

EL COLAPSO DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN ESPAÑA

Alberto DORREGO

Secretario General de CCIES. Socio de Eversheds Sutherland

SUMARIO: 1. EL CONCEPTO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: CPP Y CONCESIONES.— 2. ¿EXISTE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN ESPAÑA?.— 3. ¿POR QUÉ HA COLAPSADO LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA?

1. EL CONCEPTO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: CPP Y CONCESIONES

La Colaboración Público-Privada («CPP») es uno de aquellos conceptos vaporosos e inconcretos que con frecuencia salpican el derecho público en los que —gracias precisamente a su elasticidad— cabe encajar múltiples figuras jurídicas y formas de actuación administrativa.

Debido a su inconcreción, el concepto tiene —en general— pocos enemigos y detractores. De hecho, desde todo tipo de sectores sociales y ámbitos ideológicos se clama con insistencia por *intensificar* o *reforzar* la Colaboración Público-Privada para atajar las supuestas deficiencias en el funcionamiento de nuestras Administraciones y en la prestación de los grandes servicios públicos, sin que —en principio— nadie sensato se oponga a la idea. Todo el mundo reclama *más* Colaboración Público-Privada.

Aquí surge una primera acepción del concepto de Colaboración Público-Privada. Muchos entienden la CPP simplemente como la *política* o la actitud de fomentar el *diálogo* y la *cooperación continuada* con la sociedad civil (con las organizaciones sociales y las empresas) a la hora de afrontar la gestión de los asuntos públicos. Este entendimiento (algo *woke*) del concepto, del que nadie puede cabalmente disentir, explica la paradoja de que nunca se haya hablado más de colaboración público-privada que en los tiempos actuales y, sin embargo, nunca hayan existido menos proyectos reales de CPP.

El concepto extenso de CPP resulta de escasa utilidad práctica. Es necesario establecer uno más concreto. Desde una perspectiva jurídico-administrativa la CPP no significa (tan solo) *diálogo* o *cooperación continuada* con la sociedad civil. Es mucho

más. Es la forma en la que se articula jurídicamente la relación, de largo plazo, entre la Administración y un operador privado para el desarrollo y gestión de una infraestructura de interés general o un servicio público, cuya titularidad y responsabilidad corresponde a aquella.

Existen dos grandes definiciones —generalmente aceptadas— que resumen perfectamente el concepto técnico de Colaboración Público-Privada: En el ámbito de Naciones Unidas, la establecida por *Ley-modelo* sobre las Alianzas Público-Privadas (2019) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL)¹, y en el ámbito de la Unión Europea, la que nos ofrece EUROSTAT en diversos documentos².

Según la Disposición 2 de la Ley-Modelo de UNCITRAL «Se entenderá por “alianza público-privada” (APP) un acuerdo entre la autoridad contratante y una entidad privada para la ejecución de un proyecto, a cambio de pagos que serán efectuados por la autoridad contratante o los usuarios de la infraestructura, incluidos tanto los proyectos que entrañan una transferencia del riesgo de demanda al socio privado (“alianzas público-privadas que realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión”) como los tipos de APP que no entrañan esa transferencia del riesgo (“alianzas público-privadas que no realizan sus actividades bajo la modalidad de concesión”)».

Para EUROSTAT, desde una perspectiva estadística, se entiende por CPP aquel «... *acuerdo contractual* a largo plazo para la provisión de un bien público y de los servicios conexos a cambio de *pagos basados en el resultado, en función de la disponibilidad y/o el uso* de la infraestructura o de los servicios correspondientes...»³.

La definición de CPP de Eurostat implica que la entidad pública sea la «...fuente directa...» de la mayoría de los ingresos que el *socio* privado tiene derecho a percibir en virtud del contrato, tanto si la demanda o el uso del activo procede de la propia entidad pública (por ejemplo, un hospital pagado por una entidad pública en función de la disponibilidad) como de los usuarios (por ejemplo, una autopista pagada mediante *peaje en sombra*). Cuando la mayor parte de los ingresos del operador privado proceden directamente de los usuarios del activo, EUROSTAT considera que el proyecto es una «... *concesión*...» y, por tanto, el tratamiento estadístico se realiza en tal condición.

¹ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI); «*Disposiciones Legales Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional sobre las Alianzas Público-Privadas*»; Resolución 74/183 aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2019. Viena, 2020. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-11014_mlppp_s.pdf

² EUROSTAT/EPEC/BEI; «*A Guide to the Statistical Treatment of PPPs*» (Eurostat /EPEC / BEI) Septiembre 2016; https://www.eib.org/attachments/thematic/epec_eurostat_statistical_guide_en.pdf. Véase también: EUROSTAT/ EPEC/ BEI; «*Clarification on the application of a Guide to the Statistical Treatment of PPPs: responses to frequently asked questions*», 20 junio 2022.

³ «A long-term contractual arrangement for the provision of a public asset and related services in exchange for performance-based payments linked to the asset's availability and/or use and the delivery of the related services».

Para UNCITRAL la «...concesión...» es una modalidad de CPP. Descansa sobre la existencia de riesgo de demanda, con independencia de la fuente última de los ingresos del operador (presupuestaria o pago de los usuarios). Para EUROSTAT el concepto de «...concesión...» es más restringido ya que exige no solo la transferencia del riesgo de demanda, sino que la mayor parte de los ingresos del operador privado procedan del pago directo del usuario (*pago por uso*). En otras palabras; para EUROSTAT una autopista con *peaje en sombra* no es, a efectos estadísticos, una *concesión*. Es una modalidad CPP diferente a la concesión.

No obstante, en la Unión Europea el concepto de concesión no solo es estadístico. La *Directiva de Concesiones* (Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014) explica en el Considerando 11 que «Las concesiones son contratos a título oneroso mediante los cuales uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios a uno o más operadores económicos. El objeto de dichos contratos es la contratación de obras o servicios mediante una concesión cuya contrapartida consiste en el *derecho a explotar las obras o servicios*, o este mismo derecho en conjunción con un pago.»

El Considerando 18 señala que «...La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, *implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional* de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador. La reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviasa al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato».

Sin embargo, según este mismo Considerando 18, el concepto jurídico de «...concesión...» no exige necesariamente (como sí exige EUROSTAT en su definición estadística) que la fuente mayoritaria de los ingresos del operador privado procedan de los usuarios. Afirma a este respecto, con bastante claridad, lo siguiente: «Al mismo tiempo, hay que aclarar que ciertos regímenes en los que la *remuneración procede exclusivamente del poder adjudicador* o la entidad adjudicadora pueden considerarse concesiones si la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios».

Para el derecho de la UE (*Directiva de Concesiones*) el concepto de concesión no pivota, por tanto, en torno al *pago por uso*, sino a la existencia de una transferencia efectiva del riesgo operacional. Y, esta transferencia que se puede dar tanto con un modelo de *pago por uso* como sin él. Por tanto, a diferencia de lo que entiende EUROSTAT a efectos estadísticos y de contabilidad pública, con arreglo a la Directiva de Concesiones una autopista con *peaje en sombra* sí (con transferencia del riesgo de demanda) puede articularse jurídicamente como una concesión.

Como resumen de lo expuesto en torno al concepto de Colaboración Público-Privada cabe concluir lo siguiente:

a) La Colaboración Público-Privada no es cualquier forma de *diálogo*, *cooperación* o *entendimiento* entre la Administración y las entidades privadas, como a veces se interpreta desde ciertos ámbitos políticos o periodísticos.

b) La CPP es una relación jurídica entre un operador privado y una Administración o entidad pública cuya finalidad es el desarrollo y gestión de una infraestructura o servicio público. Tiene siempre tres elementos consustanciales: (i) una relación, contractual o institucional, de largo plazo, (ii) la financiación del proyecto por el operador privado y (iii) una distribución de riesgos entre la entidad pública y el operador privado. La CPP exige que el operador asuma, en mayor o en menor medida, riesgos vinculados a la explotación de la infraestructura o del servicio público (riesgo de demanda o riesgo de disponibilidad)⁴.

c) La remuneración del operador privado a cambio de la inversión realizada y de la gestión de la infraestructura o el servicio público puede proceder (i) de pagos realizados por la propia entidad pública o (ii) del pago que realizan los usuarios de la infraestructura o del servicio (*pago por uso*).

⁴ En el derecho positivo español hubo un momento en que se reguló como una modalidad contractual específica el Contrato de Colaboración Público-Privada. Sucedió en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

El artículo 11 de la LCSP, modificada en este punto por la Ley 2/2011, de 4 de marzo establecía que «Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquéllos en que una Administración Pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones: a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión. b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas. c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado. d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado». El precepto añadía que «...Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas» Según el apartado 4 del artículo «...la contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento».

Como puede apreciarse, esta definición legal del contrato de colaboración público-privada no coincide con el concepto de CPP manejado por UNCITRAL y por la UE (EUROSTAT). Es una definición restrictiva de una modalidad contractual específica que no agota, ni mucho menos, el concepto de CPP. De hecho, en esta misma LCSP de 2007 este contrato coexistió con las concesiones y otras modalidades de CPP, que fueron las realmente utilizadas durante su vigencia. Esta modalidad contractual del art.11 de la LCSP de 2007 fue un fracaso en la práctica y terminó siendo eliminada de nuestra legislación.

d) La CPP puede presentarse bajo diferentes modalidades jurídicas. Esencialmente puede articularse (i) mediante una *relación contractual* (v.gr. concesión de obra o servicio, concesión demanial, derecho de superficie u otras relaciones contractuales patrimoniales, así como conciertos y convenios para la prestación de servicios en el sector de la salud y la educación) o (ii) una *relación institucional* (empresa mixta, consorcio fundación público-privada ...etc.).

e) Las *concesiones* (concesiones de infraestructuras o concesiones de servicios) son una forma de CPP. Son la forma más característica y consolidada históricamente de CPP. Para la Ley-Modelo de UNCITRAL la concesión es aquella forma de CPP en la que se transmite el riesgo de demanda al operador privado. Para EUROSTAT la concesión implica no solo la transmisión del riesgo de demanda, sino que la mayor parte de los ingresos del operador privado procedan del pago directo del usuario (*pago por uso*). La *concesión* y el *pago por uso* son dos conceptos unidos para EUROSTAT.

No obstante —para complicar algo más la cuestión— para la Directiva de Concesiones (Directiva 23/2014) rompe esta vinculación, asociando el concepto técnico-jurídico de «...concesión...» a la existencia de una transferencia del «...riesgo operacional...» al empresario privado, sin exigir que necesariamente que exista pago directo por el usuario (*pago por uso*).

En España la concesión es la modalidad central de CPP para el desarrollo de infraestructuras. No es la única, pero sí la más consolidada, segura y habitual en la práctica administrativa. Para la gestión de los servicios publicados (es decir, servicios reservados al sector público mediante ley, conforme al artículo 128.2 de la Constitución) la concesión de servicios es también la forma jurídica más normal y frecuente para articularla. No obstante, en el sector de la sanidad pública y de la educación (es decir, los servicios no publicados) es frecuente la utilización de otras fórmulas jurídicas, muy específicas, como son los conciertos o los convenios.

2. ¿EXISTE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN ESPAÑA?

La *Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación* («OIRES-CON»), en el marco de las funciones que atribuye a este órgano de control el art. 332 de la LCSP publicó en noviembre de 2023 un importante estudio relativo los contratos públicos de concesión⁵.

Se trata de un informe especial de supervisión («IES») de extraordinaria importancia ya que es la primera vez en la que un órgano consultivo del Estado, con independencia de criterio técnico, examina exhaustivamente todas las licitaciones de los contratos de concesión, en sus diferentes modalidades, realizadas a lo largo de un periodo de tiempo en los tres niveles básicos en los que se estructura la Administración pública (estatal, autonómico y local).

⁵ OIRES-CON, Ministerio de Hacienda; «Informe especial de supervisión relativo a los contratos de concesión en 2022», noviembre 2023; <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informes-especiales-supervision/ies-concesiones2022.pdf>

Aún cuando los contratos de concesión de obras y servicio no son el único instrumento jurídico a través del que se vehicula la Colaboración Público-Privada, si son el más relevante y paradigmático de todos los existentes. Por este motivo, como reconoce el propio IES, este Informe contiene una radiografía muy precisa y valiosa sobre el estado general de la Colaboración público-Privada en España, de la cual cabe deducir importantes consecuencias y líneas de actuación futuras.

Los datos de este estudio, referidos al ejercicio 2022, han sido actualizados recientemente en el Informe Anual de Supervisión de OIRESCON del año 2023 («IAS»), que ha publicado este organismo en el mes de julio de 2024⁶. En el IAS se incorpora un capítulo específico sobre los contratos de concesión (págs. 263 y siguientes) al objeto de dar continuidad y seguimiento a los datos expuestos por primera vez sobre esta modalidad contractual en el IES. Ello es una muy buena noticia para el sector concesional.

Los informes de OIRESCON (tanto del IES de noviembre de 2023, como del recientemente publicado en junio de 2024) que han pasado bastante desapercibidos ante la opinión pública. Sin embargo, la conclusión que cabe extraer de ellos es demoledora: La Colaboración Público - Privada para el desarrollo de grandes proyectos de infraestructuras ha colapsado en España. Sencillamente, no existe.

Primer dato relevante. Según OIRESCON las concesiones de obras y servicios solo representan el 5.08 por 100 del importe total de contratación pública adjudicada (con datos oficiales cerrados de 2023), con un PBL —sin impuestos— de 5.645,24 millones de euros. Sin embargo, la media en los Estados miembros de la UE se sitúa en torno al 12 por 100. Si tomamos en consideración el número de expedientes de concesión licitados, estos solamente suponen el 1,25 por 100 del total en 2023⁷.

Aun admitiendo que los contratos de concesión no agotan todas las posibles variantes de CPP, pues en España tienen gran importancia otras fórmulas situadas fuera de la LCSP en el ámbito de la educación, la sanidad y los servicios sociales (particularmente a través de *conciertos*), la realidad es que el volumen medio del sector concesional en la UE es más del doble del existente en nuestro país. Estamos a la cola de la UE en Colaboración Público-Privada.

⁶ OIRESCON, Ministerio de Hacienda; «Informe anual de supervisión. Módulo I, las cifras de la contratación pública en 2023», julio 2024. www.regulaciondelacontratacion.gob.es. En el IAS se indica que «... la Oficina ha querido incorporar en este primer módulo del IAS 2024, dedicado a las “Cifras de la contratación pública en 2023” un epígrafe específico, donde se reflejen los principales datos de contratación desde la perspectiva singular de los contratos de concesión, ofreciendo así un análisis de continuidad al realizado en el Informe Especial de Supervisión relativo a los contratos de concesión en 2022» (pág.163)

⁷ Según OIRESCON «Las concesiones licitadas en 2023 no consiguen romper la tendencia de subida y bajada intermitente del peso en volumen económico de estos contratos sobre el total de la contratación en el periodo analizado (2019-2023). Estos picos parecen deberse a la celebración de contratos de singular importancia económica. Así, en 2023, el peso específico pasa desde el 3,79 por 100 en 2022 hasta el referido 5,08 por 100 en 2023, por los contratos de concesión de obras de carreteras licitados por la C.A. de Aragón, ...» (pág. 166)

OIRESCON destaca también el peso fundamental que corresponde al sector público local sobre el conjunto de los contratos de concesión. En 2022 el volumen adjudicado de contratos de concesión en el ámbito local ascendió al 82 por 100 sobre el total. En el sector público de las CC.AA. ese porcentaje fue del 14.8 por 100 y en el sector público estatal del 2.8 por 100. En 2023 estos porcentajes han variado algo. El importe adjudicado de los contratos de concesión en el ámbito local es del 51 por 100 y en el sector público autonómico del 48.18 por 100. Un incremento debido principalmente (según OIRESCON) a las concesiones de carreteras realizadas en 2023 en la C.A. de Aragón. En el sector público estatal el importe adjudicado en concesiones en 2023 ha descendido al 0.20 por 100 sobre el total.

Es decir, los proyectos de Colaboración Público-Privada de la Administración General del Estado, donde se suponen residenciadas las grandes infraestructuras públicas, son absolutamente marginales. No hay CPP en el Estado.

Otro dato fundamental. Tomando como referencia los últimos cinco años (2019 a 2023) el 75 por 100 de las concesiones adjudicadas tuvo por objeto servicios (servicios públicos) y solo el 25 por 100 obras (infraestructuras)⁸.

Se da así la extraña paradoja de que nuestra legislación concesional sigue pivotando en torno al contrato de concesión de obras (que es el *contrato concesional-tipo*), cuando —en realidad— es una modalidad jurídica cada vez menos relevante. Paralelamente la regulación de las concesiones de servicios públicos locales (que es donde el legislador debiera poner su mayor esfuerzo regulatorio) es crecientemente fragmentaria y insuficiente.

La inmensa mayoría de los contratos de concesión que hoy día se licitan en España vienen referidos a los clásicos servicios públicos locales (agua, medio ambiente, transporte de viajeros, servicios sociales, equipamientos culturales, y deportivos ... etc.)⁹. La escasa Colaboración Público-Privada que hoy existe se produce en este entorno de la Administración local. Si bien, incluso en este ámbito, hay signos de estancamiento y debilidad en el número y relevancia de los proyectos licitados y de regresión en la apuesta por la gestión indirecta (concesional) de los servicios. Los informes de OIRESCON lo destacan con claridad.

Este es, nos guste o no, el triste panorama de la Colaboración Público-Privada en España a día de hoy.

⁸ Según OIRESCON en 2022 Las concesiones de obras solo representaron el 9.83 por 100 del conjunto de las concesiones. El 90 por 100 fueron concesiones de servicios. Este dato ha variado en 2023 debido, nuevamente, al impacto estadístico de las licitaciones de carreteras en la CA de Aragón. En 2023 el importe adjudicado de concesiones de servicios, en términos porcentuales, fue del 39.5 por 100, frente al 60.42 por 100 de concesiones de obras. En todo caso, lo relevante es que el peso relativo de los contratos de concesión de servicios respecto a las concesiones de obras en los últimos 5 años (corrigiendo posibles sesgos estadísticos) es del 75-25 por 100 aproximadamente.

⁹ Según el informe de OIRESCON las concesiones en España hoy día son esencialmente las clásicas concesiones de servicios públicos locales. Por orden de importancia destacan: servicios comerciales/hostelería, (1577) culturales y deportivas (345), y servicios de salud y sociales (281) y enseñanza (111), concesiones de aguas y medio ambiente (72) y transporte de viajeros (48).

3. ¿POR QUÉ HA COLAPSADO LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA?

Como hemos indicado anteriormente, en España solo el 5.08 por 100 del total del importe adjudicado de contratos públicos viene referido a contratos de concesión. La media de los últimos cinco años (2019 a 2023) es del 5.49 por 100. En la UE este porcentaje asciende al 12 por 100.

El Estado, supuesto motor de las grandes infraestructuras públicas (carreteras, puertos, aeropuertos, ferrocarriles, infraestructuras hidráulicas ... etc.) prácticamente no ha licitado nada. Un exiguo 0.20 por 100 en 2023. Un 2.8 por 100 en 2022. Como todo el sector concesional sabe, desde hace años no existen proyectos *greenfield* de infraestructuras públicas estatales.

La causa central de esta situación es la insuficiente rentabilidad de los proyectos licitados. OIRESCON lo destaca en su informe IES. Y pone el foco, con acierto, en la inicua Ley 2/2015 de desindexación de la economía española y en su reglamento de desarrollo (RD 55/2017).

El artículo 29.6 de la LCSP incorpora una regla muy relevante relativa a la duración de las concesiones de obras y servicios en la cual se reproduce, prácticamente en sus mismos términos, el artículo 18.2 de la Directiva 23/2014. El precepto establece lo siguiente: «Si la concesión de obras o de servicios sobrepasara el plazo de cinco años, la duración máxima de la misma no podrá exceder del 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.»

Esta norma legal (procedente de la Directiva de Concesiones) tiene cierta lógica cuando se trata de concesiones de infraestructuras, intensivas en aportación capital (la *lógica de la TIR*), pero no tiene sentido cuando se aplica a concesiones de servicios (en particular a la gestión de servicios públicos) en las que el principio rector es la continuidad y calidad del servicio. En las concesiones de servicios debe primar el establecimiento de una alianza contractual sólida y estable con un operador privado, no necesariamente vinculada a la «... *recuperación de la inversión* ...». Es una norma concebida para las concesiones de infraestructuras, que no es razonable ni útil proyectar sobre las concesiones de servicios (aunque algunos estén excluidos).

El apartado 9 de este mismo artículo 29 de la LCSP dispone que «... el período de recuperación de la inversión ... será calculado de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto al que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.» Se remite en bloque, a estos efectos, al RD 55/2017. Aquí se encuentra la raíz principal del problema de la falta de rentabilidad de los proyectos *greenfield* de infraestructuras: el periodo de recuperación de la inversión determina la duración del contrato concesional y ésta, a su vez, determina la rentabilidad global del proyecto.

El artículo 10.2 del RD 55/2017 incorpora una fórmula matemática para calcular el periodo de recuperación de la inversión en las concesiones, que es igual para cualquier tipo de contrato concesional, con independencia del sector y de las condiciones específicas del mercado. La fórmula matemática para calcular el periodo de recuperación de la inversión establece que el valor de la tasa de descuento aplicable «... será el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del Estado a diez años en los últimos seis meses, incrementado en un diferencial de 200 puntos básicos...».¹⁰

La combinación del art. 29.9 LCSP con el art. 10.2 del RD 55/2017 trae como consecuencia una limitación de la rentabilidad máxima de los proyectos que los saca fuera del mercado real. Para solucionar esta disparatada y dañina regulación, no basta con incrementar las tasas de rentabilidad (ya se ha hecho en el RDL 36/2020, para los proyectos financiados con fondos NextGen). Es necesario modificar a fondo el modelo, romper la vinculación entre la LCSP y el RD 55/2017, anular la rentabilidad de los proyectos a las singularidades de los riesgos asumidos por el operador y a la realidad del mercado de capitales y fomentar la tensión competitiva en la financiación.

Mas allá de lo anterior, y como reflexión más de fondo, no podemos ignorar que esta regulación limitativa de la rentabilidad financiera de los proyectos se basa en una errónea y perturbadora concepción de la CPP como una pura operación de financiación de infraestructuras públicas, esencialmente orientada a eludir las restricciones de la UE de sobreendeudamiento de los Estados.

Aunque no es incierto que durante un tiempo este ha sido el *leitmotiv* de los proyectos de CPP la realidad es que la Colaboración Público-Privada va mucho más allá (o debiera ir mucho más allá) de la mera operación de financiación a largo plazo de proyectos de infraestructuras. Esto es evidente en el terreno de la gestión indirecta de los grandes servicios públicos, donde se aprecia con mayor nitidez el valor añadido y mayor eficiencia que aporta la gestión privada de servicios de titularidad pública, pero también debiera ser así en las infraestructuras públicas. En caso contrario este obstáculo normativo no podrá ser removido (al menos en las concesiones de grandes obras públicas) y la CPP permanecerá en el estado catatónico en el que actualmente se encuentra.

Sin embargo, desde mi punto de vista, esta no es la única causa del desolador paisaje de nuestra CPP.

La Ley 40/2015 derogó subrepticamente y sin suficiente reflexión la garantía implícita del Estado sobre las inversiones no amortizadas (mal llamada en el argot del sector «RPA»), introducida en nuestra legislación de concesiones de autopistas en los años 60, con unas consecuencias muy graves para la financiación de nuevos proyectos de infraestructuras. Es esencial revisar a fondo el modelo regulatorio de la extinción las *concesiones inviables* (artículo 281 LCSP) y de las cláusulas *step-in*.

¹⁰ El Real Decreto-ley 36/2020, establece que para los proyectos financiados con los fondos NextGen la tasa de descuento se obtendrá por la adición de: a) el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda soberana española a treinta años y b) un diferencial de hasta 300 puntos básicos (3 por 100).

Existe otro factor adicional muy negativo que es la falta de seguridad jurídica en los contratos. Este elemento tiene diversas manifestaciones concretas. Solo enunciaré algunas: No existe un mínimo acuerdo en los órganos supervisores (incluida la propia ONE) sobre el concepto de «*riesgo operacional*»; la regulación de la revisión de precios es muy defectuosa e insegura y traslada ineficientemente al operador privado riesgos inmanejables de incrementos de costes; y son insuficientes, fragmentarias e inadecuadas las reglas sobre modificación de las concesiones y la adaptación de los contratos a las nuevas necesidades del servicio y al progreso tecnológico. Y, quizá lo más grave: existe una mala regulación, unida a una restrictiva interpretación, administrativa y jurisprudencial, de la regla histórica del mantenimiento del equilibrio económico-financiero de las concesiones. Las inauditas decisiones adoptadas por la Administración General del Estado y (por imitación de esta) por las CC.AA. y las EE.LL. sobre el reconocimiento del derecho al reequilibrio financieros de las concesiones durante el periodo de la pandemia del COVID 19 son buena prueba de lo anterior. Si bien, resulta aun mas decepcionante el tratamiento que se esta dando a estas situaciones por los Tribunales de Justicia. Incluida la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Estos factores, unidos a otros como la insuficiencia de los incentivos a los proyectos de iniciativa privada, que históricamente fueron el motor de las grandes concesiones de infraestructuras, constituyen un freno a la Colaboración Público-Privada y deberían ser objeto de una profunda reflexión por parte del legislador.

Nuestros actuales niveles de endeudamiento y la fuerte tensión del gasto social con toda seguridad van a impedir mantener una inversión razonable en infraestructuras en los próximos años. Por este motivo, cuando pase (que pasará) el espejismo de los fondos NextGen y la transitoria permisividad fiscal de la UE, este debate será ineludible en España en los próximos años.

Resulta muy alentador a este respecto que la Presidenta de la Comisión Europea, Ursula von der Leyen, haya incluido en el programa político presentado al Parlamento Europeo para su reelección en julio de 2024 («*orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea 2024-2029*»), un capítulo específico relativo a la reforma de la legislación europea sobre contratación pública¹¹ y una apuesta por las Asociaciones

¹¹ VON DER LEYEN, U. «*La decisión de Europa orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea 2024-2029*»; Estrasburgo, 18 de julio de 2024. Se afirma en este documento programático lo siguiente: «También debemos hacer un mejor uso de la contratación pública, que representa el 14 por 100 del PIB de la UE. Una mejora del 1 por 100 en la eficiencia de la contratación pública permitiría ahorros por valor de 20 000 millones euros al año. Constituye una de las mejores bazas disponibles para desarrollar bienes y servicios innovadores y crear mercados líderes en tecnologías limpias y estratégicas.

Propondré una revisión de la Directiva sobre contratación pública, permitiendo que se dé preferencia a los productos europeos en la contratación pública en determinados sectores europeos en la contratación pública en determinados sectores estratégicos. Contribuirá a garantizar el valor añadido de la UE para nuestros ciudadanos, junto con la seguridad del suministro de tecnologías, productos y servicios vitales. También modernizará y simplificará nuestras normas de contratación pública, en particular teniendo en cuenta las empresas emergentes y los innovadores de la UE.»

Público-Privadas. Muchas de las dificultades que ahora complican y dificultan el desarrollo de la CPP proceden de la normativa de la UE y resulta por ello reconfortante comprobar que forma parte de las prioridades políticas de la nueva Comisión abordar una reforma legislativa ambiciosa en esta materia.

