propiciadas por una legislación sensata sobre el tema (Hammerschmid e Ysa, 2010), unas políticas adecuadas, unos procedimientos de contratación transparentes, unas regulaciones no ambiguas y unos estándares perfectamente determinados, así como por unas responsabilidades claramente definidas entre los distintos actores públicos y evaluaciones *ex ante* para su implementación (Jooste *et al*., 2011). Además, los académicos también han identificado algunas características a nivel nacional genéricas que inciden en el éxito de las CPPs: la cultura y la tradición jurídica del país, el contexto económico-financiero específico, la política nacional, el modelo económico y societario, así como el desarrollo administrativo y la trayectoria de reformas (Pollit y Bouckaert, 2004; Verhoest *et al*., 2010; Verhoest *et al*., 2015b).

Las presiones isomorfas supranacionales y la Unión Europea

En los últimos años, las presiones isomorfas supranacionales ejercidas sobre los gobiernos nacionales para que adopten unas prácticas de gobierno legitimadas –las CPPs– ha sido una de las condiciones que han propiciado su propia adopción (DiMaggio y Powell, 1983, Christensen y Lægreid, 2007). En efecto, Greve (2015) sugiere que las organizaciones internacionales –como la ASEAN, la UE, el FMI, la OCDE, las Naciones Unidas y el Banco Mundial– desempeñan un papel importante en la expansión y la adopción de las CPPs. Dichas instituciones proporcionan recomendaciones políticas, directrices, recursos y herramientas para apoyar a los países que recurren a las CPPs. Además, algunas instituciones financieras internacionales, como el Banco Mundial y el FMI, incluyen el recurso a las CPPs entre sus condiciones para conceder préstamos a los países en vías de desarrollo (Jamali, 2004; Bhatia y Gupta, 2006). Sin embargo, todavía no se ha satisfecho plenamente la necesidad de comprender con más detalle de qué modo las organizaciones supranacionales e internacionales influyen en la expansión de las CPPs y cómo inciden también en los gobiernos de todo el mundo (Hodge y Greve, 2018).

Las presiones internacionales y supranacionales para que los países adopten las CPPs son de tipo regulatorio, normativo y económico (Verhoest *et al*., 2015b). Pero ha sido la Unión Europea que, como organismo supranacional, que de forma obligatoria puede imponer a sus países miembros unas determinadas políticas. Por ejemplo, la legislación de la Unión Europea (UE) ofrece la posibilidad de financiarse fuera del balance permitiendo a los estados miembros diferir en el tiempo el coste de las infraestructuras (Petersen, 2010). Y varias directivas europeas sobre contratación pública abierta y competitiva han establecido en toda la UE una legislación muy favorable a las CPPs (Verhoest *et al*., 2015c). Sin embargo, la UE, al tiempo que ordena por ley la contratación competitiva a los estados miembros, también promueve, por medios más suaves –como las recomendaciones y las buenas prácticas– la adopción de las CPPs.

Así pues, con respecto a la adopción de CPPs y otras decisiones políticas más generales, los estados miembros de la UE presentan algunas diferencias. Por ejemplo, Suecia, Dinamarca, Austria, Bélgica o Luxemburgo, pese a tener las mismas restricciones supranacionales que los demás miembros de la UE, han optado por evitar las CPPs (Petersen, 2011). Sin embargo, contar con el apoyo de la UE parece que guarda una relación positiva con el desempeño económico de los proyectos de CPP (Garrido *et al*., 2017). Cabe sostener, pues, que niveles distintos de presión isomórfica y multinivel pueden producir una mayor facilidad para adoptar una política a favor de las CPPs, así como también que esta sea lo mejor posible.

Las tradiciones administrativas

Influyen en la calidad de las CPPs un sistema con un sentido culturalmente definido, unas normas constitutivas, las expectativas profesionales, los mitos sociales y los símbolos nacionales (Guo y Ho, 2018). A grandes rasgos, las tradiciones administrativas parecen jugar un papel determinante en una política a favor o en contra de las CPPs. Es bien conocido que los países escandinavos son reacios a las CPPs, mientras que los países anglosajones se muestran favorables a ellos (van den Hurk *et al*., 2016). La Porta *et al*. (1997) señalan que los ordenamientos jurídicos basados en el *Common Law* tienden a garantizar mejor los derechos de los inversores y a proteger al sector privado. Por contra, Yehoue *et al*. (2006) no encuentran ninguna relación causa-efecto de la tradición del *Common Law* en el número de proyectos de CPP, ni en las inversiones totales a través de CPP en el sector del transporte. Sin embargo, sí observan un efecto positivo en la participación del sector privado, al igual que La Porta *et al*. (1997). La adopción de CPPs aumenta si existe un ordenamiento jurídico propicio y las instituciones adecuadas (Hammerschmid e Ysa, 2010). Así, las tradiciones políticas y administrativas también son relevantes a la hora de determinar la capacidad de un país para adoptar y utilizar CPP. Dewulf *et al*. (2012) sugieren que los contextos institucionales y legales, entre otros, son importantes a la hora de adoptar CPP. En definitiva, existen suficiente evidencia que demuestra que las tradiciones administrativas inciden en las políticas de CPP.

La calidad de la gobernanza

La capacidad de las CPPs depende también de la calidad institucional del sistema de gobierno de un país. Entre los obstáculos, cabe señalar la desconfianza entre el sector público y el privado, la ausencia de un entorno institucional favorable a las CPPs y la falta de capacitación para preparar un proyecto por parte del sector público (Mahalingam, 2009; van den Hurk *et al*., 2016). Warsen *et al*. (2018) consideran que la confianza y la gestión son importantes tanto para la percepción sobre el desempeño de las CPPs como para la cooperación entre los distintos actores públicos y privados. Los países emergentes y en vías de desarrollo se enfrentan a mayores obstáculos que las economías desarrolladas. Vinogradov *et al*. (2015) señalan que las CPPs no pueden promoverse únicamente mediante una legislación favorable: el entorno institucional debe colaborar y desarrollarse adecuadamente. En concreto, observan que las economías en vías de desarrollo han promulgado más leyes a favor de las CPPs que los países desarrollados.

La abertura y la transparencia son esenciales para maximizar las mejoras de eficiencia en las infraestructuras y para garantizar unos resultados socioeconómicos óptimos. La divulgación proactiva de información y su disponibilidad al público

incrementan la previsibilidad, fomentan la confianza pública, reducen el riesgo de corrupción y garantizan que las inversiones privadas sean acordes con el interés público. La transparencia contribuye efectivamente a consolidar las instituciones de gobierno en los proyectos de infraestructuras impulsados mediante CPP (Domingues y Zlatkovic, 2015). Dewulf *et al*. (2015) también señalan que la transparencia es un factor decisivo para el éxito de las CPPs, y varias directivas de la UE han sido fundamentales para promover la transparencia. En los países en vías de desarrollo, a menudo la poca claridad de los procesos de contratación ahuyenta a los inversores (Clive, 2003). Es por ello por lo que sugerimos que la calidad global de la gobernanza de un país incide en una mejor política para adoptar e implementar CPP.

Las condiciones macroeconómicas y las finanzas públicas

El incremento del déficit presupuestario durante una crisis económica anima a los países a adoptar las CPPs en el campo de las infraestructuras (Greve y Hodge, 2007). Los grandes déficits con el tiempo provocan incrementos de la deuda pública, lo cual incentiva a los países a financiar sus infraestructuras a través de CPPs, más que con cargo a los presupuestos públicos (Yehoue *et al*., 2006). Van den Hurk *et al*. (2016) señalan que las condiciones fiscales negativas del sur de Europa han incentivado la adopción de CPP en estos países. Otros autores, observan que los países fiscalmente más sólidos, como Austria, Dinamarca, Estonia y Suecia, se muestran muy reacios a recurrir a las CPPs en el sector del transporte (Widén *et al*., 2012). Son pequeños países con unas economías públicas relativamente buenas y, curiosamente, que carecen de legislación específica en materia de CPP. En los Estados Unidos, sin embargo, hay pocos datos que indiquen que las restricciones fiscales de un estado sean un factor importante para que este adopte una legislación específica para las CPPs (Geddes y Wagner, 2013).

Por contra, Sharma (2012) no considera que las restricciones presupuestarias sean un factor crucial a la hora de recurrir a las CPPs; la estabilidad macroeconómica juega un papel más importante. Existe una cierta relación entre la riqueza del país y la adopción de CPP. El PIB per cápita guarda una relación positiva con el número de proyectos de CPP en general y, concretamente, en el sector del transporte (Yehoue *et al*., 2006). La inflación repercute negativamente no solo en el número de proyectos de CPP (incluido el sector del transporte), sino también en las inversiones totales en CPP con respecto al PIB. Sharma (2012) observa que el PIB per cápita está relacionado con el número y las inversiones en proyectos de CPP en los países en vías de desarrollo, mientras que la inflación repercute en sentido contrario. Así, la evidencia empírica también confirma que la estabilidad macroeconómica, especialmente con relación a la inflación, es un aspecto importante a tener en cuenta en las CPPs. En general, las condiciones macroeconómicas y fiscales parecen influir en política de un país con relación a las CPPs.

III.
Datos y metodología

Base de datos

Un indicador reciente de la gobernanza de las CPPs es *Procuring Infrastructure CPPs 2018,* publicado por el Banco Mundial con el objetivo de ofrecer recomendaciones a los gobiernos para mejorar la calidad de sus regulaciones y prestar un mejor servicio en materia de infraestructuras a través de las CPPs. Este índice, aunque se centra en las infraestructuras, más que en la contratación de CPP, es el índice que recoge un mayor número de países con su pertinente valoración. Hasta ahora, una de las limitaciones de la literatura es utilizar casos de estudio con pocos países.

Para el indicador del Banco Mundial, se seleccionó a los encuestados en función de su experiencia y su disponibilidad a contribuir significativamente en el cuestionario. Este informe se ha elaborado principalmente con la contribución de despachos de abogados con experiencia asesorando a clientes en materia de transacciones, leyes y reglamentos sobre CPP; funcionarios públicos implicados en procesos y transacciones de CPP; cámaras de comercio; consultores, y académicos expertos en CPP. Por lo que sabemos, se trata del índice sobre CPP con mayor cobertura en cuanto al número de países, aunque conviene no olvidar que ha sido elaborado con fines informativos y divulgativos por una unidad del Banco Mundial claramente favorable a las CPPs. Con todo, refleja críticamente nuestra variable de interés, eso es, la política pro-Colaboraciones Público-Privadas de un país.

El cuestionario estándar que generó los datos para *Procuring Infrastructure CPPs* fue distribuido a unos 13.000 colaboradores de las 135 economías incluidas en el informe. El período de recogida de datos, análisis y validación duró unos seis meses y finalizó en noviembre de 2017. Así pues, los lectores deben tener en cuenta que puede ser que las situaciones jurídicas hayan cambiado. Concretamente, los datos para *Procuring Infrastructure CPPs 2018* se recogieron hasta el 1 de junio de 2017 como fecha límite. Por tanto, cualquier reforma normativa aprobada y cualquier práctica adoptada con posterioridad a dicha fecha no se han tomado en consideración en el informe de este año.

La variable dependiente

La encuesta incluye 55 preguntas principales, organizadas en cuatro áreas temáticas de la CPP: preparación, contratación, gestión y propuestas no solicitadas. Estas últimas se refieren a si el marco regulador específicamente permite o prohíbe o

no la presentación de propuestas no solicitadas inicialmente, y si ello se da en la práctica. Dado que en esta área se registran cuarenta y cuatro casos de falta de observaciones, la excluimos de nuestro análisis.

Para cada área temática, cada país obtiene una puntuación en CPP, lo cual arroja tres variables dependientes distintas.

- La puntuación de la preparación: analiza si se produce la identificación de un posible proyecto de CPP dentro del contexto más amplio de las inversiones públicas, en coherencia con las demás prioridades del gobierno. También examina los distintos tipos de evaluaciones y las metodologías utilizadas para establecer las normas que rigen estas evaluaciones. Además, toma en consideración otras actividades realizadas antes de publicar el anuncio de la licitación pública, como preparar el borrador del contrato y los documentos de la licitación, y conseguir los terrenos y los permisos necesarios para la contratación del proyecto de CPP. La puntuación de la preparación se concentra en torno a la estabilidad del proyecto de CPP (42%) y a la normativa general a favor de las CPPs (58%).
- La puntuación de la contratación: se centra en el proceso de selección de un *partner* privado para que asuma la responsabilidad de desarrollar el proyecto de CPP. Aunque esta sección engloba una gran variedad de temas; se fija especialmente en si determinados marcos normativos y legales a escala global se adhieren a las prácticas más reconocidas a la hora de elegir al *partner* privado. Los temas principales que se abordan en esta sección son la equidad, la neutralidad y la transparencia del proceso, así como determinados requisitos sobre temas relacionados con la falta de competencia. La puntuación de la contratación se basa en garantizar la competencia en el proceso, y la transparencia es el instrumento para alcanzar este objetivo.
- La puntuación en la gestión o ejecución: se refiere al marco para facilitar la implementación de los proyectos de CPP, así como a los sistemas de evaluación y control existentes. También examina las disposiciones normativas relativas a la modificación y la renegociación de los contratos de CPP, la resolución de disputas, los derechos de intervención del prestador y la terminación del contrato. La puntuación en la fase de ejecución o de gestión, se subdivide entre la propia gestión de la CPP (31%), la renegociación y la resolución de disputas (44%), la terminación del CPP (12%) y otros aspectos en esta fase (13%).

Las variables explicativas

La revisión de la literatura del apartado anterior nos muestra una serie habitual de variables que pueden incidir en la adopción y gestión de las CPPs. Hemos intentado omitir aquellas variables que tienen un impacto temporal concreto y no prolongado en el tiempo en la puntuación de las CPPs. Nuestro índice debe ser relativamente estable a lo largo del tiempo y no estar relacionado con determinados eventos en los países. Por ejemplo, variables como la orientación del partido político en el poder cambian más rápidamente que el índice de CPP, y no forma parte de nuestro interés. También hemos intentado simplificar nuestro modelo, debido a la escasez de observaciones, implicando que un gran número de variables, el modelo dejaría de ser suficientemente robusto. El grupo de variables explicativas serán pertenecer a la Unión Europea o no, la tradición administrativa, la transparencia y los indicadores económicos.

La Unión Europea

Un ejemplo claro de presiones isomorfas para adoptar las CPPs, con un cierto componente coercitivo, es la Unión Europea. La UE ha promovido la integración de sus estados miembros mediante la armonización de su legislación. Y aunque la UE no ha regulado directamente las CPPs, si lo ha hecho a través de sus directivas generales sobre concesiones y contratación. Así, en 2004, las directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE intentaron promover la apertura del mercado de la contratación pública a través de la armonización de la legislación de los estados miembros, cumpliendo así un rasgo fundacional europeo. El principal objetivo era introducir la competencia, garantizando la igualdad de oportunidades a las empresas, simplificar los procedimientos, asegurar una mayor flexibilidad de los instrumentos legales y garantizar la transparencia. Este fue un primer paso, que tuvo repercusión en las legislaciones nacionales de numerosos países de la UE.

También en 2004, la Comisión Europea publicó el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, para promover un debate sobre si proporcionar a los operadores económicos de los estados miembros europeos un mejor acceso a diversas formas de CPP y garantizar la competencia efectiva o no. Los motivos para promover las CPPs han sido la necesidad de modernizar las infraestructuras de los países, las restricciones presupuestarias de los gobiernos y la obtención del *know-how* de las empresas privadas.

En 2011, la Comisión Europea avanzó una propuesta de revisión del sector de la contratación pública y de las leyes que regulan los procedimientos de adjudicación a través de nuevas directivas. Las tres directivas de 2014

(Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública y Directiva 2014/25/UE relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales) fueron el paso siguiente para garantizar una mayor competencia. Además, también se centraban en las modificaciones de las cláusulas contractuales, la terminación de las concesiones y el control por parte de la autoridad, con el fin de aplicar unos límites a la autonomía administrativa. Se exigió a los estados que pusieran en vigor las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a dichas directivas. En 2016, quince países todavía no habían transpuesto ninguna de estas tres directivas, pero en diciembre de 2017 solo quedaban cuatro países por hacerlo (Austria, Luxemburgo, Eslovenia y España) y, en 2018, únicamente Luxemburgo. La fecha límite de puntuación de los países en sus índices CPPs era el 1 de junio de 2017.

Así, cabe esperar que, la variable UE incluya los efectos de las directivas de 2004, centradas principalmente en la competencia, y parcialmente los efectos de las directivas de 2014, que van en la misma dirección. Sin embargo, la transposición de 2014 solo puede incluirse parcialmente, puesto que se ha producido muy recientemente en varios países. En cambio, sí podemos esperar un mayor efecto en cuanto a la competencia (en la puntuación de la contratación) y a las renegociaciones y terminaciones (en la puntuación de la gestión).

La tradición administrativa

Para determinar la tradición administrativa o jurídica de los países, hemos utilizado datos de La Porta *et al*. (1999), que clasifican los sistemas jurídicos en cinco categorías: el *Common Law* inglés, el Código de comercio francés, las legislaciones socialistas/comunistas, el Derecho civil alemán y la legislación escandinava. Estas tradiciones se desarrollaron en países concretos, pero se difundieron por todo el mundo a través de la colonización, la conquista, la imitación y/o la adopción voluntaria. En la bibliografía sobre las CPPs en los países occidentales, estas tradiciones jurídicas se mantienen (Krumm, 2016).[141]

El *Common Law* supone, en algunos casos, la inexistencia de una ley codificada, el carácter vinculante de las decisiones judiciales, una amplia libertad contractual y la prevalencia del principio de que todo está permitido salvo lo que esté prohibido por ley. Todos los términos que regulan la relación entre las partes contratantes figuran en el propio contrato. En numerosos países de derecho civil, los acuerdos de la CPP se rigen por el derecho administrativo. También cabe

141
Los países socialistas-comunistas no son objeto de análisis, puesto que no se encuentran ejemplos de ellos en la Europa occidental.

señalar que, en la jurisdicción del derecho civil, salvo que el contrato especifique que las partes han acordado someterse a arbitraje, el contrato se ejecutará conforme al derecho administrativo. En cambio, en el sistema jurídico basado en el derecho civil es más probable que el marco legal de las CPPs sea promulgado mediante una ley orgánica y detallado en una serie de normas y reglamentos con fuerza legal. En consecuencia, los países receptores del derecho civil presentarían en la actualidad una regulación más estricta y menos garantista de los derechos de los inversores. La tradición del derecho civil tiene tres ramas distintas: la romano-francesa, la romano-germana y la romano-escandinava.

Atendiendo a la literatura anterior, cabe esperar un rechazo a las CPPs por parte de los países escandinavos, especialmente en la puntuación de la preparación. Además, los países escandinavos y Alemania nunca han tenido muchas colonias, y sus tradiciones jurídicas están restringidas a los países europeos ricos. Sin emabargo, la tradición jurídica alemana también llega al Japón y a Corea del Sur; los países de ordenamiento jurídico alemán no se han clasificado ni a favor ni en contra de las CPPs. Los países con sistemas jurídicos socialistas inicialmente tenían una postura contraria al mercado, pero han evolucionado hacia una orientación más favorable al mismo. Sin embargo, mantienen su visión sobre el control último de la economía por parte del Estado, y ello puede alimentar una tendencia a controlar y a regular en exceso las CPPs.

La transparencia

Utilizamos el Índice de Percepción de la Corrupción, de Transparencia Internacional, que puntúa y clasifica 175 países en función del nivel percibido de corrupción en el sector público. Se trata de un índice compuesto a partir de una combinación de encuestas y evaluaciones sobre la corrupción recogidas de una gran variedad de instituciones de prestigio. El Índice de Percepción de la Corrupción 2017 se ha calculado utilizando 13 fuentes de datos distintas de 12 instituciones que han recogido distintas percepciones de corrupción en los dos últimos años. El indicador de corrupción viene determinado por las evaluaciones de los expertos y por encuestas de opinión, y se presenta en una escala de 0 (muy corrupto) a 100 (muy limpio). Una crítica que se ha realizado a este tipo de índice es que las percepciones pueden variar sistemáticamente por experiencia.

Esperamos que la transparencia afecte positivamente la puntuación de las CPPs. En la fase de contratación, la publicación de información sobre el proceso de licitación está relacionada claramente con la transparencia. Desde nuestro punto de vista, es el efecto más claro de la transparencia, a diferencia de lo que ocurre en las otras dos fases de las CPPs. En la puntuación de la preparación, la transparencia no es un instrumento que garantice una mayor puntuación, pero dado

que se obtiene puntuación en esta fase si se tiene una política transparente de CPP, se espera también que guarde una relación positiva con ella. Y, en la fase de gestión del contrato, el hecho de proporcionar información sobre el desempeño también está claramente relacionado con la transparencia.

Los indicadores económicos

Utilizamos dos tipos de indicadores económicos de los países: unos centrados en las finanzas públicas y los otros dedicados a la situación macroeconómica. Por la parte del sector público, utilizamos la deuda pública y los ingresos del sector público. Para medir la deuda pública, utilizamos la deuda del gobierno central como porcentaje del PIB del Banco Mundial. Esperamos que los gobiernos con niveles más altos de endeudamiento intenten mejorar la puntuación de las CPPs para financiar más infraestructuras. El balance fiscal de las administraciones públicas como porcentaje del PIB o los ahorros netos quedan excluidos, puesto que sus efectos a largo plazo se captan por la variable de la deuda pública. La otra variable económica del sector público son los ingresos del gobierno como porcentaje del PIB, ingresos que consisten en impuestos, contribuciones sociales y ayudas a cobrar. Esta variable pretende capturar el grado de madurez del sistema impositivo de un país; a mayor nivel de ingresos, menor debería ser la dependencia hacia las CPPs. La fuente de datos es el Fondo Monetario Internacional.

Entre los indicadores macroeconómicos, se incluyen el PIB per cápita y la inflación. El PIB per cápita es la estimación de la riqueza del país en dólares estadounidenses constantes tomando como base el año 2000 para el 2011. La variable incluida se expresa en logaritmos y proviene del Banco Mundial. Cabría esperar un efecto positivo, pero pueden darse otros resultados si las economías en vías de desarrollo y en fase de transición intentan mejorar la puntuación de las CPPs. El PIB real per cápita guarda una relación positiva con el número de proyectos de CPP en materia de transporte (Yehoue *et al*., 2006). Un mayor grado de inestabilidad política se asocia a una inflación más elevada (Aisen y Veiga, 2005). Sus resultados implican que las reformas orientadas a reducir la inestabilidad política y a incrementar la libertad económica contribuirían seguramente a reducir la inflación. A fin de cuentas, la inflación o falta de estabilidad de los precios limita el número de CPPs (Yehoue *et al*., 2006). El índice de precios de consumo mide los cambios registrados en los precios de los bienes y servicios que consumen los hogares. Puesto que los precios de los diferentes bienes y servicios no cambian todos al mismo ritmo, el índice de precios solo puede reflejar su movimiento medio. Se incluye un índice de precios del Fondo Monetario Internacional y, puesto que sus valores son muy grandes, se transforman en logaritmos.

IV.
Descripción de los datos

A nivel medio, todos los países obtienen una puntuación superior a cincuenta puntos en cada una de las características (Tabla 6.1). Logran la mejor puntuación en la contratación y la más baja en la preparación. Cabe destacar que ningún país obtiene la puntuación máxima en ninguna categoría, ni tampoco un cero. Se observa más variación en la preparación que en los demás aspectos de las CPPs.

Tabla 6.1

Resumen de las estadísticas sobre la puntuación de las CPPs

Variable (puntuación del CPP)	Media	Mínima	Máxima
Preparación	50,66	8	96
Contratación	63,64	7	95
Gestión	54,16	9	90

Fuente: Banco Mundial (2018)

Los efectos de la pertenencia UE pueden comprobarse fácilmente en estas puntuaciones. Así, una primera aproximación es buscar diferencias de puntuación entre los distintos países miembros o no de la UE (Tabla 6.2). Nuestros resultados indican que existen evidencias de que la puntuación de las CPPs en las fases de preparación y contratación en los países de la UE es mejor. Sin embargo, en cuanto a la gestión de las CPPs, no podemos rechazar la hipótesis de grupos idénticos, es decir, que la puntuación en la fase de gestión, por el hecho de ser un país de la UE no implica ni mejor ni peor gestión de la CPP.

Tabla 6.2

Puntuación de las CPPs en los países de la UE

Puntuación en la fase CPP	Preparación	Contratación	Gestión
Países no Unión Europea	48,62	59,57	53,16
Países Unión Europea	60,08	82,46	58,79

Fuente: Banco Mundial (2018)

Tabla 6.3

Posiciones de los diferentes países en la puntuación de CPPs

Posición	Preparación	Contratación	Gestión
Primero	Reino Unido	Lituania	El Salvador
Segundo	Australia	Eslovaquia	Filipinas
Tercero	Lituania	Grecia	Chile
Cuarto	Colombia	Hungría	Australia
Quinto	Canadá	Francia	Madagascar
España (posición)	43	8	25

Fuente: Banco Mundial (2018)

En la Tabla 6.3 se muestra los países que ocupan cada posición para cada puntuación en CPPs. Para el caso de la contratación, hay que destacar que tanto las primeras cinco posiciones como hasta la posición treceava, están ocupados por países que pertenecen a la Unión Europea. Sin embargo, para las otras categorías, entre las primeras diez posiciones, solo hay cuatro países de la Unión Europea, mientras que en la gestión tan sólo uno. España ocupa una posición algo más alejada en la preparación de la CPP, mientras que en la fase de contratación y de gestión, obtiene una mejor puntuación. Esta mala puntuación en la fase de preparación puede deberse a la falta de un criterio claro de prioridades para elegir las inversiones públicas, así como la idoneidad de elegir una CPP o no. También, la falta de la cultura de la evaluación coste-beneficio perjudica a España en esta puntuación. España se ve beneficiada por su pertenencia a la Unión en la puntuación de contratación, debido a la política de directivas de la Unión Europea. Por lo que respecta a la gestión, esta será motivo de discusión más adelante.

V.
Resultados

A continuación, exponemos los resultados para las tres puntuaciones en CPPs a partir de modelos econométricos. Para facilitar su lectura, se utilizan los siguientes diagramas. Recordar al lector que la puntuación en preparación recoge si un país adopta medidas para favorecer las CPPs o no, la puntuación en contratación si existe un proceso de búsqueda de un socio privado transparente y competitivo y la puntuación en gestión es relativa a la fase de ejecución del contrato entre sector público y privado, en el día a día de la relación, su renegociación o terminación, entre otras. Por razones metodológicas, la variable código inglés ha sido omitida.

En la fase de preparación, de las tradiciones administrativas, sólo la tradición administrativa escandinava registra un efecto negativo significativo en la puntuación de la preparación de las CPPs (Figura 6.1). El factor ser un país de la UE no incide en la puntuación de la preparación. La transparencia resulta siempre positiva y significativa; a mayor transparencia, mejor puntuación de CPP. En el terreno de las finanzas públicas, existe una evidencia empírica débil de que unos mayores ingresos públicos repercutan negativamente en la puntuación de CPPs.

Figura 6.1
Variables que afectan a la fase de preparación de la CPP

Estos resultados concuerdan con la literatura anterior, puesto que estos países no necesitan depender de los fondos privados. Sin embargo, el nivel de deuda pública sobre el PIB no es significativo, lo cual debilita esta hipótesis. Desde el punto de vista macroeconómico, la inflación no es importante y solo el PIB per cápita es positivo y significativo, aunque de forma débil. Ello indica que la adopción de una política a favor de las CPPs y que esta sea buena, está relacionada con su riqueza.

En la fase de contratación, los países de la UE muestran una relación positiva y significativa con la puntuación de las CPPs en cuanto a la contratación (Figura 6.2). El hecho de ser un país de la UE, *ceteris paribus*, da entre 23 y 25 puntos en la puntuación de la contratación. Así, se confirma el resultado de la Tabla 6.2 del impacto de la Unión Europea en la puntuación de contratación. En cuanto a los efectos de las tradiciones jurídicas, los países de codificación escandinava y alemana inciden negativamente en dicha puntuación. Por su parte, la transparencia tiene un efecto positivo y significativo en todas las especificaciones, al igual que en la fase de preparación. En el terreno de las finanzas públicas, la evidencia de que unos mayores ingresos públicos están relacionados con una puntuación menor es bastante débil, así que la clasificamos dentro de la categoría de no afectar. En cuanto a las variables macroeconómicas, solo el PIB per cápita incide positivamente en la especificación económica, aunque de forma algo débil.

Figura 6.2
Variables que afectan a la fase de contratación de la CPP

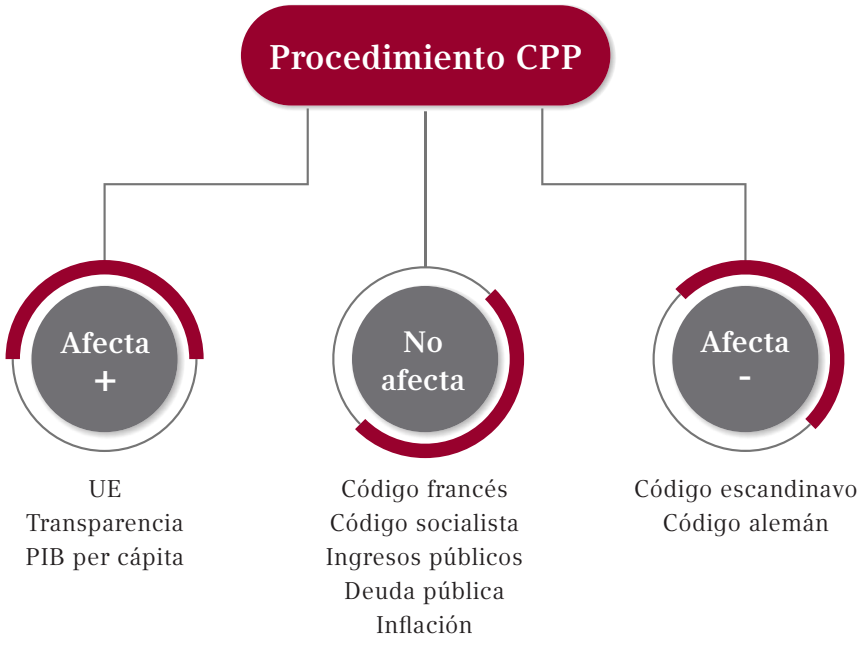
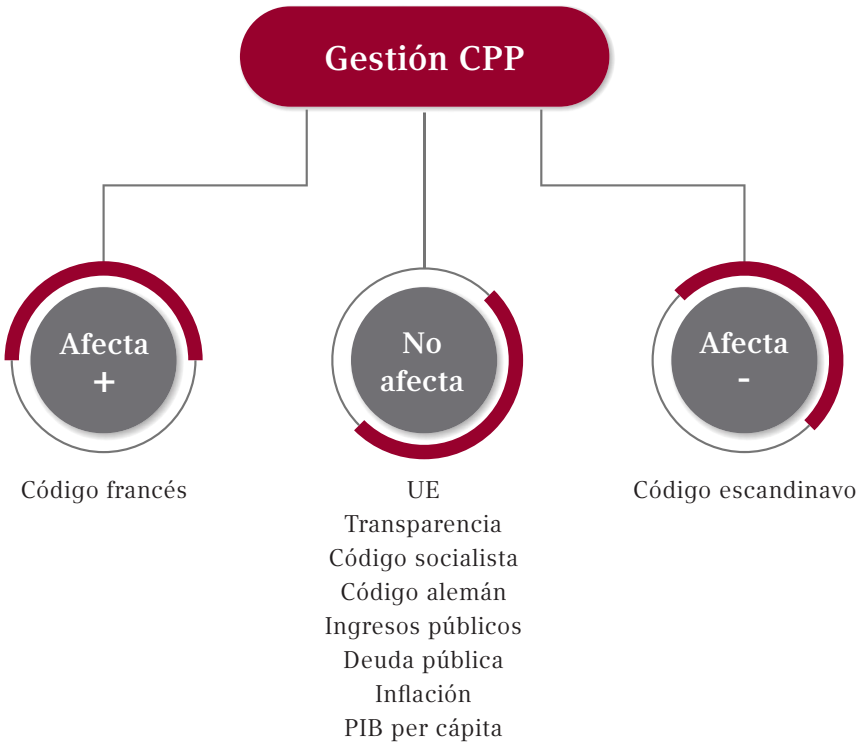


Figura 6.3
Variables que afectan a la fase de gestión de la CPP



Finalmente, en cuanto a la gestión, solo se observan algunos cambios en relación con la puntuación anterior (Figura 6.3). El cambio más importante se refiere a la transparencia; no existen pruebas concluyentes de que la transparencia incida positivamente en la puntuación de la gestión o ejecución, como sucedía en la de la preparación y del procedimiento. Los países de la UE no ejercen un impacto positivo en la puntuación de la gestión de las CPPs, pues se obtienen los mismos resultados que en la puntuación de la preparación. En cuanto a las tradiciones administrativas, mientras los países escandinavos tienen un impacto negativo en la puntuación de las CPPs, los países de ordenamiento jurídico francés presentan un impacto positivo, en comparación de los países de tradición inglesa. En el ámbito económico, la evidencia es más escasa que en los casos anteriores: unos mayores ingresos públicos repercuten negativamente en la puntuación de la gestión de las CPPs únicamente en dos especificaciones, mientras que la inflación también incide negativamente con una significancia del 10% sólo en la especificación económica.

VI.
Discusión

Hemos analizado los factores explicativos de puntuaciones de los distintos países en las CPPs, centrándonos en los procesos de adopción, contratación y gestión. Sostenemos que dichas puntuaciones reflejan la predisposición de un país para adoptar CPPs, así como intenciones de desarrollar una buena política de este tipo de colaboraciones. La capacidad de gestión basada en proyectos y el apoyo político también resultan necesarios para el éxito de las CPPs, como se ha visto (Warsen *et al*., 2018). Pese a ello, es importante comprender mejor qué determina la política de un país con relación a las CPPs considerando que es un importante factor determinante del éxito de cualquier CPP.

Hemos agrupado los países en torno a cinco tradiciones legales: británica, francesa, socialista-comunista, alemana y escandinava. La mayoría de estas tradiciones no difieren entre ellas en el impacto de la puntuación de las CPPs. Sin embargo, el ordenamiento jurídico escandinavo repercute negativamente en todas las puntuaciones de CPP, a diferencia del ordenamiento jurídico inglés. La falta de apetencia desanima a los legisladores escandinavos a desarrollar un marco legal específico para las CPPs –lo cual otorga a estos países una puntuación más baja en las medidas *de iure*– y el hecho de no utilizar las CPPs da también una puntuación baja en las medidas informales. Una primera conclusión es que los países escandinavos no solo no adaptan su legislación a las CPPs, sino que además se muestran reacios a utilizar este instrumento de inversión. Considerando sus reservas, acaso estén legislando en contra de las CPPs. Es evidente que todos los países escandinavos de nuestra base de datos están en la Unión Europea y, pese a que la mayoría de ellos comparten la misma legislación de la UE, su tradición legal repercute negativamente en la puntuación de las CPPs, aunque la variable UE incida positivamente en la puntuación. Sus economías ricas y su rechazo a depender de la inversión privada probablemente les hacen bajar la puntuación de las CPPs. En cuanto a la puntuación de la gestión, los países de tradición jurídica francesa muestran un impacto positivo. La tendencia burocrática del sistema francés acaso sea la razón que explique este impacto especial en las medidas *de iure* con respecto a la gestión de las CPPs. La tradición burocrática y procedimental de las administraciones napoleónicas parece que influye en este sentido. Curiosamente, los países del sistema jurídico inglés, pese a ser de los primeros que han adoptado las CPPs, no tienen ningún efecto en la política a favor de las CPPs. Al estar menos enfocados en los procedimientos que los del sistema francés, las medidas *de iure* del índice parecen penalizarlos.

No parece que existan diferencias entre los países de ordenamiento jurídico alemán, socialista-comunista e inglés, salvo un posible efecto negativo en los procedimientos de las CPPs en los países de tradición legal alemana –caso distinto a los de tradición escandinava–, puesto que la mayoría no están en la Unión Europea, como Japón, Corea del Sur o Suiza. El concepto de "variedades del capitalismo" puede resultar útil para explicar estos resultados. Los países de tradición administrativa alemana se enmarcan en las diversas formas del capitalismo coordinado (más que capitalismo liberal). De hecho, el sistema de *chaebol* de Corea del Sur, el *keiretsu* japonés y la tradición corporativista alemana crean unas relaciones empresa-gobierno informales y a menudo opacas. Ello afectaría la fase preparatoria, más que las demás fases, puesto que la preparación de una CPP puede realizarse más a través de negociaciones entre las partes que conforme a unos criterios puramente racionales, explícitos y basados en la eficiencia, que son los que promueve el Banco Mundial y se ven reflejados en la composición del índice.

¿La presión isomórfica de las instituciones supranacionales afecta la política de CPP? La respuesta a esta pregunta permanece abierta, pese a que algunas instituciones supranacionales están en condiciones de garantizar políticas favorables a las CPPs. La Unión Europea es una variable que recoge el efecto que pueden tener organizaciones supranacionales con capacidad de imponer determinadas prácticas. Dicha variable es solo significativa en la puntuación de los procedimientos de las CPPs. Dicha puntuación se focaliza en las garantías de competencia en el proceso de adjudicación de la CPP y, como cabía esperar, las directivas de 2004 y 2014 han tenido un efecto notable en los países de la UE. Probablemente el poder más grande que tiene la Unión Europea como institución sobre las CPPs sea supervisar la competencia en el mercado único. Así pues, la UE, a través de las directivas que deben transponerse a las legislaciones nacionales y a través de un estricto control de la competencia, impone una contratación pública abierta y libre en toda la Unión. Diversas entrevistas a miembros de la Comisión Europea demuestran que antes de 2004, la ausencia de un procedimiento de licitación adecuado para las CPPs era considerada una barrera de entrada (Petersen, 2010). La lógica de la competencia juega un papel mucho mayor en la contratación que en la preparación y la gestión. En efecto, según nuestros resultados, esta variable no es significativa en la fase de preparación y de gestión. La puntuación de la preparación se centra en la idoneidad del proyecto de CPP y la regulación general a favor de las CPPs. No existe una normativa general en la UE que obligue a los estados miembros a garantizar la coherencia de las CPPs con otras prioridades de inversión pública o a determinar si la CPP es o no la mejor opción frente a otras estrategias de contratación, o a incluir un análisis de coste-beneficio, salvo los grandes proyectos del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y del Fondo de

Cohesión, a partir de 2013. De forma similar, con respecto a la puntuación sobre la gestión, la legislación de la UE no ha regulado exhaustivamente la renegociación y la gestión de las CPPs. De todo ello, cabe afirmar que el efecto de la UE sobre la política pro-CPPs (solo sobre la contratación) es consecuencia de su superior mandato legal de supervisar la libre competencia en todo el mercado único de contratación, más que de su capacidad de generar presiones isomorfas y legitimadoras en toda la UE.

Así pues, atendiendo a los resultados obtenidos, el rol de las entidades supranacionales, especialmente cuando no tienen poderes coercitivos, no está claro. Por ejemplo, cuando la UE carece de estos poderes, la variable Unión Europea no es significativa. En aquellos otros aspectos que no son responsabilidad exclusiva de una entidad supranacional, el poder de orientar a los miembros para que adopten mejores prácticas es muy limitado. Curiosamente, esta relación señala las posibilidades y las limitaciones de la influencia "blanda" de las entidades supranacionales sobre los países miembros. Es como si las entidades supranacionales fueran capaces de hacer avanzar a sus miembros solo cuando disponen de poderes coercitivos. En el caso de la UE, sus poderes con relación a la competencia son muy fuertes. En efecto, la política en materia de competencia se ha desarrollado a escala europea y debe transponerse a las legislaciones nacionales. Pero no podemos hacer extensivas nuestras conclusiones sobre la UE a otras entidades supranacionales, como el FMI, el BM, la OCDE o la ASEAN, precisamente porque la UE parece carecer de capacidad de influencia sobre sus miembros en aquellos ámbitos en que no tiene poder ejecutivo (la preparación y la gestión).

El índice de percepción de la corrupción es significativo para las especificaciones relativas a la preparación y a la contratación; los niveles más bajos de corrupción se asocian a una puntuación más alta de las CPPs. En cuanto a la gestión, no existen pruebas evidentes de que la transparencia incida positivamente. Para comprobar la robustez de los datos, hemos realizado regresiones binomiales negativas de cada una de las puntuaciones de las CPPs con las mismas variables explicativas, pero solo para los países con una puntuación superior a cincuenta en la variable dependiente. La variable índice de percepción de la corrupción no es significativa en ninguna especificación, lo cual indica que la transparencia no tiene impacto alguno en los niveles medios y más altos de puntuación de las CPPs. Galilea y Medda (2010) concluyen que los países cuyos gobiernos son percibidos como corruptos difícilmente encontrarán a inversores internacionales para sus proyectos de infraestructuras. Dado que las CPPs son un instrumento en el cual los intereses privados interaccionan con los públicos, son muy vulnerables a la corrupción y a los ambientes corruptos. Y probablemente las fases de una CPP más propensas a la corrupción sean su preparación y su contratación.

En definitiva, nuestro resultado refuerza el argumento de que la transparencia es una condición necesaria, pero no suficiente, para desarrollar mejores políticas en materia de CPP.

Mientras las variables anteriores tienen un impacto claramente definido, las repercusiones de las finanzas públicas y de las variables macroeconómicas son más difusas. La deuda del gobierno no incide en ninguna puntuación de las CPPs. Un país con un sector público más desarrollado, medido con los ingresos públicos como porcentaje del PIB, repercute negativamente y de forma poco significativa en la puntuación de la preparación de una CPP. En cuanto a la contratación y la gestión, solo dos de las tres especificaciones para cada variable dependiente son significativas en un 10%. Se han hallado algunos datos que demuestran que los países con mayores ingresos presentan una menor puntuación en las CPPs. Ello puede indicar que estos estados más grandes no necesitan tanto las CPPs y, en consecuencia, no han desarrollado sus capacidades al respecto. El resultado de la deuda pública es un resultado inesperado. Una posible explicación puede ser que, si un país ha administrado mal sus finanzas, probablemente tendrá una menor capacidad en las CPPs. Sin embargo, puede ser que solo los países desarrollados con tensiones fiscales tengan la capacidad de gestionar CPP.

La situación macroeconómica no incide en la puntuación de las CPPs de forma significativa. La inestabilidad económica de un país, medida por la inflación, no afecta la puntuación de las CPPs. El PIB per cápita tampoco repercute en dicha puntuación a grandes rasgos. Se ha demostrado que unas condiciones macroeconómicas precarias pueden malograr el éxito de un proyecto de CPP, mientras que un buen desempeño macroeconómico puede facilitar unos mejores resultados (Galilea y Medda, 2010). En nuestro caso, puesto que no estamos analizando el éxito de las CPPs, nuestros resultados indican que el desarrollo económico no es indicador de un entorno favorable a las CPPs, especialmente en cuanto a su puntuación y contratación. En los países en vías de desarrollo, la necesidad de CPP puede implicar redoblar los esfuerzos para lograr un entorno más propicio para las CPPs, aunque sus resultados con relación a los proyectos de CPP se reducirán.

VII.
Conclusiones

Cada país elige implementar o no una política a favor o no de las Colaboraciones Público-Privadas (CPPs). Además, esta puede ser más o menos buena para su implementación. Hasta el día de hoy, la mayoría de estudios se han centrado en analizar un mismo país, algunos de ellos o los que pertenecen a alguna agrupación de países, como la Unión Europea o OCDE. En el presente capítulo, la principal contribución a la literatura existente es usar una base de datos que permita sacar conclusiones para un gran número de países, para sustentar las conclusiones de los otros trabajos académicos acerca de una política a favor de las CPPs.

Sin embargo, la política de adopción de las CPPs es dónde sale más debilitada. La falta de documentos de priorización de inversiones públicas y elección del método de producción óptimo, la cultura de la evaluación, como el coste-beneficio, entre otros puede estar perjudicando a España en esta categoría. Sin embargo, en procedimientos de contratación, España tendría una buena posición, seguramente explicada por su pertenencia a la Unión Europea. Por lo que respecta a la gestión de la CPP, la posición de España es aún mejorable.

Nuestros resultados, utilizando una amplia serie de datos sobre CPP de infraestructuras de distintos países, refuerzan las conclusiones de la literatura precedente, basada en varios casos de estudio. Así, hemos encontrado que los países escandinavos son reacios a adoptar las CPPs y, en consecuencia, a crear su propia estructura institucional específica en materia de CPPs; que la transparencia es una condición necesaria para tener una buena política en materia de CPPs; que la Unión Europea garantiza –en virtud de su mandato legal– una sólida política a favor de las CPPs durante el proceso de licitación, y que los países con elevados ingresos públicos tienden a tener una menor propensión a una mejor política en materia de CPP.

Finalmente, cabe señalar que una limitación clara de este estudio es la variable dependiente elaborada por el *CPP Knowledge Lab* del Banco Mundial, que es explícitamente favorable al uso de la CPP. Esta institución, junto con la OCDE, la ASEAN, el Banco Asiático de Desarrollo y el FMI, entre otras organizaciones, impulsan acciones a favor del ideal de las CPPs (Hodge *et al*., 2018). Una futura vía de investigación sería utilizar otros índices de CPP, construidos de un modo distinto. Por el momento, este capítulo contribuye a hacer avanzar los conocimientos relativos a las CPPs de infraestructuras.

Bibliografía

AISEN, A., & VEIGA, F. J. (2006). "Does political instability lead to higher inflation? A panel data analysis". *Journal of Money, Credit, and Banking*, *38*(5), 1379-1389.

BANCO MUNDIAL (2018). *Procuring Infrastructure Public-Private Partnerships, Report 2018*. Datos disponibles en: http://bpp.worldbank.org/

BHATIA, B., & GUPTA, N. (2006). *Lifting constraints to public-private partnerships in South Asia*.

CAMERON, A. C., & TRIVEDI, P. K. (2010). *Microeconometrics using stata* (Vol. 2). College Station, TX: Stata press.

CARBONARA, N., COSTANTINO, N., GUNNIGAN, L., & PELLEGRINO, R. (2015). "Risk management in motorway PPP projects: empirical-based guidelines". *Transport reviews*, *35*(2), 162-182.

CHRISTENSEN, T., LÆGREID, P. (2007). *Transcending New Public Management. The Transformations of Public Sector Reforms*. UK: Ashgate.

CLIVE, H. (2003). *Private participation in infrastructure in developing countries: trends, impacts, and policy lessons*. The World Bank.

DEWULF, G., DUFFIELD, C., GARVIN, M., WIDEN, K., PETERSON, O.H., LAMBER, V., SCHERRER, W. & OLANDER, S. (2012). "The Emergence of Transport PPPs: Context and drivers". In: N. Carbonara & A. Roumboutsos, (ed.), *Public Private Partnerships in Transport: Trends & Theory*, ISBN 978-88-97781-04-2.

DOMINGUES, S., & ZLATKOVIC, D. (2015). "Renegotiating ppp contracts: reinforcing the 'p'in partnership". *Transport Reviews*, *35*(2), 204-225.

DIMAGGIO, P., & POWELL, W. W. (1983). "The iron cage revisited: Collective rationality and institutional isomorphism in organizational fields". *American sociological review*, *48*(2), 147-160.

EPEC. (2018). Market Update: *Review of the European PPP Market in 2017*.

GALILEA, P., & MEDDA, F. (2010). "Does the political and economic context influence the success of a transport project? An analysis of transport public-private partnerships". *Research in Transportation Economics*, *30*(1), 102-109.

GARRIDO, L., GOMEZ, J., DE LOS ÁNGELES BAEZA, M., & VASSALLO, J. M. (2017). "Is EU financial support enhancing the economic performance of PPP projects? An empirical analysis on the case of spanish road infrastructure". *Transport Policy*, *56*, 19-28.

GEDDES, R. R., & WAGNER, B. L. (2013). "Why do US states adopt public–private partnership enabling legislation?". *Journal of Urban Economics*, *78*, 30-41.

GREVE, C., & HODGE, G. (2007). "Public-private partnerships: A comparative perspective on Victoria and Denmark". *Transcending New Public Management: The transformation of public sector reforms. UK: Ashgate.*

GREVE, C. (2015, September). "International Public-Private Partnership Policies. Convergence in Themes from ASEAN, the European Union, IMF, OECD, the UN, and the World Bank". In *Fourth International PPP symposium, New York, USA, September*.

GUO, H., & HO, A. T. K. (2018). "Support for contracting-out and public-private partnership: exploring citizens' perspectives". *Public Management Review*, 1-21.

HAMMERSCHMID, G. & YSA, T. (2010). "Empirical PPP Experiences in Europe – National Variations of a Global Concept". In: G. Hodge, C. Greve & A.E. Boardman (eds.): *International Handbook on Public-Private-Partnerships*, Cheltenham: Edward Elgar, 333-353.

HODGE, G., & GREVE, C. (2018). "Contemporary public–private partnership: Towards a global research agenda". *Financial Accountability & Management*, *34*(1), 3-16.

HODGE, G., GREVE, C., & BIYGAUTANE, M. (2018). "Do PPP's work? What and how have we been learning so far?" *Public Management Review*, 20(8), 1105-1121.

IOSSA, E., & MARTIMORT, D. (2015). "The simple microeconomics of public-private partnerships". *Journal of Public Economic Theory*, *17*(1), 4-48.

JAMALI, D. (2004). "Success and failure mechanisms of public private partnerships (PPPs) in developing countries: Insights from the Lebanese context". *International Journal of Public Sector Management*, *17*(5), 414-430.

JOOSTE, S. F., LEVITT, R., & SCOTT, D. (2011). "Beyond 'one size fits all': how local conditions shape PPP-enabling field development". *The Engineering Project Organization Journal*, *1*(1), 11-25.

JOOSTE, S. F., & SCOTT, W. R. (2012). "The public–private partnership enabling field: evidence from three cases". *Administration & Society*, *44*(2), 149-182.

KRUMM, T. (2016). *The Politics of Public–Private Partnerships in Western Europe: Comparative Perspectives*. Edward Elgar Publishing.

LA PORTA, R., LOPEZ-DE-SILANES, F., SHLEIFER, A., & VISHNY, R. (1999). "The quality of government". *The Journal of Law, Economics, and Organization*, *15*(1), 222-279.

MAHALINGAM, A. (2009). "PPP experiences in Indian cities: barriers, enablers, and the way forward". *Journal of Construction Engineering and Management*, *136*(4), 419-429.

MATOS-CASTAÑO, J., MAHALINGAM, A., & DEWULF, G. (2014). "Unpacking the Path-Dependent Process of Institutional Change for PPPs". *Australian journal of public administration*, *73*(1), 47-66.

PETERSEN, O. H. (2010). "Emerging meta-governance as a regulation framework for public-private partnerships: An examination of the European Union's approach". *International Public Management Review*, *11*(3), 1-21.

POLLITT, C., & BOUCKAERT, G. (2004). *Public management reform: A comparative analysis*. Oxford University Press, USA.

SHARMA, C. (2012). "Determinants of PPP in infrastructure in developing economies". *Transforming government: people, process and policy*, *6*(2), 149-166.

SOECIPTO, R. M., & VERHOEST, K. (2018). "Contract stability in European road infrastructure PPPs: how does governmental PPP support contribute to preventing contract renegotiation?" *Public Management Review*, 1-20.

VAN DEN HURK, M., & VERHOEST, K. (2016). "The challenge of using standard contracts in public–private partnerships". *Public Management Review*, *18*(2), 278-299.

VAN DEN HURK, M., BROGAARD, L., LEMBER, V., HELBY PETERSEN, O., & WITZ, P. (2016). "National varieties of Public–Private Partnerships (PPPs): A comparative analysis of PPP-supporting units in 19 European countries". *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, *18*(1), 1-20.

VERHOEST, K., RONESS, P., VERSCHUERE, B., RUBECKSEN, K., & MACCARTHAIGH, M. (2010). *Autonomy and control of state agencies: Comparing states and agencies*. Springer.

VERHOEST, K., CARBONARA, N., LEMBER, V., PETERSEN, O. H., SCHERRER, W., & VAN DEN HURK, M. (2013). "Public Private Partnerships in Transport: Trends & Theory P3T3". *Discussion Papers part I, COST*.

VERHOEST, K., PETERSEN, O. H., SCHERRER, W., & SOECIPTO, R. M. (2015a). "How do governments support the development of public private partnerships? Measuring and comparing PPP governmental support in 20 European countries". *Transport Reviews*, *35*(2), 118-139.

VERHOEST, K., VAN DEN HURK, M., CARBONARA, N., LEMBER, V., PETERSEN, O. H., SCHERRER, W., & ROUMBOUTSOS, A. (2015b). "Introducing the national context for PPPs: Elements and dimensions". *Public private partnerships in transport: trends and theory*, Chapter *3*.

VERHOEST, K., VAN DEN HURK, M., CARBONARA, N., LEMBER, V., PETERSEN, O. H., SCHERRER, W., & ROUMBOUTSOS, A. (2015c). "National contexts for PPPs in Europe: Conclusions and policy recommendations". *Public private partnerships in transport: trends and theory*, *Chapter 5.*

VINOGRADOV, D., SHADRINA, E., & KOKAREVA, L. (2014). "Public procurement mechanisms for public-private partnerships". *Journal of Public Procurement*, *14*(4), 538-566.

WANG, H., XIONG, W., WU, G., & ZHU, D. (2018). "Public–private partnership in Public Administration discipline: a literature review". *Public Management Review*, *20*(2), 293-316.

WARSEN, R., NEDERHAND, J., KLIJN, E. H., GROTENBREG, S., & KOPPENJAN, J. (2018). "What makes public-private partnerships work? Survey research into the outcomes and the quality of cooperation in PPPs". *Public Management Review*, 20(8), 1165-1185.

WIDÉN, K., LEMBER, V., OLANDER, S., HELBY PETERSEN, O., & SCHERRER, W. (2012). "Institutional reasons for not implementing PPPs in the transport sector".

YEHOUE, M. E. B., HAMMAMI, M., & RUHASHYANKIKO, J. F. (2006). *Determinants of public-private partnerships in infrastructure* (No. 6-99). International Monetary Fund.

Consideraciones finales

Cambra de Comerç de Barcelona

De esta publicación se derivan numerosas consideraciones, algunas de las cuales aparecen en más de un capítulo. Estas consideraciones son retos para mejorar la calidad de la gobernanza y garantizar el funcionamiento correcto de la colaboración público-privada.

Primera. La buena administración no es solo aquella que respeta el principio de legalidad y evita actos arbitrarios. Actualmente, la buena gobernanza tiene como finalidad principal asegurar la eficacia y la eficiencia de la actuación pública, lo cual incide directamente en el debate sobre la relación público-privada para lograr los fines de interés general, así como el necesario respeto de los principios de equilibrio presupuestario y reducción del déficit público de las administraciones. Por ello, se habla de la concepción del Estado garante, como administración que garantiza los fines públicos mediante la regulación, la dirección y el control, pero sin asumir necesariamente de forma directa la prestación y la provisión de los servicios públicos.

Segunda. La eficacia y eficiencia social de las políticas públicas depende, en gran medida, de cómo se eligen y se llevan a la práctica. A través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, que puede orientar o corregir determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes. Cuando la Administración decide prestar un servicio público, se responsabiliza de garantizar su prestación conforme a los principios de asequibilidad, calidad y continuidad. A la vez, debe decidir si va a producirlo por sus propios medios (gestión directa) o bien recurriendo a medios ajenos (gestión indirecta), a través de lo que denominamos colaboración público-privada (CPP), en sentido amplio.

Tercera. En los últimos años, existe en España un intenso debate político y técnico que replantea el proceso de interacción entre los actores públicos y privados y los ciudadanos. Este debate debería tratar de evitar las posiciones políticas apriorísticas y centrarse en análisis rigurosos sobre la mayor eficacia y eficiencia de las soluciones que se propongan adoptar, y considerar la CPP como un instrumento más, ideológicamente neutro, para poder desarrollar determinadas políticas públicas de forma óptima, pues la titularidad de los servicios públicos siempre será pública, al margen del modo de gestión por que se opte. Para ello, hay que garantizar el equilibrio entre lo público y lo privado y, naturalmente, preservar los principios de seguridad jurídica y de confianza, que no se oponen sino que complementan los de control de la prestación y la regulación adecuada de los servicios públicos, de los cuales nunca puede abdicar una administración diligente. En definitiva, no se trata tanto del *quién* sino más bien del *cómo*, en aras de la mejor satisfacción del interés público, pues este lo pueden satisfacer tanto los poderes públicos como la iniciativa privada.

Cuarta. La CPP tiene sus retos y uno no menor es la dificultad de identificar y mantener unos objetivos compartidos por todos sus actores. El sector público debe asegurarse de que la participación del sector privado en la prestación de los servicios públicos preserva los valores públicos que legitiman su actuación. En este sentido, cuantos más valores comparten los diferentes actores, más cercana es su posición cognitiva por el hecho de compartir preferencias y creencias. Por el contrario, cuantos menos valores comparten los diferentes actores de la CPP, más alejada es la posición cognitiva entre ellos, ya que los agentes involucrados interpretan una misma realidad de diferentes maneras y definen su intencionalidad para actuar en función de dichas interpretaciones distintas. Además, la distancia cognitiva incrementa la dificultad de desarrollar un sentido de comunidad entre las partes. La comunicación resulta determinante para alinear los objetivos, las preferencias y las creencias entre la Administración, la empresa privada y la ciudadanía, y reducir la distancia cognitiva entre ellas. La comunicación permite reevaluar periódicamente los parámetros del contrato y el seguimiento del desempeño basándose en el mantenimiento de los valores públicos deseados. La calidad de la comunicación para definir y compartir unos objetivos claros y concretos, comunicar el valor transcendente de la colaboración y sociabilizar los impactos conseguidos son factores determinantes para el desempeño de la CPP y su legitimación social.

Quinta. En este sentido, la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público pretende acercar las posiciones entre el sector público, el sector privado y la ciudadanía, alineando sus valores y expectativas, integrando los aspectos sociales y medioambientales y la equidad como señas de identidad de la contracción pública y del modelo económico, aprovechando los recursos públicos para dinamizar la economía y garantizando la competencia. Algunos ejemplos de estos cambios en la contratación son realizar consultas previas al mercado, atribuir un menor peso al precio en la adjudicación y otorgar más importancia a los valores sociales y medioambientales y a la innovación tecnológica, entre otros.

Sexta. La seguridad jurídica, la transparencia y la rendición de cuentas (*accountability*) son otros factores de éxito de las iniciativas de CPP. La transparencia es un buen predictor de cómo la CPP va a funcionar; los países con unos niveles altos de transparencia tienen una política favorable a las CPP. La transparencia es, pues, un elemento determinante de la gobernanza, tanto para el control del servicio por parte de la administración titular como, en su caso, para la evaluación de la prestación por parte de los usuarios, estableciendo unos niveles de satisfacción que contribuyen a consolidar la CPP.

Séptima. Resulta indispensable apostar por capacitar las instituciones para la gobernanza de la CPP y por un cambio de cultura, para poder dar respuesta a los retos que plantea la nueva concepción de la contratación pública como actividad estratégica con objeto de implementar las políticas públicas, impulsar la reactivación económica y empresarial, y legitimar nuestro modelo político. Mejorar la profesionalización de la contratación pública es otro factor clave para el éxito de las iniciativas de CPP. En este sentido, la Recomendación 2017/1805, de 3 de octubre, de la Comisión Europea tiene como objetivo atraer y retener el talento en la contratación pública, estableciendo un marco de capacidades y competencias de los profesionales de la contratación, mediante un modelo de formación integral, y diseñando un sistema de carrera competitivo y basado en el mérito. Para realizar esta transición, es necesario que España elabore un modelo de profesionalización de la contratación, tanto en la parte pública como privada, que logre con el consenso de todos los agentes participantes, ya sea a escala estatal, autonómica o local, y que incluya también a los diferentes actores del sector privado.

Octava. Es necesario reformular las funciones de la cooperación técnica entre las administraciones, para que las que disponen de menos recursos, especialmente los municipios de dimensiones reducidas, puedan acceder a los medios técnicos para supervisar y controlar la ejecución de los contratos. Y, en aquellos casos en que la realidad física y demográfica lo aconseje, sería de especial trascendencia determinar los niveles territoriales óptimos para la prestación de un servicio público y, en su caso, establecer unas autoridades reguladoras específicas, no solo para la regulación y la organización eficaz del servicio, sino también para asegurar su viabilidad económica y la eficacia de su gestión contractual.

Novena. El liderazgo es una herramienta fundamental para emprender y desarrollar una CPP con éxito. Las CPPs necesitan liderazgos transformadores, que ayuden a crear confianza entre sus distintos actores, y luchar contra los estereotipos existentes tanto en el sector público como en el privado. Los líderes deben diseñar *outputs* y *outcomes*, y ayudar a los participantes de la CPP a vincular sus objetivos individuales con los objetivos de la CPP. La dirección de un proyecto de CPP debe considerar los factores contextuales que acompañan el proyecto, así como los principales riesgos que se han observado en anteriores experiencias de CPP.

Décima. Indicadores internacionales en materia de colaboración público-privada, como el del Banco Mundial, otorgan a España una puntuación menor en la fase de preparación inicial o adopción de la CPP que en las fases del procedimiento contractual o de la adjudicación. La falta de documentos de justificación de la elección del modo de producción y de priorización de las inversiones públicas, así como la falta de una cultura de la evaluación –en forma de coste-beneficio, de rendición de cuentas y de *accountability*–, son asignaturas pendientes en los diferentes niveles de la Administración para lograr una elección y una implementación óptimas de la CPP.

Undécima. Hasta el momento, la Unión Europea ha jugado un papel clave para garantizar que los estados miembros tengan un proceso de contratación de CPP transparente, competitivo y de maximización de los fondos públicos. Sin embargo, se ha centrado básicamente en la fase de contratación y su rol ha sido más limitado en la etapa de ejecución o cumplimiento. La gobernanza de la CPP aconseja reformular las fases de planificación estratégica, ejecución y cumplimiento, en un contexto de crecimiento sostenible que integre los aspectos sociales y medioambientales y la equidad como señas de identidad del modelo económico, para lograr un reequilibrio adecuado de la riqueza y de los derechos y deberes, para avanzar hacia una sociedad más inclusiva.

Cambra Oficial de Comerç, Indústria, Serveis i Navegació de Barcelona

Oficines i serveis
Av. Diagonal 452 Barcelona

Seu corporativa
Casa Llotja de Mar. Passeig d'Isabel II, 1 Barcelona

www.cambrabcn.org

Cambra de Comerç de Barcelona