

EL IMPACTO DE LAS COLABORACIONES PÚBLICO-PRIVADAS EN LOS NIVELES DE DÉFICIT Y DEUDA PÚBLICOS: ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DE EUROSTAT¹

ANA BELÉN MACHO PÉREZ
ESTER MARCO PEÑAS
Profesoras de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Pompeu Fabra

I. LAS COLABORACIONES PÚBLICO-PRIVADAS (CPP): 1. *El concepto de colaboración público-privada.* 2. *Contexto de la colaboración público-privada: las restricciones europeas al déficit y endeudamiento públicos.*—II. DETERMINACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN LOS CONTRATOS DE CPP: 1. *La clasificación de los riesgos en los contratos de CPP en el Derecho europeo.* 2. *La distribución de los riesgos en los contratos de CPP:* A) Asunción del riesgo de construcción. B) Asunción del riesgo de disponibilidad. C) Asunción del riesgo de demanda. D) Conclusiones respecto de la distribución global de los riesgos.—III. EFECTOS DE LOS CONTRATOS DE CPP EN LOS NIVELES DE DÉFICIT Y DEUDA PÚBLICOS: 1. *Criterios generales del SEC para la calificación de los activos derivados de las CPP.* 2. *Calificación por Eurostat de los activos derivados de las CPP contractuales españolas.*—IV. CONCLUSIONES.

RESUMEN

Este trabajo analiza las implicaciones jurídico-financieras de los contratos de colaboración público-privada. Concretamente, en este artículo se destaca la relevancia que han adquirido los mecanismos de colaboración público-privada para la elusión de las restricciones impuestas por la normativa europea en materia de déficit y endeudamiento públicos. Las instituciones europeas han reaccionado con el objeto de evitar la tendencia de algunos Estados miembros a no contabilizar estas inversiones a efectos presupuestarios, controlando cuándo el riesgo de la operación recae en el sector público.

Palabras clave: colaboración público-privada (CPP); contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado; concesión de obra pública; distribución del riesgo; estabilidad presupuestaria; SEC-95; SEC-2010; Eurostat.

ABSTRACT

This paper analyses the legal and financial implications of public-private partnerships. Especially, the article highlights the relevance that public-

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto I+D «La Colaboración Público-Privada como alternativa de financiación de obras y servicios públicos» (DER 2009-10470), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad; investigadora principal: Antonia Aguiló Agüero.

private partnerships have taken on to circumvent the restrictions imposed by European legislation on public deficit and debt. The European institutions have acted against the tendency of some Member States not to account these investments for budgetary purposes, taking into account when the risk of the operation lies with the public sector.

Key words: public-private partnership (PPP); contract of collaboration between the public sector and the private sector; public works concession; risk sharing; budgetary stability; ESA 95; ESA 2010; Eurostat.

I. LAS COLABORACIONES PÚBLICO-PRIVADAS (CPP)

1. *El concepto de colaboración público-privada*

En 2004, la Comisión Europea definió la colaboración público-privada (CPP) como «*las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio*»².

En esta inicial aproximación de la Comisión destacaba la amplitud de la expresión «diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial», en la cual quedan comprendidas tanto las fórmulas institucionales de CPP (entidades de capital mixto) como las diferentes posibilidades contractuales. Lo único que se concretaba por parte de la Comisión es el objetivo de la CPP, cuya finalidad es garantizar: a) la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura; o b) la prestación de un servicio³.

² Comisión Europea (2004), *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, COM (2004), 327 final, de 30 de abril de 2004, párrafo 1.

Por su parte, el documento OCDE (2008), *Les partenariats public-privé. Partager les risques et optimiser les ressources* (pág. 17), define la CPP como un acuerdo entre un ente público y uno o varios colaboradores privados (entre los cuales figuran eventualmente los operadores y los financieros) en virtud del cual los entes privados suministran un servicio bajo aquellas modalidades que permitan, en todo caso, conciliar los objetivos de prestación perseguidos por el ente público y los objetivos de beneficio de los colaboradores privados. Según la OCDE, la eficacia de la conciliación dependerá de una transferencia suficiente del riesgo a los colaboradores privados.

³ La Comisión manifiesta que no hay un concepto de CPP en el Derecho de la Unión Europea y, a nuestro juicio, tampoco pretende definirlo, sino solo realizar una aproximación a este, manteniendo la indeterminación. No obstante, esta enumeración de objetivos nos plantea diversas objeciones: su carácter aparentemente taxativo; la concreción de las diferentes fases o tareas solo por lo que respecta a la infraestructura y no a la prestación del servicio (el cual también se financia, se gestiona, etc.); así como el uso de la disyuntiva «o», cuando en realidad podrían darse estas (u otras fases o tareas adicionales) de forma acumulativa (de he-

La Comisión Europea completó esta aproximación conceptual enunciando cuatro elementos caracterizadores de toda CPP⁴: 1) la *duración* relativamente larga de la cooperación entre el sector público y el privado, que se mantiene durante varios años; 2) el modo de *financiación* del proyecto (este se financia en parte por el sector privado, aunque la financiación pública también puede ser muy elevada); 3) el importante *papel del socio privado*, que participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación); el ente público se concentra esencialmente en definir los objetivos de interés público, así como la calidad de los servicios y la política de precios, garantizando el control del cumplimiento de los objetivos fijados; y 4) la *distribución de los riesgos* de la operación entre el ente público y el privado.

Basándose en las diversas prácticas de CPP existentes en los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante, UE), la Comisión distinguió dos modelos de operaciones de CPP: la CPP de tipo puramente contractual y la CPP de tipo institucionalizado⁵. El objeto de este trabajo es el estudio del riesgo en los contratos de CPP; por tanto, en la CPP de tipo puramente contractual; para posteriormente determinar los efectos de estos contratos a nivel jurídico-financiero. A su vez, la Comisión Europea diferenciaba, dentro de la CPP de tipo puramente contractual, dos modelos⁶:

a) *Modelo de «concesión»*: Se caracteriza por la existencia de un vínculo directo entre el socio privado y el usuario final (el socio privado presta un servicio a la población «en lugar de» el socio público, pero bajo su control) y la remuneración del contratista consiste en cánones abonados por los usuarios de la obra o el servicio, que se completan, en su caso, con subvenciones concedidas por los poderes públicos.

b) *Organización de tipo «Iniciativa de Financiación Privada» (IFP)*: Se caracteriza porque la tarea del socio privado radica en realizar y gestionar una infraestructura para la Administración pública (colegio;

cho, es frecuente que la CPP englobe tanto la financiación como la construcción, la gestión «y» el mantenimiento de la infraestructura).

⁴ Comisión Europea (2004: párrafo 2).

⁵ La CPP de tipo institucionalizado implica la cooperación entre los sectores público y privado en el seno de una entidad diferente (entidades de capital mixto), que tiene como misión garantizar la entrega de una obra o la prestación de un servicio de interés público, y que puede llevarse a cabo mediante: a) la creación de una entidad *ad hoc* en la que participan de forma conjunta los sectores público y privado; b) la toma de control de una entidad pública existente por parte de un operador privado. *Vid.* Comisión Europea (2004: párrafo 53). En los Estados miembros, para hacer referencia a las CPP institucionalizadas se utilizan terminologías y fórmulas diferentes (por ejemplo, el *Kooperationsmodell*, las CPP asociativas o las *joint-ventures*).

⁶ Comisión Europea (2004: párrafos 20 y ss.).

hospital; centro penitenciario; infraestructura de transporte; etc.) y la remuneración del socio privado consiste en pagos periódicos realizados por el socio público (dichos pagos pueden ser fijos; pero también pueden calcularse de manera variable, en función, por ejemplo, de la disponibilidad de la obra, de los servicios correspondientes o, incluso, de la frecuentación de la obra⁷).

Esta distinción de las CPP contractuales que la Comisión Europea señalaba en 2004 fue posteriormente precisada por Eurostat (Oficina Estadística de la UE), circunscribiendo el concepto de CPP al modelo de «Iniciativa de Financiación Privada» (IFP). A efectos del control de la disciplina presupuestaria, Eurostat distingue claramente entre las CPP y las concesiones⁸, atendiendo al mecanismo de retribución. En las concesiones, la mayor parte de los ingresos del ente privado proviene de los usuarios finales del servicio; mientras que en los contratos de CPP la mayor parte de los ingresos del ente privado proviene de los pagos de la Administración (por ejemplo, mediante el sistema de «peaje en sombra»). Por ello, en las CPP la Administración se considera la «principal compradora» (*main purchaser*) de los servicios, con independencia de si la demanda se origina directamente desde la Administración o por parte de terceros, los usuarios del servicio (como sucede con la sanidad, la educación y algunos tipos de infraestructuras de transporte)⁹.

En España, aunque tradicionalmente la concesión de obra pública se ha caracterizado por la retribución al concesionario principalmente mediante el pago de cánones o tarifas por parte de los usuarios de la infraestructura (completados o no con pagos del ente público)¹⁰, lo cierto es que a través de la Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, se configuró un contrato de concesión de contornos especialmente amplios, que permite también la financiación mayoritaria por parte de la Administración pública (actual artículo 255 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Pú-

⁷ Es el caso de los «peajes en sombra» o virtuales, utilizados en el marco de proyectos de autopistas, en particular, en el Reino Unido, Portugal, España y Finlandia.

⁸ Actualmente puede verse Eurostat, *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA95*, ed. 2013, pág. 263, apartados 12 y ss. (en adelante, *Manual del SEC-95*).

⁹ Eurostat (2013: 264, apartado 14).

¹⁰ Este mecanismo de retribución del ente privado contrasta con el denominado «peaje en sombra», donde el pago directo se realiza por parte de la Administración concedente. El primer sistema de retribución (pago por el usuario) es el predominante en países como España, Portugal, Francia, Italia, Austria o Grecia. Mientras que el segundo («peaje en sombra») es característico de países como el Reino Unido, Finlandia y Holanda. Véase también Leandro CAÑIBANO CALVO y Ana GISBERT CLEMENTE (2010), «Implicaciones contables de la adopción de IFRIC 12 sobre concesiones de servicios públicos», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, núm. 145, enero-marzo, págs. 149-168, en particular pág. 150.

blico, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre —en adelante, TRLCSP—).

Por ello, en el ordenamiento jurídico español, este elemento de la financiación no es determinante para distinguir ambos tipos contractuales; a diferencia de lo que sucede en el Derecho de la UE, en el que la concesión se caracteriza porque la financiación mayoritaria de la obra o servicio se sufraga a través del pago de los usuarios¹¹.

En resumen, el contrato de concesión de obras públicas en España, a partir de la Ley 13/2003, permite materializar tanto concesiones como CPP, tal como son entendidas en el Derecho de la UE en materia de contabilidad nacional. De hecho, en la práctica la CPP en España se ha articulado principalmente a través de contratos de concesión de obra pública.

A pesar de lo anterior, el legislador español introdujo en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), la tipificación de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado (en adelante, contrato de CSP-SP) en su artículo 11 (precepto inspirado en el concepto europeo de CPP antes examinado, y concretamente en la figura de la *Private Finance Initiative* —PFI— del Reino Unido)¹². Dicho precepto se mantiene en los mismos términos en el artículo 11 del TRLCSP. El contrato de CSP-SP no ha desplazado al contrato de concesión de obra pública como principal tipo contractual para formalizar CPP en España.

Para delimitar el contrato de CSP-SP, sin ánimo de ser exhaustivos, cabe destacar cuatro aspectos: su objeto, su financiación, la distribución del riesgo y su carácter subsidiario. En cuanto al objeto, el contrato de CSP-SP está concebido para la realización de una actuación global e integrada, en los términos previstos en el artículo 11.1 TRLCSP (que puede incluir, además de la financiación de las inversiones, también la construcción, mantenimiento y explotación de la obra, entre otras posibles prestaciones). La doctrina ha señalado que si bien con ca-

¹¹ Véase también, en este sentido, Comisión Europea (2000), *Comunicación interpretativa sobre las concesiones en Derecho comunitario* (Diario Oficial C-121, de 29 de abril de 2000).

¹² Este precepto fue modificado por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (Disposición Final Decimosexta), que se limitó a ampliar el concepto de «sector público», englobando en el mismo no solo las Administraciones públicas, sino también las «Entidades públicas empresariales u organismos similares de las Comunidades Autónomas». Esta reforma asimila el ámbito subjetivo de la Ley de Contratos al de otras leyes relacionadas, como las leyes en materia de Estabilidad Presupuestaria (en concreto, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, actualmente derogado por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que regula este concepto amplio de «sector público» en su artículo 2), y, en última instancia, al ámbito subjetivo establecido en la normativa europea (enumerado en el artículo 2 del Protocolo núm. 12, sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, cuyos conceptos se definen a través del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales —SEC—).

rácter general el contrato de CSP-SP tiene un objeto más amplio, en ocasiones puede resultar imposible distinguir su objeto del objeto propio del contrato de concesión de obra pública y del contrato de gestión de servicio público (arts. 7 y 8 TRLCSP)¹³, puesto que a través de estos contratos también se efectúa la gestión integral de infraestructuras (sanitarias; educativas; de transporte; etc.)¹⁴ y ¹⁵. El contrato de CSP-SP puede resultar el idóneo cuando la obra o servicio no sea susceptible de explotación económica¹⁶, o bien cuando el objeto sea especialmente amplio o indeterminado, como veremos más adelante.

En cuanto a las posibilidades de financiación, el contrato de CSP-SP (art. 11.4 TRLCSP) tampoco introduce novedades significativas respecto del contrato de concesión de obra pública; puesto que, como hemos visto, este último puede financiarse mayoritariamente, bien mediante el pago de cánones o tarifas por los usuarios, bien a través de pagos de la Administración.

En tercer lugar, tal como están configurados tanto el contrato de concesión como el contrato de CSP-SP, este último parece ser más idóneo para establecer mecanismos de reparto del riesgo entre el sector público y el sector privado. Ello sin desconocer que a través del contrato de concesión de obra pública ya se han introducido sistemas de re-

¹³ Vid. Carmen CHINCHILLA MARÍN (2006), «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 132, págs. 609-644, en particular pág. 626; y Carmen CHINCHILLA MARÍN (2009), «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)», en J. COLÁS TENAS y M. MEDINA GUERRERO (Coords.), *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institución Fernando el Católico (Cátedra Royo Villanova), págs. 453-487, en particular pág. 458.

¹⁴ A modo de ejemplo, este es el caso de ocho hospitales públicos en la Comunidad Autónoma de Madrid, realizados mediante el contrato de concesión de obra pública —modelo Majadahonda— y mediante el contrato de gestión del servicio público, en la modalidad de concesión administrativa —modelo Valdemoro—, en desarrollo del Plan de Infraestructuras Sanitarias de la Comunidad de Madrid 2004-2011.

¹⁵ Para RAMALLO, la esencia de los contratos de CPP «no se aparta del tradicional contrato de concesión (...). Es cierto que se combinan distintos aspectos, aunque no hagan variar la naturaleza de la relación concesional. Así, los principales elementos que se combinan son: a) por el objeto, la concesión de obras y/o servicios (actuación global); b) concesión por un largo periodo de tiempo; c) reparto de riesgos entre concedente y concesionario; d) las diferentes formas de financiar el objeto de la concesión». Vid. Juan RAMALLO MASSANET (2007), «El control externo en las nuevas formas de colaboración público-privada», *Revista Española de Control Externo*, vol. 9, núm. 26, págs. 13 a 34, en particular pág. 28.

¹⁶ Para algunos autores, a nivel de objeto del contrato, una diferencia entre el contrato de concesión, ya sea de obras o de servicios, y el contrato de CSP-SP es que en el primero la «explotabilidad» de la obra es una condición indispensable, mientras que en el segundo no. Vid. Carmen CHINCHILLA MARÍN (2006: 626). Véase también María Teresa BRUNETE DE LA LLAVE (2009), *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, Madrid, La Ley, págs. 587 y ss.

Sobre la distinción entre el contrato de CSP-SP y el contrato de concesión, véase también Miguel A. BERNAL BLAY (2010), *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas «paraconcesionales»*, Navarra, Civitas, págs. 234 a 239.

parto del riesgo¹⁷ y ¹⁸. Como veremos más adelante, a efectos jurídico-financieros resulta indiferente que la CPP se articule a través de un contrato de concesión de obras públicas o de un contrato de CSP-SP. De hecho, muchos de los contratos españoles examinados por Eurostat para determinar sus consecuencias a efectos de endeudamiento público son contratos de concesión.

En cuarto y último lugar, una diferenciación importante del contrato de CSP-SP respecto de otras alternativas de contratación es su carácter subsidiario (art. 11.2 TRLCSP)¹⁹, que se justifica por la doctrina

¹⁷ Sobre el principio del riesgo y ventura en el contrato administrativo y sus particularidades respecto de la doctrina común de los riesgos en Derecho civil, véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (1950), «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 2, págs. 83 a 108, págs. 92 y 97. De la flexibilización del riesgo y ventura en el contrato administrativo nace el reconocimiento del derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico o la equivalencia de las prestaciones. Vid. José Luis VILLAR EZCURRA (2002), «El equilibrio económico en las concesiones de obras públicas», *Revista de Obras Públicas*, núm. 3425, págs. 71 a 75, pág. 72. En nuestro ordenamiento, la Ley 13/2003 supuso importantes alteraciones en el riesgo concesional, mediante la introducción de supuestos de restablecimiento del equilibrio económico y la opción de financiación pública junto a la financiación privada. Estas alteraciones del riesgo concesional deberán tenerse en cuenta a la hora de analizar la distribución de los riesgos en los contratos de CPP para determinar sus efectos en los niveles de déficit y deuda públicos.

¹⁸ Tal como advirtió el Dictamen del Consejo de Estado núm. 3375/2001 al Anteproyecto de Ley reguladora de la concesión de obras públicas (Ley 13/2003), determinadas prevenciones, «como las referidas a las ayudas de la Administración en la ejecución de la obra... y las excepciones al principio de riesgo y ventura por causa de fuerza mayor... desvirtúan en buena medida los perfiles legales que definen la institución concesional». Efectivamente, la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, introdujo cláusulas de moderación del riesgo concesional, a pesar de ser consciente de la repercusión que estas pueden tener para determinar la naturaleza del contrato, tal como había señalado la Comisión en su Comunicación interpretativa 2000/C 121/02 (vid. *supra*, nota 11, pág. 441). Esta Comunicación constata que, con independencia de la regulación de la concesión por los Estados miembros, «habrá que examinar caso por caso, teniendo en cuenta diferentes elementos como el objeto, duración e importe del contrato, la capacidad económica y financiera del concesionario y cualquier otro elemento que permita determinar que el concesionario asume realmente el riesgo». En este sentido, la Comisión apunta distintos casos en los que, al faltar la asunción del riesgo por el contratista (por ejemplo, porque el concesionario reciba directa o indirectamente una remuneración distinta de la correspondiente a la explotación), el contrato debe calificarse como contrato de obras y no como concesión. Vemos, por tanto, que la Comisión, ya en el año 2000 y respecto del contrato de concesión, introdujo unos parámetros para el examen de la distribución de los riesgos que guardan importantes similitudes con los criterios que, posteriormente, se aplicarían en el análisis de los contratos de CPP.

¹⁹ Así sucede respecto de contratos análogos previstos en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, siendo un caso paradigmático el del contrato de *partenariat*, que constituye la figura contractual de CPP por excelencia en Francia (introducido por la Ordenanza 2004-559, de 17 de junio de 2004). De forma análoga al contrato de CSP-SP (art. 134 TRLCSP), en el contrato de *partenariat* es preceptiva una fase de análisis preliminar o evaluación previa, en la que deben constatar: de una parte, la urgencia o complejidad de la operación (vid. Decisión del *Conseil constitutionnel* francés núm. 2008-567 DC, de 24 de julio de 2008, FJ 8.º) y, de otra parte, la enunciación precisa, motivada y justificada analíticamente, de las razones que conducen a la elección del proyecto y a su formalización en un contrato de *partenariat*. Con la finalidad de permitir el uso más generalizado de este contrato, la Ley 2008-735, de 28 de julio de 2008, introdujo una tercera vía de acceso (junto a la complejidad o la urgencia): la eficiencia económica. En Francia, la ausencia de estos criterios justificativos ha determi-

debido al procedimiento de diálogo competitivo establecido obligatoriamente como mecanismo de adjudicación (art. 180.3 TRLCSP)²⁰.

En conclusión, dado que el contrato de concesión en España ya permitía la distribución del riesgo y la introducción de mecanismos de financiación equivalentes a los del modelo de «Iniciativa de Financiación Privada», entendemos que el nuevo contrato de CSP-SP puede resultar idóneo para diseñar el objeto del contrato mediante el procedimiento de diálogo competitivo²¹. En este punto consideramos justificada la cautela del legislador al configurar el carácter subsidiario del contrato de CSP-SP, puesto que distintos aspectos (como los largos períodos de licitación derivados del procedimiento de diálogo competitivo)²² pueden hacer que esta modalidad contractual resulte más cara que los contratos tradicionales de obras y servicios o los contratos de concesión²³.

nado en diversos supuestos la anulación jurisdiccional de estos contratos de CPP. En el año 2006 se presentó el primer recurso contra un contrato de *partenariat*, alegando la ausencia de justificación de la urgencia del proyecto para la construcción de un colegio en Villemandeur (le Loiret). Dicha operación fue anulada por el Tribunal Administrativo de Orléans, en sentencia de 29 de abril de 2008. Se trataba de la primera anulación jurisdiccional de un contrato de *partenariat* en Francia. Posteriormente, la legalidad de la operación fue reconocida en alzada por la Corte de Apelación de Nantes, por sentencia de 23 de enero de 2009, al interpretar de forma más flexible el requisito de la urgencia. Esta interpretación más laxa ha sido confirmada en casación por el *Conseil d'État* en su decisión de 23 de julio de 2010.

²⁰ Vid. Carmen CHINCHILLA MARÍN (2009: 461-462).

²¹ Así, la principal diferencia en este ámbito es la indeterminación del objeto que caracteriza a los contratos de CSP-SP. Los contratos de CSP-SP son especialmente adecuados para formalizar proyectos en los que sea necesaria la configuración del objeto conjuntamente entre el ente público y el ente privado, cuando aquel no se encuentra claramente definido de antemano [la doctrina ha descrito este contrato como un «modelo para armar»; vid. Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA (2006), «Contrato de colaboración público-privada», *RAP*, núm. 170, págs. 7 a 39, en particular pág. 22]. De este modo, a través del procedimiento de diálogo competitivo se pretende garantizar la idoneidad del objeto del contrato mediante la participación del ente público en la configuración de este.

²² Como se ha puesto de manifiesto en los contratos de *Private Finance Initiative* (en adelante, *PFI*) del Reino Unido, la existencia de complejos procesos de licitación es más lenta y costosa, hecho que supone una desventaja respecto de la licitación de las concesiones. El proceso para cerrar los proyectos de *PFI* puede durar hasta tres o cuatro años, lo que lo diferencia claramente de las concesiones españolas, donde la fase de licitación tiene una duración media de seis a ocho meses. El modelo concesional español ofrece, por tanto, un sistema de licitación relativamente sencillo, que promueve la celeridad —en detrimento, quizás, del diálogo entre las partes— y que puede resultar más eficiente, puesto que largas demoras incrementan sustancialmente el coste de la licitación para el ente privado, coste que, lógicamente, acabará repercutiendo al ente público en los costes generales del proyecto. Esta es una gran ventaja del modelo tradicional de CPP español (concesión) frente al británico; por ello, desde los ordenamientos jurídicos anglosajones se observa con interés el funcionamiento de las licitaciones en el modelo concesional español.

²³ BRUNETE se manifiesta crítica con el imperativo legal de adjudicar el contrato de CSP-SP a través del procedimiento de diálogo competitivo, con independencia de la complejidad de aquel. Obligatoriedad que no solo no se infiere de la Directiva 2004/18/CE, sino que incluso parece contraria a su espíritu, al configurar el diálogo competitivo como procedimiento residual (art. 29 de la Directiva). Vid. M.^a Teresa BRUNETE DE LA LLAVE (2009: 609).

2. Contexto de la colaboración público-privada: las restricciones europeas al déficit y endeudamiento públicos

Varios motivos condujeron a la Comisión Europea a tratar la CPP en 2004: por un lado, iniciar un debate sobre la aplicación del Derecho de la UE en materia de contratación pública y concesiones a la realidad de la CPP y, por otro lado, orientar a los Estados miembros sobre el tratamiento de la CPP en la contabilidad nacional. Es en relación con este segundo aspecto donde se inicia en 2004, por parte de Eurostat (Oficina Estadística de la UE)²⁴, el análisis de la distribución del riesgo, como elemento clave a efectos del impacto de la CPP en el déficit y la deuda públicos nacionales²⁵.

Ante las restricciones presupuestarias establecidas en el Derecho de la UE²⁶, se ha generalizado entre los Estados miembros (tanto los que forman parte de la UEM como los que aspiran a formar parte de ella) una «huida» del recurso al crédito que computa como endeudamiento público, a fin de cumplir con los parámetros fijados en materia de déficit y deuda públicos, determinados conceptualmente a través del Sistema Europeo de Cuentas, aprobado por Reglamento (CE) núm. 2223/96 del Consejo, de 25 de junio (SEC-95); que, a partir del 1 de septiembre de 2014, será sustituido por el nuevo Sistema Europeo de

²⁴ Eurostat (2004), *Decision of Eurostat on deficit and debt. Treatment of public-private partnerships*, núm. 18/2004, de 11 de febrero de 2004.

²⁵ Esta Decisión de Eurostat (véase nota anterior) se adoptó previa consulta del *Committee on Monetary, Financial and Balance of Payments Statistics* (CMFB) a las autoridades estadísticas nacionales, a los bancos centrales nacionales de los Estados miembros y al Banco Central Europeo (BCE), mediante la remisión de un cuestionario con preguntas. En este caso, el cuestionario fue resuelto en plazo por trece bancos centrales nacionales y catorce instituciones estadísticas nacionales de los Estados miembros, así como por el BCE.

²⁶ En el marco de lo dispuesto en el artículo 104-C del Tratado de la Unión Europea (TUE) de 1992 (actual art. 126.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE de 2007), se inició un proceso, a nivel europeo y nacional, tendente a la contención del déficit y el endeudamiento públicos por parte de los Estados miembros. Conforme a esta normativa europea, los Estados que aspiraban a ser miembros de la Unión Económica y Monetaria (UEM) debían cumplir cuatro criterios de convergencia (art. 109-J, apartado 1, del TUE), de los cuales uno de ellos exigía que las *finanzas públicas* se encontrasen en una *situación sostenible*. Este criterio se entendía cumplido cuando el Estado miembro no superaba las limitaciones relativas al déficit y a la deuda públicos recogidas en el artículo 104-C del TUE, antes citado. Los valores de referencia a estos efectos se concretaron en el artículo 1 del Protocolo núm. 12, sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anejo al Tratado, según el cual los Estados debían poseer un déficit no superior al 3% del PIB y una deuda pública no superior al 60% del PIB. Estos criterios de disciplina presupuestaria no constituyen un mero peaje de acceso, sino que los Estados miembros deben cumplirlos con posterioridad al período de incorporación. Las directrices del Tratado en esta materia fueron desarrolladas mediante la aprobación en 1997 del Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la UE (PEC) y de los denominados Reglamentos de supervisión (Reglamento núm. 1466/1997) y del procedimiento de déficit excesivo (Reglamento núm. 1467/1997), ambos reformados en 2005 y 2011.

Cuentas (SEC-2010), aprobado por Reglamento (UE) núm. 549/2013, de 21 de mayo²⁷.

En este contexto, la CPP se presenta como una alternativa al endeudamiento público tradicional, permitiendo financiar obras y servicios públicos mediante fórmulas que no incrementan los niveles actuales de déficit y deuda públicos; para ello será necesario que en la CPP se establezca una determinada distribución de los riesgos, tal como analizaremos en este trabajo²⁸.

Es inequívoca la apuesta de la Comisión por procurar un marco europeo favorable a los proyectos de CPP²⁹. Ahora bien, por lo que respecta a la distribución de los riesgos, cuestión clave en la preparación de los proyectos de CPP, la Comisión ha insistido en dos aspectos fundamentales: la necesidad de optimizar la transferencia de riesgos al sector privado, garantizando que el sector público obtenga el mejor valor posible por su inversión (*Best Value for Money*); y la constatación de que para que la CPP tenga éxito, puesto que los riesgos se comparten, también deben compartirse los beneficios.

II. DETERMINACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS EN LOS CONTRATOS DE CPP

1. *La clasificación de los riesgos en los contratos de CPP en el Derecho europeo*

A efectos de déficit y deuda públicos, como señala Eurostat en su Decisión de 2004, el análisis de los riesgos que soportan, respectiva-

²⁷ Los Estados miembros deben utilizar el Sistema Europeo de Cuentas (SEC) para elaborar y presentar todas las previsiones y documentación requeridas por las instituciones europeas en materia de disciplina presupuestaria. De igual forma, en aplicación de los mandatos europeos, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, configura el sector público, y los criterios de déficit y deuda públicos, de acuerdo con la delimitación del SEC. A partir de septiembre de 2014 será aplicable el SEC-2010 a los datos transmitidos por los Estados miembros a las instituciones europeas. En nuestra exposición destacaremos los principales cambios introducidos en materia de CPP en el SEC-2010.

²⁸ Debe aclararse que si bien el total de la inversión no computará en los niveles actuales de déficit y deuda públicos en términos de SEC, a nivel presupuestario el gasto derivado de la CPP sí incrementará el gasto público. Concretamente, los pagos que efectúe el ente público al ente privado serán gasto corriente a lo largo de los diversos ejercicios presupuestarios en los que se ejecute la CPP (durante el período de explotación).

²⁹ Vid. Comisión Europea (2009), *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones - 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, de 19 de noviembre de 2009.

mente, el ente público y el ente privado «*constituye el elemento clave de la evaluación de un proyecto de colaboración público-privada, en lo que concierne a la clasificación de los activos implicados en el contrato, a fin de asegurar la correcta contabilización del impacto sobre el déficit público*»³⁰.

En principio, para que los activos vinculados a una operación de CPP se consideren como activos privados, y por tanto no incrementen los niveles de déficit y deuda públicos³¹, el SEC-95 establece que el ente público debe transferir «*todos los riesgos*» al ente privado³². Ahora bien, la práctica ha puesto de manifiesto que en las CPP se produce un reparto de los riesgos entre ambos sectores, público y privado, siendo usual que el ente público asuma determinados riesgos³³. De hecho, el SEC-2010 establece que, para determinar la naturaleza pública o privada de los activos derivados de la CPP, es preciso averiguar quién asume «*la mayor parte de los riesgos*» (SEC-2010, apartado 20.283). Por ello, se deberá analizar caso por caso el reparto de los riesgos en cada contrato de CPP³⁴.

A estos efectos, la Comisión Europea y Eurostat seleccionaron inicialmente tres categorías principales de riesgos: el riesgo de construcción, el riesgo de demanda y el riesgo de disponibilidad. Según la Decisión de Eurostat de 11 de febrero de 2004, para que los activos vinculados a una operación de CPP se consideren como activos no públicos es necesario que se reúnan las dos condiciones siguientes: 1.^a) que el socio privado soporte en todo caso el riesgo de construcción; y 2.^a) que el socio privado soporte al menos uno de los otros dos riesgos: el riesgo de demanda o el riesgo de disponibilidad.

Ahora bien, Eurostat matizaba las anteriores afirmaciones señalando que «*en la práctica, pueden observarse numerosos riesgos en estos acuerdos. Además, la redacción utilizada puede ser diversa y conducir a confusión*». Por ello reconocía que, a los efectos de su Decisión sobre

³⁰ Vid. Eurostat (2004) y Comisión Europea (2004: párrafo 5).

³¹ Cuando un activo se califica como público debe registrarse en el balance público (en el SEC, sector 13: «Administraciones públicas») como formación bruta de capital fijo (gasto de inversión, bajo la categoría P.51), incrementando el nivel de déficit público. Asimismo, la operación genera un activo financiero, ya que los pagos regulares que el ente público realiza al ente privado se consideran el reembolso de un préstamo imputado (AF.4), incrementando así el nivel de deuda pública.

³² Reglamento (CE) núm. 2223/96 del Consejo, de 25 de junio (SEC-95), Anexo II, párrafo 4.

³³ Por ejemplo, en la práctica es usual que el ente público asuma los riesgos derivados de circunstancias excepcionales, o los riesgos derivados de acciones llevadas a cabo por el propio Gobierno que alteren las condiciones bajo las cuales se lleva cabo la actividad y que habían sido acordadas previamente. Vid. Eurostat (2013: 274, apartado 30).

³⁴ Como veremos en el examen de los casos específicos, Eurostat es especialmente estricto en este análisis y califica como públicos activos respecto de los cuales el ente privado asume gran parte de los riesgos. Vid. *infra*, apartado III.2 de este trabajo.

el tratamiento de la CPP en las cuentas públicas, solamente había seleccionado tres categorías principales de riesgos «genéricos». Es decir, los posibles riesgos de una operación de CPP no se agotan en esta clasificación tripartita de Eurostat³⁵. De hecho, la *National Audit Office* del Reino Unido (en adelante, *NAO*), en relación con el contrato de *PFI*, ya había detectado la existencia de otros riesgos. Estos son: en primer lugar, el riesgo del valor residual (*Residual value risk*), que comprende los riesgos derivados de hacerse cargo del activo una vez finalizado el contrato de *PFI*. Este riesgo se encuentra estrechamente vinculado a las posibilidades que presenta el activo de ser utilizado para el propósito para el cual se creó, o bien de asumir otras funciones. En segundo lugar, el riesgo tecnológico (*Technology/obsolescence risk*), asociado con los proyectos que poseen un alto nivel tecnológico o que dependen de un equipamiento muy específico. Y, por último, la *NAO* señalaba la existencia de un riesgo de regulación (*Regulation risk*) o, concretamente, de modificación de la ley aplicable³⁶.

En la actualidad, el SEC-2010, en su apartado 20.283, establece que deben evaluarse cinco tipos de riesgos. Junto a los tres riesgos tradicionales (el riesgo de construcción, el riesgo de demanda y el riesgo de disponibilidad), deben tomarse en consideración también el riesgo del valor residual y el riesgo de obsolescencia.

No solo resulta difícil identificar todos los riesgos existentes en una operación de CPP, sino también delimitar el contenido de cada una de las categorías de riesgos. A continuación analizaremos el contenido de las cuatro categorías genéricas de riesgos seleccionadas por Eurostat:

1) *El riesgo de construcción*: Desde una perspectiva temporal, por lo que respecta a las fases del proyecto de CPP, el riesgo de construcción abarca todos aquellos riesgos relacionados con la fase inicial del activo. El riesgo de construcción comprende especialmente circunstan-

³⁵ Como apunta ESTEVE, «el riesgo tiene una configuración muy diferente a la del daño, sobre todo en lo que a posibilidades de conocimiento se refiere, pues así como el daño se percibe con un conocimiento medio y por ello resulta accesible al jurista —al que sólo pueden escapar ciertos aspectos como pueda ser su cuantificación—, el gran problema del riesgo es su certidumbre: su presencia —y no digamos ya la valoración de su potencialidad y alcance— resulta en muchos casos sólo perceptible a través de un conocimiento técnico especializado del que carece el operador jurídico». Vid. José ESTEVE PARDO (1999), *Técnica, riesgo y Derecho*, Barcelona, Ariel Derecho, pág. 81.

³⁶ Dentro de este «riesgo de regulación» puede distinguirse, según el tipo de modificación legislativa, entre cambios discriminatorios o específicos (que son aquellos que afectan al concreto proyecto o contratante privado, pero no a proyectos similares o a otras personas) y cambios generales de la normativa (toda modificación que no sea considerada discriminatoria o específica). Esta distinción tiene importancia, como veremos, por lo que respecta a la distribución del «riesgo de regulación»; puesto que, con carácter general, este riesgo será asumido por el ente privado, salvo en aquellos casos en los que la modificación sea discriminatoria o específica.

cias como: una posible entrega tardía; la falta de cumplimiento de los estándares establecidos; unos costes adicionales significativos; deficiencias técnicas; e incluso efectos externos negativos (incluyendo riesgo medioambiental) que impliquen el pago de compensaciones a terceros³⁷ y ³⁸. Dada la amplitud de esta categoría de riesgos, la doctrina francesa, respecto del contrato de *partenariat*, distingue dos tipos de riesgos en la fase inicial del proyecto: los riesgos de concepción y los riesgos de construcción³⁹. Por último, tal como indica Eurostat, el riesgo de construcción puede ser más significativo en aquellos proyectos de CPP que impliquen importantes niveles de investigación y desarrollo o de innovación técnica; y, con carácter general, será más limitado en el caso de estructuras convencionales⁴⁰.

2) *El riesgo de disponibilidad*: Eurostat aplica esta segunda categoría de riesgos a los supuestos en que el socio privado no puede entregar el volumen convenido contractualmente o responder a las normas de seguridad o de certificación públicas vinculadas a la obra o

³⁷ Esta aproximación al «riesgo de construcción» que recogió Eurostat en su Decisión de 11 de febrero de 2004 ha sido generalmente aceptada por la doctrina. Vid. P. ROUGEMONT (2008), «Accounting for PPPs: The Eurostat Approach», en AA.VV., *Public Investment and Public-Private Partnerships. Addressing Infrastructure Challenges and Managing Fiscal Risk*, Gran Bretaña, Ed. Palgrave Macmillan, IMF, págs. 262 y ss.

³⁸ Esta categoría ha sido configurada de forma amplia por parte de Eurostat, siendo múltiples las causas que en la práctica pueden generar este tipo de riesgos, como, por ejemplo, fallos en el diseño de la obra; retrasos en su ejecución por causas de fuerza mayor; dificultades para la obtención de permisos o licencias administrativos; incapacidad de continuar la obra por motivos técnicos; etc. Entre estos riesgos también debe incluirse el riesgo derivado de los defectos latentes que posean los activos que el ente público transfiera al contratante privado (p. ej., el terreno en el cual debe llevarse a cabo la infraestructura); así como el «riesgo de financiación», en tanto en cuanto la ausencia de una financiación adecuada comportará que el activo no pueda ser creado, o que no pueda ser creado bajo los estándares requeridos. Vid. Eurostat (2013), *Manual del SEC-95*, Parte VI.5.4.2, apartado 78, pág. 280. Finalmente, el SEC-2010, en su apartado 20.283, letra a), indica que el riesgo de construcción 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».

³⁹ Siguiendo en esta materia a BERGÈRE, BEZANÇON, DERY, FISZELSON y FORNACCIARI, los «riesgos de concepción» de la obra comprenderían el fallo en la concepción; la optimización insuficiente; la modificación del proyecto; el retraso en la puesta a punto del proyecto; los resultados de la consulta a los usuarios; el grado de fiabilidad de las técnicas utilizadas; o la incapacidad para construir siguiendo el pliego de condiciones generales, entre otros. Por su parte, los «riesgos de construcción» pueden darse por distintos motivos: aparición de costes adicionales, de defectos o de deficiencias en la seguridad; riesgos arqueológicos, geológicos o meteorológicos; retraso en el acceso al lugar y/o a los terrenos adyacentes, en la puesta a disposición de canteras o de descargas o en la entrega; aparición de vicios ocultos; denuncias de terceros (por ruidos, polvo, afectación en la circulación...); problemas con la recepción de la obra construida; fallos del constructor o de los prestamistas; o rechazo de la aceptación, total o parcial, de las obras por parte del ente público. Véase François BERGÈRE, Xavier BEZANÇON, Laurent DERUY, Roger FISZELSON y Marc FORNACCIARI (2007), *Le guide opérationnel des PPP*, Editions Le Moniteur, págs. 215 a 220.

⁴⁰ Vid. Eurostat (2013: 281, apartado 79).

servicio dirigido a los usuarios finales, tal como se especifica en el contrato. Esta categoría se aplica igualmente cuando el socio privado no alcanza los estándares de calidad fijados en el contrato, como resultado de una evidente falta de ejecución por su parte⁴¹. Por tanto, el riesgo de disponibilidad hace referencia a todos los problemas que pueden surgir en la fase de explotación y mantenimiento de la infraestructura o servicio. Así pues, se trata también de una categoría muy amplia, referida a un período de tiempo muy extenso⁴².

Para que pueda garantizarse y controlarse el riesgo de disponibilidad, por un lado, hay que fijar un número elevado de estándares de calidad en el contrato⁴³. Por otro lado, hay que asegurar que el incumplimiento de estos estándares de calidad comporte una clara disminución del pago final que efectúa la Administración; pues de lo contrario el ente privado tendrá nulos o escasos incentivos para el cumplimiento de los estándares de calidad. Por ello, a veces puede ser necesario realizar un análisis de sensibilidad que demuestre que, bajo determinadas circunstancias, la remuneración del ente privado se resiente lo suficientemente como para interpretar que existe este riesgo de disponibilidad⁴⁴.

3) *El riesgo de demanda*: Según Eurostat⁴⁵, este riesgo cubre la variabilidad de la demanda (mayor o menor que la esperada cuando el

⁴¹ Decisión de Eurostat de 11 de febrero de 2004. En la actualidad, el SEC-2010, en su apartado 20.283, letra b), indica que el riesgo de disponibilidad 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».

⁴² En esta categoría del riesgo de disponibilidad entendemos que quedan incluidos todos los riesgos que la doctrina francesa considera «riesgos de explotación o mantenimiento», los cuales hacen referencia a problemas del socio privado o de sus subcontratantes en la explotación y/o el mantenimiento de la obra; a la puesta en práctica de las garantías bianuales y/o decenales; a la aparición de huelgas y/o desórdenes sociales; a la disfunción o indisponibilidad de las obras o equipamientos; a las erróneas estimaciones de los ingresos aneños; o a los costes de explotación o mantenimiento superiores a los previstos, entre otros. Vid. F. BERGÈRE *et. al.* (2007: 215 a 220).

⁴³ Por ejemplo, en el caso de infraestructuras de transporte, en la práctica cabe fijar más de cuarenta indicadores, que pueden ir desde la regularidad de la vía; número de carriles disponibles en las autopistas; accidentalidad; demoras; limpieza, e incluso encuestas de satisfacción a los usuarios. En otros proyectos de CPP, los indicadores pueden ser, por ejemplo, el número de camas disponibles en un hospital; de plazas en una prisión; de aulas disponibles en una escuela; etc.

⁴⁴ Esta cuestión fue apuntada por Gerardo Gavilanes, Director de la División de Asesoría Económica del Ministerio de Fomento, en su conferencia impartida en el Instituto de Estudios Fiscales el 22 de octubre de 2009. Véase también Gerardo L. GAVILANES GINERES (2002), «Presente y futuro de la colaboración público-privada en España», *Revista de Obras Públicas*, núm. 3425 (extraordinario dedicado a «El nuevo sistema concesional. Consideraciones sobre el proyecto de ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas»), págs. 213 a 222.

⁴⁵ Decisión de Eurostat de 11 de febrero de 2004. Actualmente, el SEC-2010, en su apartado 20.283, letra c), establece que el riesgo de demanda incluye «la posibilidad de que la demanda de los servicios sea mayor o menor de la esperada».

contrato fue suscrito) cuando esta no sea imputable al comportamiento (gestión) del ente privado. El riesgo de demanda no debería cubrir cambios en la demanda que resulten de una calidad inadecuada o baja de los servicios provistos por el socio privado, o de cualquier acción que modifique la cantidad/calidad de los servicios suministrados. Por el contrario, este riesgo cubre cambios en la demanda derivados de otros factores, tales como el ciclo económico, las nuevas tendencias del mercado, la competencia directa o la obsolescencia tecnológica⁴⁶.

Este riesgo puede ser controlado por el ente público cuando la retribución del socio privado se realiza total o parcialmente mediante el pago de un canon o tarifa por el usuario de la obra o servicio, puesto que en estos casos el precio al que debe hacer frente el usuario controla la demanda. Por el contrario, cuando la retribución del derecho de explotación proviene únicamente del ente público (mediante un «peaje en sombra»), la desventaja es que el precio no regula la demanda, pudiendo resultar una infraestructura especialmente costosa para el ente público (los usuarios, al no pagar un canon o tarifa, no tienen incentivos para realizar un uso moderado de la infraestructura o servicio).

Ahora bien, respecto de aquellas infraestructuras que ya están en funcionamiento (*brownfields*) la existencia de este riesgo es relativa, puesto que tanto el ente público como el ente privado conocen de forma aproximada cuál va a seguir siendo el nivel de demanda de la obra o servicio. Este fue el caso, en España, del plan de mejora de las denominadas «autovías de primera generación», financiado mediante el sistema de «peaje en sombra», en las cuales el tráfico era conocido y se mantuvo en niveles más o menos estables.

En estos supuestos, en los que el riesgo de demanda no existe o es relativo, deberá acentuarse la importancia específica del riesgo de disponibilidad. Es decir, en los contratos de CPP referidos a infraestructuras en funcionamiento, para que exista, en criterios de Eurostat, una transferencia del riesgo al ente privado, se deberán fijar numerosos estándares de calidad, y vincular el mecanismo de pago del ente privado, de una forma directa e importante, no a la demanda, sino al cumplimiento de dichos estándares de calidad⁴⁷.

⁴⁶ El riesgo de demanda no se toma en consideración en los contratos de CPP en los que el usuario final no puede decidir sobre el uso de la infraestructura y/o servicio; por ejemplo, prisiones, hospitales, escuelas. Sí se aplicará en caso de infraestructuras de transporte.

⁴⁷ Realmente, lo que se suele configurar es un sistema mixto de retribución, por el que el socio privado obtendrá una determinada cantidad en función del uso de la obra o servicio (criterio de demanda), pero ese importe se ajustará en función del cumplimiento de los estándares de calidad fijados, lo que se traducirá en que el pago final de la Administración será mayor o menor en función de la calidad con la que se preste el servicio (criterio de disponibilidad).

Hay que recordar, como señalamos al referirnos al riesgo de disponibilidad, que si la retribución del socio privado no resulta significativamente afectada por el incumplimiento de los estándares de calidad fijados, dicho riesgo podrá considerarse inexistente (el ente privado tendrá escasos incentivos para invertir en mejoras del nivel de calidad, puesto que dicha inversión no será rentable en términos económicos).

4) *El riesgo del valor residual y el riesgo de obsolescencia*: Por último, el SEC-2010, en su apartado 20.283, letra d), establece que deben evaluarse estos dos riesgos: «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».

2. *La distribución de los riesgos en los contratos de CPP*

La Comisión Europea señala que toda operación de CPP se caracteriza por «*el reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público*»⁴⁸.

Ahora bien, aunque la CPP se quiere presentar como un mecanismo que permite una traslación de riesgos del sector público al sector privado, la propia Comisión es consciente de que la realidad práctica de estos contratos y su flexibilidad admiten operaciones en las que la transferencia de riesgos es mínima. Por ello, la Comisión matiza su primera afirmación terminante sobre la transferencia de riesgos al ente privado, señalando que: «*No obstante, las operaciones de CPP no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos. El reparto preciso de los riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos*».

Nótese que la configuración de la distribución de los riesgos en las operaciones de CPP acaba siendo, en última instancia, una cuestión casuística.

La distribución del riesgo depende, según la Comisión, de la respectiva capacidad del ente público y del ente privado para evaluar los riesgos, controlarlos y gestionarlos⁴⁹. Para examinar la distribución de

⁴⁸ Comisión Europea (2004: párrafo 2).

⁴⁹ También en la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario (2000/C 121/02), en la que se afirma que tanto el riesgo de construcción como los riesgos inherentes a la explotación son asumidos por el concesionario, la Comisión acaba señalando que «*el reparto de los riesgos entre concedente y concesionario se efectúa en cada caso en función de las respectivas aptitudes para gestionar de manera más eficaz los riesgos en cuestión*».

los riesgos efectuada en cada caso, hay que analizar necesariamente los pliegos de los contratos.

Esta situación no está exenta de controversia, puesto que, por un lado, no hay «modelos cerrados» de distribución de riesgos (cabén múltiples combinaciones) y, por otro lado, en los pliegos de los contratos pueden esconderse cláusulas que alteren la distribución de riesgos inicialmente fijada. La cuestión que se plantea es: ¿cuándo se puede afirmar que una de las partes en una operación de CPP asume el riesgo? Siguiendo a Eurostat, «soportar un riesgo por una de las partes significa que dicha parte asume la mayoría del riesgo»⁵⁰. Por tanto, Eurostat está dando por supuesto que cabe compartir un mismo riesgo y, de hecho, en la práctica esto sucede en múltiples ocasiones.

Por último, hay que apuntar que el objetivo para el ente público es alcanzar aquel reparto de riesgos con el sector privado que reporte al proyecto una mayor eficiencia (*Best Value for Money*). Obtener la mayor eficiencia no exige en todo caso transferir todos los riesgos al ente privado, pues es posible que la asunción por parte del ente público de determinados riesgos sea relativamente sencilla y comporte una disminución sustancial del precio del proyecto al que debe hacer frente el ente público⁵¹.

A continuación analizaremos cómo se pueden distribuir los tres riesgos genéricos apuntados por Eurostat en las operaciones de CPP.

A) *Asunción del riesgo de construcción*

El riesgo de construcción será asumido por el ente privado cuando el diseño, la construcción, la integración, la instalación o las pruebas que se lleven a cabo para dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el contrato sean responsabilidad del ente privado⁵².

⁵⁰ Decisión de Eurostat de 11 de febrero de 2004.

⁵¹ El Ministerio de Economía y Finanzas del Reino Unido (*Her Majesty's Treasury*; en adelante, *HM Treasury*) elaboró ya en 2004 un documento (*Value for Money Guidance*) con el objetivo de asesorar al contratante público sobre la idoneidad de realizar los contratos de *Private Finance Initiative* (PFI). Este documento señala los factores que deben ser valorados para determinar si un contrato de PFI constituye la mejor opción bajo el principio *Best Value for Money*. El concepto de *Best Value for Money* se define como la combinación óptima de los costes globales (a lo largo de toda la vida de un activo) y la calidad. Por tanto, *Best Value for Money* no significa, siempre, optar por los bienes y los servicios con menor coste posible. Para llevar a cabo una correcta valoración sobre la mejor opción, bajo el principio *Best Value for Money*, es necesario establecer los factores a tener en cuenta ya en las fases iniciales de la contratación.

⁵² Así es señalado por el *HM Treasury* británico. Vid. *HM Treasury* (2007), *Standardisation of PFI Contracts*, pág. 17. Ahora bien, el hecho de que el contratante privado asuma el riesgo de construcción no es óbice para que pueda someter el diseño, o ciertos datos, al ente público o sus representantes, para que valoren su adecuación o puedan introducir cambios menores en el proyecto que no tengan impacto o coste económico.

Para que el ente público no asuma la mayor parte del riesgo de la operación de CPP, el ente privado deberá soportar el riesgo de construcción, siendo por completo responsabilidad del contratante privado que el diseño y el desarrollo operacional llevados a cabo satisfagan las exigencias del ente público⁵³.

En este punto debe señalarse que, generalmente, el contratista privado presenta su oferta sobre datos proporcionados por la Administración. Si la información sobre la que el contratante privado funda su propuesta acaba siendo incorrecta, las cláusulas del contrato deberían determinar quién asume el riesgo. Al respecto, en la práctica de los contratos de CPP en el Reino Unido, en la mayoría de casos el ente público transfiere al contratante privado la totalidad de la responsabilidad de verificar dicha información⁵⁴.

En cuanto a la distribución de los riesgos de construcción, Eurostat señala, en su Decisión de 11 de febrero de 2004, que «*la obligación del Estado de comenzar a efectuar pagos regulares al socio privado sin tener en cuenta el estado efectivo de los activos, sería la evidencia de que el Estado soporta la mayoría de los riesgos de construcción*». Según esto, si el ente público realiza pagos antes de que la obra esté finalizada y comience el período de explotación, el riesgo de construcción en principio es soportado por el ente público. Lo mismo sucederá si el ente público asume sistemáticamente todos los costes adicionales que se generen en la fase de construcción, con independencia de su justificación⁵⁵. Ahora bien, la determinación del momento en que deben iniciarse los pagos, o, lo que es lo mismo, del momento en que acaba la fase de construcción, no es tan sencilla como pudiera parecer. En un proyecto de nueva ejecución (*greenfield*) es relativamente fácil deter-

⁵³ Para que el ente público no asuma el riesgo de construcción es necesario que antes de firmar el contrato se asegure de que este recoge claramente los requisitos necesarios, y que la propuesta presentada por el contratante privado —que debe incluir un diseño básico— será capaz de dar cumplimiento a su demanda, una vez esté plenamente desarrollada e implementada. De forma que antes de que se inicie la explotación de la infraestructura o la prestación del servicio, el contratante privado ha de ser capaz de demostrar que el trabajo llevado a cabo cumple las especificaciones establecidas en el contrato.

⁵⁴ El contratante tiende a aceptar este riesgo en los casos en los que la diligencia debida que debe prestar para verificar la información es relativamente pequeña en relación al conjunto del proyecto. Por el contrario, el ente privado será reacio a asumir este riesgo cuando la verificación de la información comporte un elevado nivel de diligencia debida, o cuando la Administración sea la única fuente de información, no existiendo otra forma de contrastar su veracidad. Si el contratante privado hace frente al riesgo de una información inexacta, es lógico que el precio refleje el nivel de riesgo contraído.

El ente público tendrá que ser especialmente cuidadoso en cuanto a la información que transmite en la fase de construcción al ente privado. Si el ente público garantiza que toda la información en la que el ente privado fundamenta su propuesta es veraz, estará asumiendo la mayor parte del riesgo de construcción. Esta situación se verá matizada si el ente público es el único proveedor posible de información. *Vid.* HM Treasury (2007: 45).

⁵⁵ *Vid.* Eurostat (2013: 280 y 281, apartado 78).

minar en qué momento finaliza el período de construcción y se inicia el período de ejecución. Sin embargo, en los proyectos de mejora o ampliación de una infraestructura ya existente (*brownfields*) resulta difícil diferenciar con claridad la fase de construcción del activo de la fase de puesta en funcionamiento⁵⁶ (este fue el caso de las PFI llevadas a cabo para la mejora del Metro de Londres⁵⁷).

Para evitar la problemática generada por los posibles pagos anticipados y la correspondiente asunción del riesgo de construcción por parte del ente público, es aconsejable que la operación de CPP sobre un activo ya existente (*brownfield*) se estructure en diferentes subfases o subproyectos, para poder identificar con mayor claridad la finalización e inicio de ejecución de cada una de ellas. Y en el supuesto de que la operación de CPP comporte realizar proyectos nuevos y, a su vez, el desarrollo de otros ya existentes, se aconseja al ente público que centre el mecanismo de pago en función de la consecución de los primeros, a pesar de que los activos existentes, en realidad, tengan mayor importancia desde una perspectiva operacional.

En definitiva, en la fase inicial, el ente público no debe hacer ningún tipo de contribución de capital, pues ello puede significar que asuma el riesgo del contratante privado. No obstante, es posible que en algunos proyectos el ente público quiera hacer una aportación al proyecto⁵⁸ o establecer alguna forma de cofinanciación de este (así lo

⁵⁶ Durante la fase de construcción (*construction or development phase*) el contratante lleva a cabo una obra nueva, o el desarrollo o mejora de una obra ya existente, y establece el procedimiento a seguir para llevar a cabo el servicio. En la fase de funcionamiento (*operational phase*), que es normalmente la más larga, el ente privado provee los servicios de soporte y mantenimiento del activo.

⁵⁷ Los proyectos de CPP llevados a cabo por el Metro de Londres (*London Underground*) constituyen tres de los proyectos más importantes, en función de su capital, suscritos en el Reino Unido. Estos proyectos de CPP se encuentran dentro de la categoría de «proyectos de desarrollo» (*brownfields*), y se espera que tengan una vigencia de treinta años. El Metro de Londres comenzó a hacer efectivos los pagos de una forma anticipada, una vez que la primera parte del activo estuvo en funcionamiento. Por ello, contables y auditores han considerado que en estos proyectos la mayor parte de los riesgos son asumidos por el Metro de Londres y, en consecuencia, los activos y pasivos derivados de la operación son contabilizados en el balance público. Sobre este tema, *vid.* S. GLAISTER, R. SCANLON y T. TRAVERS (1998), *A fourth way for the London Underground?*, The Greater London Group, London School of Economics; y S. GLAISTER, R. SCANLON y T. TRAVERS (1999), *The way out: an alternative approach to the future of Underground*, LSE London Discussion Paper, núm. 1.

⁵⁸ En determinados proyectos es aconsejable para el ente público efectuar algún pago antes de que la infraestructura o el servicio esté completamente disponible. Este es el caso de los proyectos de construcción de carreteras y de los «proyectos de alojamiento» (*accommodation projects*), como son los proyectos de construcción de escuelas, hospitales, oficinas, etc. En los proyectos de construcción de una carretera es aconsejable que una vez que la infraestructura cumple una serie de requisitos de seguridad se permita el tráfico en ella, aunque la obra no esté por completo finalizada. El mecanismo de pago deberá establecerse de tal forma que el contratante privado tenga interés en la consecución total de la infraestructura. De igual forma, en los proyectos de alojamiento es aconsejable que se permita comenzar la prestación del servicio a pesar de que ciertos aspectos menores de la construcción estén todavía incompletos.

hemos visto en el caso de las concesiones, pues la ley prevé la posibilidad de financiación conjunta incluso en la fase de construcción). Pero hay que advertir que estas aportaciones fácilmente pueden alterar la distribución del riesgo de construcción y comportar que este sea soportado por el ente público⁵⁹. La importancia de la financiación se ha reflejado en el SEC-2010, cuyo apartado 20.283, letra e), establece que, junto a los riesgos, debe evaluarse también «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».

Antes de finalizar hay que señalar que, para que el riesgo de construcción sea asumido por el ente privado, el ente público no tiene que asumir ninguna obligación de pago por aquellos defectos en la gestión realizados por el socio privado durante la fase de construcción. Y, a la inversa, el socio privado no tiene que responsabilizarse de aquellos sucesos externos inesperados, que generalmente las compañías de seguros no cubren (supuestos de «fuerza mayor»)⁶⁰; ni tampoco de aquellos riesgos que sean consecuencia de cambios exigidos por el ente público durante la fase de construcción, cambios que impliquen una modificación de las especificaciones o estándares inicialmente requeridos⁶¹.

B) *Asunción del riesgo de disponibilidad*

De acuerdo con el criterio de Eurostat⁶², se considerará que el ente público no soporta el riesgo de disponibilidad cuando pueda reducir de forma significativa (a título de penalización) los pagos periódicos que deba realizar al socio privado, como podría exigir todo «cliente normal» en un contrato comercial. Los pagos del ente público deben depender del grado efectivo de disponibilidad garantizado por el ente privado durante un determinado período de tiempo.

En este punto, Eurostat señala que la aplicación de penalizaciones, cuando el ente privado esté fallando en sus obligaciones de servicios, ha de ser automática y tener un efecto importante en los beneficios obtenidos por el ente privado, y no ser puramente «cosmética» o sim-

⁵⁹ Tanto es así que en el Derecho comparado, por ejemplo en el Reino Unido por lo que respecta a la *PFI*, las aportaciones de capital del ente público en esta fase inicial deben ser discutidas en todo caso con el *HM Treasury*, y tendrán que tener siempre un tamaño relativamente reducido. *Vid.* HM Treasury (2007: 24).

⁶⁰ Los riesgos de «fuerza mayor» son aquellos que normalmente no serían cubiertos por una entidad aseguradora a un precio razonable. Si el ente público asume estos riesgos, ello no supone la contabilización del activo como público. *Vid.* Eurostat (2013: 282, apartado 87).

⁶¹ *Vid.* Eurostat (2013: 281, apartado 80).

⁶² *Vid.* Eurostat (2013: 275, apartado 43). Este parámetro ya había sido establecido por la Comisión (Eurostat) en su Decisión de 11 de febrero de 2004.

bólica. Efectivamente, como señalamos con anterioridad, la vinculación entre la disponibilidad y la retribución del ente privado tiene que ser significativa para que pueda afirmarse la existencia de un verdadero riesgo de disponibilidad asumido por el ente privado⁶³.

El ente público y el ente privado deberán consensuar el plan preventivo de mantenimiento, de forma que ambas partes conozcan qué aspectos de la obra o servicio pueden no estar disponibles sin generar deducciones financieras. Como es lógico, el contratante privado, que debe correr con el riesgo de mantenimiento, constituirá un fondo de amortización del activo, si lo considera necesario. Por su parte, el ente público no deberá participar ni en el mantenimiento de la obra o servicio ni en dicho fondo de amortización, puesto que ello podría suponer asumir el riesgo de disponibilidad⁶⁴.

C) *Asunción del riesgo de demanda*

Conforme a los criterios de Eurostat⁶⁵, el ente público estará asumiendo el riesgo de demanda cuando esté obligado a asegurar un cierto nivel de pago al ente privado, con independencia del nivel efectivo de demanda expresado por el usuario final.

Sin embargo, este criterio no se aplica cuando el ente público interfiera en la evolución de la demanda, ya sea mediante la adopción de medidas normativas que representen un cambio significativo de las políticas existentes (decisiones que pueden ser adoptadas por la Administración general, y no tan solo por la unidad administrativa directamente implicada en el contrato), o bien por la construcción de nuevas

⁶³ Por tanto, la fijación de las primas-deducciones es un elemento clave para determinar si se produce o no una transferencia del riesgo de disponibilidad. En algunos proyectos de las *PFI* británicas, la deducción por indisponibilidad del activo puede llegar a ser incluso del cien por cien del pago del ente público (p. ej., el pago total de una mensualidad). En este caso, el contratante privado no recibirá ninguna retribución hasta que la instalación esté, de nuevo, plenamente disponible. Sin embargo, hay que señalar que la deducción no puede suponer más del cien por cien ni comportar la obligación del contratante privado de efectuar pagos al ente público. En supuestos excepcionales se han suscrito contratos de *PFI* en los cuales la deducción superaba el cien por cien y la parte restante se trasladaba al pago del siguiente período. No obstante, se ha comprobado que este sistema no aporta el mejor *Best Value for Money* y, por ello, no se recomienda. De igual forma, el ámbito para aplicar deducciones retrospectivamente —por fallos no detectados— también tiene que tener un tope máximo. *Vid.* HM Treasury (2007: 56).

⁶⁴ En concreto, la autoridad pública no podrá determinar el *quantum* del fondo de amortización, su localización o disponibilidad. En esta línea, tampoco deberá solicitar derechos sobre este fondo, establecido por el contratante privado, sino que deberá asegurar que se preservan los estándares de mantenimiento a través, como vimos, del mecanismo de pago y la terminación del contrato.

⁶⁵ *Vid.* Eurostat (2013: 282, apartado 84). Este mismo criterio había sido determinado por la Comisión (Eurostat) en su Decisión de 11 de febrero de 2004.

infraestructuras que compitan de forma directa con el proyecto de CPP. En estos casos, los posibles ajustes en los pagos o compensaciones que el ente público realice al ente privado no implicarán una contabilización (o reclasificación) de los activos en el balance del ente público.

Otro de los elementos a tener en cuenta para determinar quién asume el riesgo de demanda es que el contrato otorgue al ente privado un margen de maniobra para adoptar medidas tendentes al control de los posibles descensos en la demanda. Este hecho pone de manifiesto que el ente privado está llevando a cabo la actividad de forma comercial y que, por consiguiente, está asumiendo el riesgo de demanda⁶⁶.

D) Conclusiones respecto de la distribución global de los riesgos

A pesar de la clasificación de los riesgos efectuada por Eurostat y de los procesos de estandarización llevados a cabo por las Administraciones públicas de algunos Estados miembros, así como las medidas de control adoptadas por las autoridades estadísticas nacionales, es muy difícil determinar el verdadero reparto de riesgos en los contratos de CPP.

Tal como indica Eurostat⁶⁷, en algunos casos el análisis de los riesgos de construcción, disponibilidad y demanda puede no aportar conclusiones claras (por ejemplo, si al menos en dos de estas categorías el riesgo se comparte de forma más o menos equilibrada entre el ente público y el ente privado, o bien el riesgo se distribuye sobre la base de hipótesis muy frágiles).

En estos casos deberán tomarse en consideración algunos elementos adicionales del contrato de CPP, tal como Eurostat ha señalado en sucesivos pronunciamientos que analizaremos *infra* y como se recoge, finalmente, en el SEC-2010, apartado 20.283, letra e). Estos criterios complementarios son: el análisis de la naturaleza de las partes del contrato (especialmente en aquellos supuestos en que el contratista sea una corporación pública); la importancia de la financiación pública; el efecto de las garantías públicas; y las disposiciones relativas a la atribución final de los activos⁶⁸.

⁶⁶ Por ejemplo, así sucede cuando el contrato prevé que el ente privado pueda diversificar el uso de los activos para otros propósitos distintos a los inicialmente acordados con el ente público, alteraciones que, por supuesto, pueden producirse solo con ciertos límites. *Vid.* Eurostat (2013: 282, apartados 84, 85 y 86).

⁶⁷ Decisión de Eurostat de 11 de febrero de 2004.

⁶⁸ En relación con la disposición final de los activos, tal como señala Eurostat, si estos permanecen como propiedad del ente privado una vez finalizado el proyecto y mantienen todavía un valor económico significativo, entonces son generalmente clasificados en el balance del

III. EFECTOS DE LOS CONTRATOS DE CPP EN LOS NIVELES DE DÉFICIT Y DEUDA PÚBLICOS

1. *Criterios generales del SEC para la calificación de los activos derivados de las CPP*

Como vimos en el epígrafe I.2, dedicado al contexto de las CPP, estas pueden responder, entre otros factores, al intento por parte de los Estados miembros de eludir las restricciones europeas sobre el déficit y la deuda públicos. El análisis que hemos llevado a cabo de la distribución de los riesgos es determinante para la calificación de los activos y pasivos de la operación de CPP como públicos o privados en términos de Sistema Europeo de Cuentas (SEC)⁶⁹. Su calificación como público comportará un incremento en los niveles déficit y deuda públicos existentes, afectando al cumplimiento por parte del Estado de los criterios establecidos en el artículo 126 del TFUE y en el recientemente reformado artículo 135 de la Constitución española⁷⁰.

Para conocer los niveles de déficit y deuda públicos a los efectos de los límites fijados en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento de 1997 (PEC), los Estados miembros tienen que presentar sus cuentas de acuerdo con el SEC-95 (Reglamento CE núm. 2223/1996)⁷¹ y, a partir del 1 de septiembre de 2014, de acuerdo con el SEC-2010 (Reglamento UE núm. 549/2013). Dada la complejidad de la norma SEC, de marcada naturaleza contable, Eurostat aprobó un documento interpretativo, el *Manual del SEC-95 sobre el déficit público y la deuda pública* (en sus cinco ediciones, de 2000, 2002, 2010, 2012 y 2013); en adelante, *Manual del SEC-95*.

ente privado. Esto sucede también en los contratos en los que el ente público tiene tan solo la opción de comprar los activos al final del contrato a su valor actual de mercado. Por el contrario, puede estar justificada la clasificación de los activos como activos públicos (siempre que otros tests no ofrezcan una respuesta contraria clara) en caso de que el ente público tenga la obligación firme de adquirir los activos a la finalización del contrato a un precio predeterminado que no refleje el valor económico real de los activos en ese momento (tomando en consideración las hipótesis de conservación establecidas al tiempo de firmar el contrato); o bien si el ente público ha pagado por el derecho a adquirir los activos durante toda la duración del contrato, mediante pagos regulares superiores a aquellos que hubieran sido efectuados sin la adquisición de dicho derecho.

⁶⁹ Téngase en cuenta que las operaciones de CPP hacen referencia a un solo activo o un conjunto de activos que no pueden ser divididos contractualmente, y a nivel de contabilidad nacional la operación deberá registrarse por su valor total en un único balance, el del sector público o el del sector privado. *Vid.* Eurostat (2013: 274, apartado 31).

⁷⁰ Estos preceptos se han concretado en los artículos 11 y 13 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

⁷¹ A lo largo de su existencia, el SEC-95 ha sido objeto de sucesivas modificaciones; puede verse un estudio detallado de estas en Pedro GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ (2005), «El SEC-95: Herramienta fundamental para la toma de decisiones y seguimiento de la política económica en la Unión Europea», *Revista Asturiana de Economía*, núm. 34, págs. 91 y ss.

La interpretación de las autoridades nacionales de las normas del SEC para su aplicación a los proyectos de CPP resulta problemática⁷². Ante la proliferación de proyectos de CPP generadores de ambigüedades a la hora de su contabilización o exclusión de la contabilidad pública, el 11 de febrero de 2004, Eurostat aprobó la Decisión relativa al tratamiento contable en las cuentas nacionales de los contratos firmados por entidades públicas en el marco de operaciones de CPP, a efectos de su impacto en el déficit y en la deuda públicos. Posteriormente, Eurostat publicó además el documento *Long Term Contracts Between Government Units And Non-Government Partners*⁷³, de 30 de agosto de 2004, que se integró en el *Manual del SEC-95* como Parte IV.2 (actual Parte VI.5, en la edición de 2013).

Con la Decisión de Eurostat de 11 de febrero de 2004 se pretendía evitar la tendencia de algunos Estados miembros de no contabilizar estas inversiones en sus niveles de déficit a efectos del Procedimiento de Déficit Excesivo, incluso cuando el ente público asumía la mayor parte de los riesgos del proyecto⁷⁴. Recordemos que, según Eurostat, para

⁷² La contabilización de las operaciones de CPP preocupa a las autoridades públicas de control de aquellos Estados miembros en los que se han generalizado estas fórmulas contractuales. En Francia puede verse, entre otros, Paul LIGNIÈRES (2007), «L'impact de l'allocation des risques dans les PPP sur la dette publique: éléments de réflexion», *La Revue du Trésor. Le Partenariat Public-Privé*, Ordonnance du 17 juin 2004 (número especial). En el Reino Unido, *vid.*, entre otros, Patricia LEAHY (2008), «Framework for PPP Audits in the United Kingdom», en la obra colectiva *Public Investment and Public-Private Partnerships. Addressing Infrastructure Challenges and Managing Fiscal Risks*, London, Ed. Palgrave Macmillan, IMF, págs. 269 y ss. En España pueden verse, entre otros, Rosario MARTÍNEZ MANZANEDO (2006), «La contabilidad de la colaboración público-privada en el contexto del Sistema Europeo de Cuentas (SEC-95)», *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 45 (número monográfico), págs. 187 y ss.; Julio GONZÁLEZ GARCÍA (2007), *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 64 y 65; y José Alberto PÉREZ PÉREZ (2009), «Introducción sobre la aplicación de los criterios del SEC-95 a las cuentas públicas», *Presupuesto y Gasto público*, núm. 54, pág. 120.

⁷³ La sucesión de documentos interpretativos refleja la complejidad de la normativa recogida en el Reglamento núm. 2223/96, por el que se aprueba el SEC-95, así como la tendencia por parte de las autoridades de los Estados miembros a excluir del balance de las Administraciones públicas, a través de lo que se ha denominado contabilidad pública «creativa», operaciones generadoras de endeudamiento público.

⁷⁴ De esta manera, el Estado presentaba ante las autoridades europeas unas cuentas públicas con un déficit inferior al real, perjudicando gravemente la transparencia. Al respecto puede verse la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo (2003), *Finanzas públicas en la UEM - 2003* [COM (2003) 283 final], pág. 9. Pese a esta problemática, la UE no pretende la supresión de estas fórmulas contractuales. Al contrario, la UE reconoce perfectamente la idoneidad de la CPP en términos de eficiencia, como se pone de manifiesto por la Comisión Europea en el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada*, cit. (2004), y en la *Comunicación al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones - Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada*, cit. (2009). Lo que se propugna es la correcta utilización de estas fórmulas. En definitiva, no se puede rehuir la utilización de este tipo de contratos, puesto que pueden beneficiar el desarrollo de una gestión óptima de las finanzas públicas, manteniendo a la vez una prestación de los servicios públicos de calidad. Pero tampoco se puede generalizar su apli-

que los activos vinculados a una operación de CPP se consideren activos no públicos y, por consiguiente, no se registren en el balance de las Administraciones públicas (esto es, para que no consoliden déficit público) deben cumplirse las dos condiciones siguientes: 1) el socio privado debe soportar el riesgo de construcción; y 2) el socio privado debe soportar al menos uno de los dos riesgos siguientes: el riesgo de disponibilidad o el riesgo vinculado a la demanda.

Así pues, si el ente público asume el riesgo de construcción, o bien si el socio privado solo asume el riesgo de construcción y ningún otro riesgo, los activos del contrato se deben clasificar como activos públicos en términos de SEC, incrementando los niveles de déficit y deuda públicos^{75 y 76}.

En este sentido, en primer lugar, en relación con el riesgo de construcción, el *Manual SEC-95* matiza que este solo existe bien cuando se produzca un nuevo activo (*green field*), bien en el caso de renovación, modernización o actualización de activos ya existentes (*brown fields*) cuando el gasto de dicha reforma represente una parte «predominante» (más del 50%) del valor del activo después de la renovación⁷⁷. De hecho, en caso de no existir un nuevo activo o una renovación por más del 50% del valor del activo, ni siquiera estaremos ante un contrato de CPP. Se tratará de un activo público, ya existente, sobre el que la Administración suscribe un contrato de mantenimiento con un ente privado para que este lleve a cabo su explotación (concesión sin construcción de activo⁷⁸). Actualmente, el propio SEC-2010, en su apartado 20.279, establece como característica de los contratos de CPP, a diferencia de otros contratos de servicios a largo plazo, la necesidad de creación de un activo.

En segundo lugar, respecto a los riesgos de demanda y de disponibilidad, para poder afirmar que el ente privado está asumiendo el riesgo de demanda, Eurostat exige que se produzca la pérdida total de la retribución en caso de inexistencia de demanda; y, en relación con el

cación sin conocer previamente, en relación con esta práctica —que ha sido denominada de privatización encubierta de servicios públicos—, tanto los riesgos que comporta como sus consecuencias presupuestarias a largo plazo.

⁷⁵ *Vid. supra*, nota a pie 31, pág. 447.

⁷⁶ Estos criterios básicos de distribución del riesgo, establecidos en la Decisión de Eurostat de febrero de 2004, se han ido complementando con lo previsto en el *Manual SEC-95* sobre el tratamiento en la contabilidad nacional de los contratos de CPP, en sus diferentes ediciones. De ahora en adelante haremos referencia principalmente a la última edición del *Manual SEC-95*, edición 2013, que es más detallada que las anteriores respecto a la clasificación de los activos.

⁷⁷ *Vid. Eurostat* (2013: 272, apartado 16).

⁷⁸ En términos de SEC, en las concesiones la Administración puede contratar con el ente privado bien la construcción y explotación de un activo, bien la explotación de un activo ya existente. *Vid. Eurostat* (2013: 263, apartado 12).

riesgo de disponibilidad, que el contrato prevea la aplicación de penalizaciones que puedan alcanzar el cien por cien de la retribución⁷⁹, en caso de que la disponibilidad de la infraestructura sea muy deficiente⁸⁰. El hecho de que se garantice un mínimo de rentabilidad al socio privado en estos supuestos determinará la falta de asunción del riesgo por el ente privado y comportará que el activo deba contabilizarse en las cuentas públicas.

Algunos contratos de CPP combinan pagos regulares vinculados a la disponibilidad y pagos regulares vinculados a la demanda de los activos, de una forma equilibrada. Sin embargo, existen supuestos en los que la retribución del ente privado por parte del ente público se vincula principalmente al uso efectivo de los activos (nivel de demanda); en ese caso, el riesgo de demanda deberá constituir el centro del análisis del reparto de riesgos⁸¹. En definitiva, los riesgos de disponibilidad y de demanda no tienen una importancia equivalente en el análisis de la distribución de los riesgos. A partir de su edición de 2012, el *Manual del SEC-95* ha especificado que si el pago se vincula en más de un 60% a uno de los dos riesgos, el de disponibilidad o el de demanda, este riesgo será el elemento central del análisis de la distribución de riesgos⁸². Cuando ninguno de los dos tipos de pagos —por demanda o disponibilidad— suponga más del 60% de la retribución, Eurostat exige que ambos riesgos sean analizados separadamente y que ambos sean soportados por el socio privado (además del riesgo de construcción) para clasificar el activo como privado. Por tanto, en estos casos el ente privado deberá asumir los tres riesgos (de construcción, de demanda y de disponibilidad); lo que si bien no contradice las condiciones establecidas por Eurostat (el socio privado debe soportar el riesgo de construcción y, *al menos*, uno de los otros dos riesgos)⁸³, demuestra que Eurostat es especialmente estricto para contabilizar el activo derivado de una operación de CPP como activo privado.

⁷⁹ Vid. *supra*, nota a pie 63, pág. 457.

⁸⁰ Para Eurostat, de acuerdo con el *Manual del SEC-95* (actualmente, en su edición de 2013, págs. 281 y 282), la previsión en los contratos de CPP de porcentajes máximos de penalización sugiere que no se ha transferido suficientemente el riesgo de disponibilidad al socio privado. Este es el caso del contrato de CPP relativo a la Autovía del Salnés (Galicia), al que nos referimos *infra*, en la nota a pie 106, pág. 468. Vid. Eurostat, *Formal consultation on the classification of the assets in the Public-private partnership (Autovía del Salnés, Tramo enlace con la PO-531-Sanxenxo)*, Luxemburgo, 3 de junio de 2008.

⁸¹ El *Manual del SEC-95*, en su edición de 2010, ya preveía el requisito de analizar cuál de los dos riesgos (el de demanda o el de disponibilidad) ocupaba una posición predominante. Vid. Eurostat (2010), *Manual del SEC-95*, pág. 257, apartados 38 y 39. Pero es en la edición de 2012 donde se introduce el criterio del 60%, explicado en el texto. Este se mantiene en la actualidad, en la edición de 2013, *Manual del SEC-95*, pág. 275, apartados 38 y 39.

⁸² Si bien Eurostat también señala que deberá tomarse en consideración el posible impacto del componente «menor», en la medida en que pueda mitigar la transferencia al socio privado del riesgo predominante. Vid. Eurostat (2013: 275, apartado 38).

⁸³ Vid. Eurostat (2013: 270-271, apartado 6).

Cuando el análisis de la distribución de los riesgos no arroja conclusiones claras o se basa en hipótesis frágiles, un elemento adicional a tener en cuenta, como hemos apuntado, es quién mantendrá la propiedad del activo al final del contrato. Si, a la finalización del contrato, el activo continúa siendo propiedad del ente privado⁸⁴, o bien si el ente público tiene opción de comprarlo por su valor de mercado, ello constituirá un motivo más para considerar el activo como privado. En cambio, si el ente público asume la obligación firme de adquirir los activos a la finalización del contrato por un precio predeterminado⁸⁵, este dato reforzará la calificación de los activos como públicos.

Por último, hay que señalar que la existencia en el contrato de CPP de determinadas cláusulas por las que el ente público reasume la mayor parte de los riesgos del proyecto comportará la contabilización del activo en el balance público, con independencia del análisis de la distribución de los riesgos. Estos son los supuestos de determinadas cláusulas de terminación anticipada del contrato, cláusulas que comportan una financiación mayoritaria por parte del ente público y cláusulas relativas a las garantías. Estos tres supuestos, como hemos señalado anteriormente, han sido incluidos en el SEC-2010, apartado 20.283, letra e), como elementos a tener en cuenta en la evaluación de los riesgos y beneficios. Por su importancia, estos tres supuestos se analizan a continuación.

En primer lugar, en el caso de terminación anticipada del contrato (por incumplimientos reiterados de las obligaciones del ente privado, por quiebra de este, etc.), la compensación que realice el ente público al ente privado para adquirir el activo deberá incluir una importante penalización. De lo contrario, el activo se recalificará como público^{86 y 87}.

⁸⁴ Este criterio se aplica con independencia del valor que tenga el activo al final del contrato, pero será más importante en aquellos casos en los que el activo no se haya depreciado significativamente a lo largo de la vida del contrato (este es el caso de muchas infraestructuras). *Vid.* Eurostat (2013: 276, apartado 46).

⁸⁵ Según Eurostat, constituyen supuestos de predeterminación del precio: que este se fije con independencia del valor de mercado; que este sea muy superior al valor económico residual del activo esperado a la finalización del contrato; que el precio de adquisición final sea inferior al valor real del activo (o incluso nulo), pero se hayan llevado a cabo a lo largo del contrato pagos regulares por el ente público para la adquisición del activo que alcancen una cuantía similar a su valor económico residual; o que en el contrato no se establezca cláusula alguna que permita que un órgano independiente evalúe pocos años antes del fin del contrato el precio final del activo, a fin de que el ente público pueda reducir el precio final previamente determinado. *Vid.* Eurostat (2013: 276, apartado 49).

⁸⁶ Sobre la evaluación de las cláusulas de terminación anticipada del contrato de CPP y su impacto en la calificación de los activos, *vid.* Eurostat (2013: 276-277, apartados 51 a 54).

⁸⁷ Nótese que determinadas renegociaciones del contrato pueden asimilarse a una terminación anticipada del contrato existente y se deberán analizar con mucho detalle. Es lógico que, en el marco de la revisión del contrato, se prevean compensaciones para mantener el equilibrio económico del mismo (preservar la rentabilidad del socio privado). Ahora bien, solo deberán aceptarse aquellas revisiones por cambios de circunstancias cuyo riesgo

En segundo lugar, por lo que respecta a la financiación pública, hay que señalar que la financiación de un contrato de CPP debe ser en esencia privada (precisamente una de las principales finalidades de la CPP para el ente público es repartir intergeneracionalmente el gasto de la inversión, que inicialmente fue cubierto por el ente privado). Sin embargo, en algunos casos el ente público puede participar en la financiación inicial (sea mediante ayudas de inversión, préstamos, etc.), con la finalidad de reducir el coste total del proyecto⁸⁸ y/o simplemente para garantizar su viabilidad. Pues bien, si la financiación pública acaba siendo mayoritaria, ello será un indicador de que el ente público asume la mayor parte de los riesgos, y por tanto los activos deberán reclasificarse como públicos⁸⁹.

En tercer y último lugar, el ente público puede conceder garantías (avales y otros mecanismos) que permitan al ente privado la obtención de financiación con un coste inferior y con una mejora de su calidad crediticia⁹⁰. Este tipo de garantías pueden comportar que el ente público asuma importantes niveles de riesgo, con la consiguiente recalificación del activo como público. Este elemento debe analizarse de forma conjunta con la financiación pública a la que nos referíamos en el apartado anterior (así, por ejemplo, pueden darse supuestos en los que el ente público aporte una financiación minoritaria, pero garantice la mayor parte de la financiación que ha obtenido el ente privado⁹¹, en cuyo caso el activo se calificará como público).

2. *Calificación por Eurostat de los activos derivados de las CPP contractuales españolas*

Junto a los criterios generales para contabilizar las operaciones de CPP que hemos analizado hasta el momento, establecidos en la Decisión

no deba soportar el socio privado (y especialmente cuando el cambio de circunstancias se deba a acciones gubernamentales; *vid. supra*, nota a pie 36, pág. 448, sobre el «riesgo de regulación»).

⁸⁸ Téngase en cuenta que con frecuencia el coste de la financiación privada puede ser más elevado que el de la financiación pública (en términos generales, los entes privados no pueden obtener préstamos a un interés tan atractivo como los entes públicos, con el consiguiente incremento del coste total del proyecto).

⁸⁹ Eurostat aclara que este criterio se aplica cuando la financiación pública proviene de los respectivos gobiernos nacionales, no cuando procede de acuerdos intergubernamentales (como la financiación derivada de fondos de la UE), en cuyo caso, si bien el riesgo del ente privado se ve mitigado, no existen razones para recalificar el activo como público. *Vid.* Eurostat (2013: 278, apartados 55 a 58, en particular apartado 58).

⁹⁰ Eurostat (2013: 278-279, apartados 59 a 67).

⁹¹ Por ejemplo, el ente público puede avalar directamente los créditos obtenidos de un tercero por parte del ente privado.

de Eurostat de 2004 y en el *Manual del SEC-95*⁹², Eurostat sigue asesorando a los Estados de forma específica respecto a la inclusión de determinadas operaciones de CPP en los balances públicos⁹³. En el caso español, los pronunciamientos de Eurostat han versado básicamente sobre la naturaleza contable de las relaciones entre las Administraciones públicas y ciertas empresas públicas (casos de ADIF y RENFE, en 2007 y 2008, respectivamente)⁹⁴ y sobre las CPP contractuales, que son las operaciones que en esencia analizamos en este trabajo.

Entrando en el análisis de las CPP contractuales españolas, en primer lugar hay que señalar que en España la mayoría de contratos de CPP se han formalizado a través del contrato de concesión de obra pública (actual art. 7 TRLCSP), con un sistema de retribución de «peaje en la sombra», en el cual la retribución se lleva a pago de forma principal y regular por el ente público. Pese a formalizarse como contratos de concesión, Eurostat los considera contratos de CPP en sentido estricto (modelo «Iniciativa de Financiación Privada»), puesto que el ente público es el «principal adquirente» del activo⁹⁵. En cambio, aquellos contratos de concesión en los que la mayor parte de la retribución procede de pagos realizados directamente por los usuarios no son considerados por Eurostat contratos de CPP, sino contratos de «concesión» en sentido estricto. De este modo, a nivel europeo (a efectos del SEC), como ya vimos⁹⁶, la diferencia entre las CPP y las concesiones radica en quién sufraga el coste mayoritario del proyecto: en las CPP, la Administración; y en las concesiones, directamente el usuario⁹⁷. En el

⁹² Esta Decisión de Eurostat sobre el tratamiento contable de las CPP forma parte de un conjunto de Decisiones de carácter general que Eurostat aprueba para guiar la actuación de los Estados miembros a la hora de contabilizar determinadas operaciones conflictivas a efectos de determinar los niveles de déficit y deuda públicos. Estas Decisiones de carácter general se encuentran disponibles en http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/government_finance_statistics/methodology/decisions_for_GFS (última consulta, marzo 2014).

⁹³ Eurostat asesora de forma bilateral a los Estados miembros en los casos específicos que se le plantean. Estos pueden versar sobre muy diversos aspectos relativos a la configuración de las cuentas del sector público. A modo de ejemplo, encontramos recomendaciones de Eurostat sobre la clasificación de procesos de privatizaciones (Italia, 2008); sobre el cómputo del sistema de pensiones (Hungría, 2010); o sobre la clasificación de los contratos de CPP para la construcción, mantenimiento y explotación de obras públicas, como son muchos de los casos planteados por España (2008, 2010 y 2011). Las consultas pueden ser previas o posteriores a la transacción. Estas recomendaciones de Eurostat, que adoptan la forma de cartas dirigidas a las autoridades estadísticas nacionales, se encuentran disponibles en Internet: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/government_finance_statistics/methodology/advice_member_states (última consulta, marzo 2014).

⁹⁴ Eurostat, *Methodological treatment of the capital injections into ADIF*, Luxemburgo, 26 de julio de 2007; y *Methodological treatment of the capital injections into RENFE-Operadora in 2006*, Luxemburgo, 28 de marzo de 2008.

⁹⁵ Eurostat (2013: 264, apartado 19, y 272, apartado 17).

⁹⁶ *Vid. supra*, pág. 440.

⁹⁷ Eurostat (2013: 264, apartado 14). Esta diferencia entre CPP y concesión se recoge en el texto del SEC-2010. Concretamente, el apartado 20.280 del SEC-2010 establece que «cuan-

primer caso habrá que analizar el reparto de los riesgos para determinar la naturaleza pública o privada del activo. En el segundo caso, el activo, en principio, es privado⁹⁸. No obstante, en este segundo supuesto, si la Administración participa también en el pago, mediante ayudas públicas o garantizando un mínimo de rentabilidad al ente privado, en la medida en que estos pagos comporten la asunción del riesgo por la Administración, podrá alterarse la naturaleza del activo y pasar a ser público, con lo que la distinción entre la CPP y la concesión en este punto se diluye⁹⁹.

Pues bien, por lo que respecta al análisis del reparto de los riesgos en las CPP contractuales españolas, Eurostat ha constatado, tras examinar las cláusulas particulares de los contratos, que en la mayoría de los supuestos se transfiere al ente privado el riesgo de construcción¹⁰⁰.

do la sociedad vende los servicios directamente al público a través, por ejemplo, de una carretera de peaje, el contrato se considera una concesión y no una CPP».

⁹⁸ Eurostat (2013: 264, apartado 19).

⁹⁹ Eurostat (2013: 264-265, apartados 20 y 21). Cuando los pagos realizados por los usuarios finales de la infraestructura o el servicio superen el 50% del coste total que genera el activo, este deberá calificarse como privado; esta regla se aplica tanto a nuevos contratos como a la renegociación de contratos existentes. *Vid.* Eurostat (2013: 277-278, apartado 54).

¹⁰⁰ Recuérdense que para que exista riesgo de construcción debe producirse un nuevo activo (*green field*) o bien, en caso de renovación, modernización o adaptación de un activo existente (*brown field*), la nueva inversión debe comportar más del 50% del valor del activo después de la renovación. Este tipo de análisis se lleva a cabo por Eurostat para evaluar la naturaleza pública del activo derivado del Proyecto de la Red de carreteras en Aragón. Este proyecto de CPP se integra por ocho contratos distintos, de los cuales tres de ellos son considerados por Eurostat contratos de mantenimiento, al no cumplir el requisito expuesto del 50%, y por tanto los activos se clasifican como públicos. En relación con los otros cinco contratos, Eurostat todavía no se ha pronunciado sobre la distribución de los riesgos para determinar la calificación del activo como público o privado. *Vid.* Eurostat, *Public-Private Partnership by Autonomous Community of Aragon*, Luxemburgo, Recomendaciones de 18 de agosto de 2010 y 21 de junio de 2011; véase también *infra*, nota al pie 104.

Otro supuesto analizado por Eurostat en el que no se crea un activo (y, en consecuencia, no existe CPP) es el caso de las SCUT portuguesas, autopistas *Sem Custo para o Utilizador* (sin coste para los usuarios). Originalmente, Eurostat consideró las SCUT una CPP, en la que el ente privado asumía la construcción, mantenimiento y explotación de la infraestructura a cambio de pagos que la Administración realizaba por compra de servicios (servicios utilizados por los usuarios, sin coste directo para estos). Por tanto, se creó un nuevo activo. Durante la fase de explotación, la Administración pagaba un peaje en sombra, es decir, una cantidad por cada vehículo que usara la infraestructura. En caso de disminución del tráfico disminuía también la retribución que la Administración efectuaba al ente privado. Bajo estos parámetros, Eurostat consideró que estábamos frente a un contrato de CPP en el que el ente privado estaba soportando la mayor parte del riesgo de demanda. Al soportar también el riesgo de construcción, Eurostat atribuyó al ente privado la propiedad económica del activo, calificándolo como privado. Por ello, inicialmente, la inversión derivada de las autopistas SCUT no se consideró inversión pública (tampoco la deuda generada fue calificada como deuda pública).

Ahora bien, posteriormente estos contratos fueron objeto de revisión y, dado el alcance de las modificaciones introducidas, Eurostat consideró a efectos de SEC la existencia de nuevos contratos. Eurostat dejó de considerar los contratos de las SCUT como una CPP y los calificó como concesión en términos de SEC, al no existir la creación de un activo. *Vid.* Eurostat, *Final findings, EDP dialogue and ad-hoc visits to Portugal*, Luxemburgo, 18 de octubre de 2011, págs. 20 a 22 (en particular, notas al pie 15 y 16).

Si bien esto se cumple en términos generales, surgen dudas en dos supuestos. El primero es el caso de la Autovía A-21 del Pirineo, en la Comunidad Autónoma de Navarra¹⁰¹. En este contrato, las dudas sobre la transferencia al ente privado del riesgo de construcción se deben a la existencia del «riesgo de expropiación» (los terrenos sobre los que debía construirse la autovía eran propiedad de particulares y el ente público asumía el riesgo de adoptar las medidas necesarias para su adquisición). Al respecto, Eurostat reconoce que debe analizar todavía en profundidad en qué medida el «riesgo de expropiación» altera la asunción del riesgo de construcción por el ente privado, y remite para ello a una futura edición del *Manual del SEC*¹⁰². Por este motivo, Eurostat sugiere al Estado español, pese a las alegaciones de la Comunidad Autónoma de Navarra, que mantenga la clasificación del activo derivado de este contrato de CPP como activo público, con la consiguiente repercusión en los niveles de déficit y deuda públicos de dicha Comunidad Autónoma.

El segundo supuesto en que Eurostat considera que el riesgo de construcción no es asumido totalmente por el ente privado es el del Proyecto de la Red de carreteras en Aragón¹⁰³. Ello es debido a que durante los primeros años de la fase de construcción (que es cuando se efectúa la mayor parte del gasto de capital) el ente público limitó la cuantía de las penalizaciones aplicables sobre la retribución a pagar al ente privado por desarrollo deficiente de la obra¹⁰⁴.

A pesar de estas problemáticas puntuales relativas al riesgo de construcción, las mayores controversias en los contratos de CPP españoles analizados por Eurostat radican en una insuficiente transferencia al socio privado de los riesgos de demanda o disponibilidad. En estos casos,

Además, en los nuevos contratos de las SCUT se incorporaron peajes reales pagados por los usuarios, la Administración dejó de ser quien realizaba la mayor parte de los pagos al ente privado y los pagos mayoritarios pasaron a ser de los usuarios. Esta circunstancia también determina que el contrato deje de ser considerado una CPP en términos de SEC. Eurostat, *Final findings, EDP dialogue and ad-hoc visits to Portugal*, Luxemburgo, 18 de octubre de 2011, págs. 20 a 22, y European Ppp Expertise Centre, *New Eurostat rules on contracts that fund the major part of availability payments using tolls collected by or on behalf of the government. The case of the SCUT motorway contracts in Portugal*, septiembre de 2011, pág. 5.

¹⁰¹ Eurostat, *Consultation on the classification of the assets in the Public-private partnership (Autovía A-21 del Pirineo motorway in the autonomous Region of Navarra)*, Luxemburgo, 7 de julio de 2011.

¹⁰² Hay que señalar que la edición del año 2013 del *Manual del SEC-95* todavía no hace referencia a esta cuestión del «riesgo de expropiación».

¹⁰³ Eurostat, *Public-Private Partnership by Autonomous Community of Aragon*, Luxemburgo, 18 de agosto de 2010.

¹⁰⁴ Este hecho no es óbice para que, en esta Recomendación, Eurostat entre a analizar la transferencia de los riesgos de disponibilidad y demanda al ente privado; no obstante, no puede llevar a cabo un análisis completo de estos dos riesgos por falta de documentación, que ha sido requerida a las autoridades estadísticas españolas.

la no transferencia del riesgo al ente privado se debe básicamente a que, con independencia de los niveles de demanda efectiva (riesgo de demanda) o de la calidad del servicio prestado (riesgo de disponibilidad), el ente privado percibe en todo caso una parte de la retribución. La garantía de cobrar, incluso en situaciones en las que o bien no hay demanda o bien se presta un servicio deficitario, implica que el riesgo asumido por el ente privado sea relativo.

Un ejemplo lo encontramos en el contrato de CPP para la construcción y explotación de infraestructuras de la zona regable del Canal de Navarra¹⁰⁵. En este contrato, el sistema de retribución al socio privado se basa en dos componentes: uno, vinculado a la demanda, y el otro, a la gestión de la infraestructura y la calidad del agua. Con este sistema puede suceder que el ente privado «en ausencia de consumo de agua» no reciba ningún pago en concepto de canon de demanda, pero, en cambio, reciba el cien por cien del canon por la calidad y la gestión de la infraestructura. A su vez, en caso de que existan deficiencias en la disponibilidad, el ente privado recibirá el canon de demanda por el agua entregada y no recibirá nada en concepto del canon por calidad y gestión. Este mecanismo de retribución representa una limitación al riesgo total asumido por el concesionario, en la medida en que el contrato le permite recibir pagos, incluso en ausencia de demanda o en el caso de gestión deficiente. Y ello, junto a la existencia de cláusulas de restablecimiento del equilibrio económico (a las que hacemos referencia *infra* en este mismo epígrafe), llevan a Eurostat a considerar que el activo debe clasificarse en las cuentas del Gobierno de Navarra y que el gasto correspondiente debe registrarse como formación bruta de capital fijo (gasto de inversión) en las cuentas públicas.

Otro ejemplo en el cual se garantiza cierto nivel de retribución al socio privado es el contrato de CPP para la construcción, mantenimiento y explotación de la Autovía del Salnés, tramo enlace con la PO-531-Sanxenxo (Galicia). En este caso, Eurostat, en aplicación del *Manual SEC-95*, señala que la existencia de límites máximos en las penalizaciones aplicables en caso de gestión deficiente sugiere que el riesgo de disponibilidad no ha sido transferido suficientemente al socio privado, y ello determina, junto a otros elementos analizados por Eurostat, la calificación del activo como público¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Vid. Eurostat, *Formal consultation on the classification of the assets in the Public-private partnership (Irrigable area of the Navarra Canal, Phase 1)*, Luxemburgo, 11 de agosto de 2011.

¹⁰⁶ Vid. Eurostat, *Formal consultation on the classification of the assets in the Public-private partnership (Autovía del Salnés, Tramo enlace con la PO-531-Sanxenxo)*, Luxemburgo, 3 de junio de 2008, pág. 3 (apartado 1). En particular, la cláusula 83 del Pliego de condiciones particulares en este contrato establecía que el límite máximo de penalizaciones al socio

Otro elemento clave para limitar la transferencia al ente privado de los riesgos de demanda y disponibilidad es la previsión en los contratos de CPP de cláusulas de restablecimiento del equilibrio económico. Tal como señala Eurostat, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato solo puede darse en determinadas circunstancias y hasta determinados niveles; de lo contrario, no podrá afirmarse que el ente privado asuma los riesgos de demanda y/o disponibilidad¹⁰⁷.

Asimismo, junto a las cláusulas contractuales de reequilibrio económico, Eurostat considera que otro elemento que altera la distribución de los riesgos es la prerrogativa de que el ente público modifique el contrato por razones de interés público debidamente justificadas (por ejemplo, alterando las tarifas máximas de los cánones pagados al ente privado, produciéndose así una suerte de reequilibrio económico de la concesión). Este es el caso del contrato para la construcción, mantenimiento y explotación de la Autovía del Salnés-Sanxenxo¹⁰⁸. En la Recomendación relativa a este contrato, Eurostat precisa que el argumento de que la Administración debe garantizar la viabilidad y sostenibilidad de los proyectos de CPP por razones de interés público no es una justificación para evitar las consecuencias contables derivadas de estas cláusulas¹⁰⁹.

A la vista de los casos analizados, la distribución de los riesgos se ve alterada no solo por el aseguramiento de pagos al ente privado o el establecimiento de límites máximos a las penalizaciones aplicables por deficiente gestión, sino también por la existencia de topes máximos en los cánones que el ente público paga al ente privado (y, por tanto, en los beneficios que puede obtener el ente privado), con independencia de cuánta

privado por gestión deficiente de la infraestructura no sería superior al 10% del presupuesto total de ejecución durante la fase de construcción, o al 20% de los ingresos obtenidos por la explotación de la autovía en la fase de ejecución.

¹⁰⁷ Así lo entendió Eurostat en relación con el contrato de CPP para la construcción y explotación de infraestructuras de la zona regable del Canal de Navarra, anteriormente citado (*vid. supra*, nota 105). En tanto en cuanto las compensaciones a pagar al socio privado previstas en el contrato estaban basadas en estimaciones de consumo de agua y no se limitaban estrictamente a cubrir el impacto en las pérdidas de beneficios del socio privado, la operación de CPP debía ser contabilizada en el balance del sector público de la Comunidad Autónoma de Navarra.

¹⁰⁸ Eurostat (2008: 4, apartado 3).

¹⁰⁹ De este modo, que el Derecho continental permita la introducción de variaciones en el contrato en aras del interés general (*ius variandi*), no impide que dichas variaciones supongan la reclasificación de los activos y pasivos de la operación como públicos. Se equipara de este modo con el sistema del Derecho anglosajón, en el que la Administración no puede introducir modificaciones derivadas del interés público, al no existir principios como el *ius variandi*, el *factum principis* y la doctrina del riesgo imprevisible. Esta imposibilidad condiciona diferentes aspectos de la estructura del contrato de CPP en el ámbito anglosajón, como es la mayor duración del período de licitación (en contraste con el modelo concesional). *Vid.* J. GOH (2000), «Cuestiones recurrentes: algunas reflexiones finales», en el trabajo colectivo de A. RUIZ OJEDA, G. MARCOU y J. GOH, *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España (elementos compartidos para un debate)*, Civitas e Instituto de Estudios Económicos, pág. 249.

les sean los niveles efectivos de demanda o del nivel de cumplimiento por parte del ente privado de los estándares de calidad requeridos. Este es el supuesto del contrato de la Autovía del Salnés-Sanxenxo, en el que Eurostat no solo tomó en consideración la existencia de penalizaciones efectivas en caso de baja demanda o deficiente gestión como elemento que afecta a la distribución de los riesgos, sino también el hecho de que el ente privado no pudiera alcanzar plenos beneficios conforme resultaría de la realización óptima de una actividad comercial¹¹⁰ y ¹¹¹. Limitar los beneficios también constituye un elemento para contabilizar el activo en el balance del ente público.

¹¹⁰ En este caso del contrato de la Autovía del Salnés-Sanxenxo, Eurostat consideró insuficiente la transferencia del riesgo de demanda y del riesgo de disponibilidad al ente privado. Respecto al riesgo de disponibilidad, porque el contrato establece límites máximos a las penalizaciones aplicables por gestión deficiente. En cuanto al riesgo de demanda, porque se establecen límites máximos al canon que el ente público hace efectivo en función del volumen de tráfico de la autovía (canon en función de la demanda); concretamente, se fija un número máximo anual de vehículos/kilómetros por los que el ente público pagará, mediante el sistema del «peaje en sombra».

Además, en este contrato existen dos previsiones fundamentales para la clasificación en términos de SEC de los activos, establecidas en la cláusula 6 del Pliego de condiciones particulares y especificaciones técnicas del contrato. La primera, aquella que vincula la duración de la concesión con la consecución del plan económico-financiero propuesto inicialmente por el ente privado; y la segunda, aquella que determina que una vez finalizada la concesión el activo retornará a la Administración pública. En este sentido se establece un tope máximo de la tasa de retorno que el ente privado puede obtener por su inversión, del 5%. Así, si se produce un nivel alto de demanda y/o se lleva a cabo una buena gestión por parte del ente privado, el contrato finalizará transcurridos veinte años, momento en el que el plan económico-financiero del ente privado se habrá completado con una tasa de retorno del 5%. Y, en consecuencia, la devolución del activo al ente público se produciría a los veintidós años, y no a los treinta años, que es la duración nominal del contrato suscrito. Tal como señala Eurostat, la tasa de retorno del 5% resulta relativamente baja, pero este hecho puede deberse a que la duración potencial del contrato (treinta años) ya supone un colchón satisfactorio para los inversores. *Vid.* Eurostat (2008: 3-4, apartado 2).

¹¹¹ RUIZ OJEDA ha señalado que la transferencia de los riesgos al socio privado «tiene una coincidencia material evidente con el principio o estándar del control» y que «solo existirá tal transferencia real y efectiva cuando pueda concluirse que es el socio privado quien controla la actividad de prestación del servicio con la diligencia exigible a quien gestiona un negocio propio ya que, tanto la recuperación de la inversión realizada como la retribución que percibe del socio público dependen de su gestión eficaz» [*vid.* Alberto RUIZ OJEDA (2012), «Últimas orientaciones en la colaboración público-privada. Apuntes desde la perspectiva de las normas contables para el cálculo del endeudamiento y el déficit público», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 325, págs. 128-129]. El autor deriva esta vinculación entre el criterio de control y la asunción del riesgo por el socio privado de la norma núm. 12, emitida en noviembre de 2006 por el *International Financial Reporting Interpretation Committee* (IFRIC) de la *International Accounting Standards Board* (IASB) (en adelante, IFRIC 12), norma relativa al tratamiento contable de las concesiones administrativas por parte de los entes privados. La IFRIC 12 considera que, en las concesiones, el socio privado ni *controla* la infraestructura, ni asume los *riesgos* y *ventajas* asociados a la propiedad, ni adquiere un *derecho a controlar el uso* del activo; por tanto, dicho activo no debe contabilizarse en su balance. Sobre el contenido de la IFRIC 12 y sus repercusiones puede verse Leandro CAÑIBANO CALVO y Ana GISBERT CLEMENTE (2010), «Implicaciones contables de la adopción de IFRIC 12 sobre concesiones de servicios públicos», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, vol. XXXIX, núm. 145, págs. 149-168.

Ahora bien, en el ámbito de la Unión Europea, algunos de los miembros del órgano de asesoramiento técnico de la Comisión (*European Financial Reporting Advisory Group*, EFRAG)

De hecho, el SEC-2010, en su apartado 20.283, textualmente hace referencia a «los principales elementos de riesgo y beneficio que deben evaluarse»; por tanto, en puridad, el criterio para calificar los activos derivados de las CPP en términos de SEC es de distribución de los riesgos y también de los beneficios.

IV. CONCLUSIONES

En síntesis, se observa que Eurostat sigue un criterio estricto a la hora de permitir que los activos derivados de la operación de CPP se contabilicen en el balance del ente privado. Esta interpretación estricta del SEC-95 llevada a cabo por Eurostat se ha reflejado en la nueva redacción del SEC-2010 (Reglamento UE núm. 549/2013), que, como hemos visto, incluye muchos de los matices apuntados previamente por Eurostat en sus decisiones específicas¹¹². A través de esta interpretación se pretenden evitar las críticas vertidas frente al criterio de distribución de los riesgos y beneficios, por considerarse un criterio demasiado laxo¹¹³.

A nivel de reparto de riesgos, los elementos clave que concluimos del análisis efectuado son los siguientes:

— Con carácter previo y fundamental hay que determinar la existencia de un verdadero contrato de CPP, lo cual supone que se lleve a cabo la construcción de un nuevo activo o, en caso de renovación de activos ya existentes, que el gasto de la reforma represente más del 50% del valor del activo tras la renovación. De lo contrario, estaremos frente a un activo público sobre el que la Administración posteriormente suscribe un contrato de mantenimiento con un ente privado para que lo explote; sin que sea necesario entonces llevar a cabo un análisis de

se han mostrado contrarios al contenido de la IFRIC 12, concretamente a la imposibilidad de contabilizar el activo como privado, puesto que, a pesar de que la empresa concesionaria no sea la propietaria y tampoco tenga el control sobre el uso, la realidad pone de manifiesto que en muchas ocasiones el mayor riesgo de la operación es el riesgo de demanda y este es asumido por la empresa concesionaria. En síntesis, consideramos que, a nivel de las instituciones europeas, no puede considerarse el control como el elemento central del análisis, puesto que sigue siendo clave la asunción de los riesgos y ventajas asociados a la propiedad. Y, como se extrae de las afirmaciones anteriores, el resultado que se obtiene del análisis del reparto de los riesgos y ventajas no tiene por qué ser coincidente con el resultado del análisis del control.

¹¹² Especialmente hacemos referencia a la inclusión en el SEC-2010 del apartado 20.283, letra e), que establece que deberá evaluarse, junto a los riesgos: «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».

¹¹³ *Vid.* House of Commons. Treasury Committee, *Private Finance Initiative*, Seventeenth Report of Session 2010-2012, Londres, agosto 2011, pág. 12.

los riesgos y beneficios para determinar la naturaleza del activo, al ser este público.

— Respecto al riesgo de construcción, es imprescindible que este se transfiera por completo al ente privado; para ello es necesario, en términos generales, limitar las posibles retribuciones al ente privado durante la fase de construcción del activo. Además, el ente público debe tener en cuenta que en la categoría genérica «riesgo de construcción» se integran múltiples riesgos, como el de financiación, el de expropiación¹¹⁴ o los riesgos derivados de la necesidad de destinar importantes niveles de investigación o de innovación técnica en la construcción de la infraestructura. La asunción de alguno de ellos por el ente público puede comportar la calificación del activo como público.

— En cuanto a los riesgos de disponibilidad y demanda, estos en muchas ocasiones son evaluados de forma conjunta por Eurostat. El análisis se centrará en aquel riesgo al que se vincule en mayor medida la retribución del ente privado (más del 60%). Dicho riesgo deberá transferirse al ente privado. Por el contrario, si los pagos al ente privado se basan de forma equivalente tanto en la demanda como en la disponibilidad será necesario efectuar un análisis separado de cada uno de estos dos riesgos, y que ambos sean asumidos por el ente privado para que el activo no sea calificado como público.

— A la hora de analizar de forma individualizada los tres riesgos genéricos, la introducción de determinadas cláusulas contractuales puede comportar que el ente privado no asuma, o no asuma por completo, el riesgo. Concretamente, afectarán a la distribución del riesgo tanto el establecimiento de topes máximos a las penalizaciones por deficiente realización de la infraestructura o prestación del servicio (riesgo de construcción y riesgo de disponibilidad) como la limitación de los beneficios que el ente privado puede alcanzar (riesgo de disponibilidad y riesgo de demanda).

— Dicho de otro modo, la asunción de los riesgos y de los beneficios de la operación por el socio privado implica que el ente público no debe amortiguar o limitar ni las pérdidas ni las ganancias que experimente el ente privado por las variaciones en la demanda y/o por las posibles deficiencias en la prestación del servicio. El socio privado debe situarse así en la misma posición en la que se encontraría un ente privado que llevase a cabo esta actividad con carácter comercial.

¹¹⁴ El riesgo de expropiación sigue siendo un tema pendiente. Por este motivo, Eurostat ha indicado a las autoridades estadísticas españolas que presenten un requerimiento específico para que el propio Eurostat clarifique la incidencia de las expropiaciones en la asunción del riesgo de construcción por la Administración pública. *Vid.* Eurostat, *EDP Dialogue visit to Spain, 24-25 January*, Luxemburgo, 30 de agosto de 2013, pág. 29.

— Asimismo, Eurostat es reacio a la inclusión de determinadas cláusulas dirigidas a asegurar o mantener el equilibrio económico del contrato. Entre estas se encuentran: cláusulas que garantizan un determinado nivel de rentabilidad al ente privado; cláusulas que establecen pagos fijos al ente privado sobre la base de estimaciones y con independencia del devenir del contrato; o cláusulas que prevean la prerrogativa del ente público de modificar los términos del contrato por motivos de interés general (*ius variandi*).

— Otro elemento central es la financiación de la obra o el servicio. Si bien el ente público puede participar en la financiación (mediante préstamos, subvenciones, etc.), esta debe ser mayoritariamente privada.

— En este mismo sentido, la concesión de garantías o avales por parte del ente público al ente privado para que este último obtenga financiación también puede comportar la asunción de importantes niveles de riesgo por parte del ente público y, en consecuencia, la posible recalificación del activo como público.

— Por último, son esenciales también algunos aspectos relativos a la terminación del contrato, en particular quién adquirirá la propiedad del activo y a qué precio; la penalización aplicable en el precio del activo en caso de terminación anticipada del contrato por incumplimiento o quiebra del ente privado; así como la existencia de avales públicos en caso de quiebra de la operación de CPP.

Todo lo anterior nos lleva a concluir: primero, que si no se transfieren suficientemente los riesgos y beneficios de la operación de CPP al ente privado, el activo deberá calificarse como público y tendrá repercusión en los niveles de déficit y deuda públicos actuales¹¹⁵. Por tanto, la operación no habrá logrado la pretendida huida de las restricciones presupuestarias. Y, segundo, en términos de inclusión en los presupuestos será irrelevante si la financiación se proporciona en un primer momento por el ente privado, porque estas operaciones, salvo si se sufragan por el usuario, acabarán teniendo repercusión en los presupuestos de los ejercicios futuros. Es más, para llevar a cabo la financiación de la operación el ente privado también deberá recurrir al crédito; lo que, en términos generales, supone un mayor coste financiero

¹¹⁵ El Plan Económico-Financiero de Reequilibrio Presupuestario para la Comunidad Foral de Navarra 2012-2014 (16 de mayo de 2012), págs. 28 y 29, pone de manifiesto que la recalificación de los activos de las operaciones de CPP relativas a la Zona Regable del Canal de Navarra y la Autovía del Pirineo (*vid. supra*, apartado III.2 de este trabajo) comportó efectuar, en 2010, dos ajustes por inversiones por un importe de 28,6 y 84,4 millones de euros, respectivamente. Estos ajustes de contabilidad nacional determinan el incumplimiento de la estabilidad presupuestaria por la Comunidad Foral de Navarra, a pesar de que, desde una perspectiva exclusivamente presupuestaria, dicha Comunidad da cumplimiento a los objetivos de estabilidad desde el año 2010.

(respecto del coste que tiene el recurso al crédito por parte del ente público). Este mayor coste financiero se adicionará al coste total de la operación, y será repercutido al ente público. En definitiva, a pesar de que la iniciativa de la financiación sea privada¹¹⁶, en última instancia es pública, y puede resultar más costosa que la financiación a través del endeudamiento tradicional¹¹⁷.

Resulta complicado, en definitiva, diseñar modelos contractuales que no tengan repercusiones en los niveles de déficit y deuda públicos. Por tanto, las Administraciones públicas deben tener en cuenta que a no ser que el ente privado asuma claramente la mayor parte de los riesgos en los términos que hemos expuesto, la utilización de los contratos de CPP no asegura la no contabilización del activo en el balance público. De ahí que estos tipos contractuales se tengan que llevar a cabo en la medida en que constituyan la opción más eficiente para la realización de la obra o servicio público (*Best Value for Money*) o bien cuando, aun no siéndolo, la infraestructura sea necesaria y la Administración pública en cuestión no pueda rebasar directamente los límites del déficit y la deuda públicos¹¹⁸. La generalización de este tipo de contratos con el objetivo exclusivamente de atender al cumplimiento de la disciplina presupuestaria puede acabar conllevando no solo la consolidación de los activos y pasivos, sino además otros aspectos negativos, como que la financiación resulte a largo plazo más costosa que la ofrecida por los mecanismos tradicionales y que se merme la credibilidad de los datos estadísticos aportados por el Estado ante las instituciones europeas.

¹¹⁶ De hecho, el modelo generalizado en el Reino Unido, Estado propulsor de las colaboraciones público-privadas, posee la denominación *Private Finance Initiative*, poniendo de manifiesto, por un lado, que el ente privado asume la financiación y no el coste definitivo y, por el otro, que la financiación privada se constituye a modo de iniciativa, sin que ello comporte que dicha financiación sea la única ni la definitiva.

¹¹⁷ En 2011, la Cámara de los Comunes británica cuantificó los costes financieros de un proyecto típico de *PFI* en un 8%, lo que supone el doble del coste del recurso al crédito público a largo plazo (a través de bonos del Estado), que se sitúa en un 4% aproximadamente. Haciendo balance de la experiencia de la *PFI*, la Cámara de los Comunes ha señalado que, paradójicamente, el establecimiento de límites cuantitativos a la deuda pública para preservar la sostenibilidad de las finanzas públicas ha incentivado el uso por los Estados de formas de endeudamiento que, si bien no computan en el balance público en términos de SEC, se ha comprobado que son menos sostenibles. *Vid.* House of Commons. Treasury Committee (2011: 3 y 12).

¹¹⁸ Nos referimos a infraestructuras que, además de ser necesarias, probablemente generarán una importante tasa de retorno a la Administración, con la que se podrán cubrir los sobrecostes generados por el uso de la CPP. El Banco Mundial fijó una tasa de rendimiento del 19% en las inversiones en telecomunicaciones y del 29% de las inversiones en infraestructuras. *Vid.* Banco Mundial, *Averting the Old-Age Crisis*, Policy Research Report, New York, Oxford University Press, 1994. Sobre el impacto económico de las infraestructuras de transporte en España, *vid.* Gustavo NOMBELA MERCHÁN (2005), «Infraestructuras de transporte y productividad», *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 39, págs. 191 y ss.